

## **regimes matrimoniais de bens**

ZENO VELOSO

*Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Pará (UFPA) e na  
Universidade da Amazônia (Unama)*

### **Sumário**

**1.** Regimes de Bens - Noções gerais, classificação. **2.** Liberdade de Convenção. **3.** Pacto Antenupcial - Forma - Eficácia - Ineficácia - Prazo - Falecimento do nubente - Casamento com outra pessoa - Cláusulas proibidas - Invalidez. **4.** Irrevogabilidade do regime de bens - Tendências - Direito Comparado - Superveniência de filhos. **5.** Indivisibilidade do regime de bens. **6.** Matérias estranhas ao regime de bens - Pactos sucessórios. **7.** Capacidade para celebrar pacto antenupcial. **8.** Eficácia perante terceiros do pacto. **9.** Invalidez do casamento e regime de bens. **10.** Regime supletivo brasileiro - Direito Comparado. **11.** Regime de bens obrigatório. **12.** Regime obrigatório e aqüestos - Súmula nº 377 do STF. **13.** Regime obrigatório e doações entre cônjuges, **14.** Regime da comunhão universal. **14.1.** Noções gerais. **14.2.** Bens excluídos da comunhão. **14.3.** Dívidas anteriores ao casamento. **14.4.** Dívidas contraídas na constância da sociedade conjugal - O art. 3º da Lei nº 4.121/62. **14.5.** Bem de família. **14.6.** Bens reservados. **14.7.** Frutos de bens incomunicáveis. **14.8.** Propriedade e posse dos bens é comum. **14.9.** Administração dos bens. **14.10.** Extinção da comunhão - Morte de um dos cônjuges - Anulação do casamento - Casamento putativo - Separação judicial - Restabelecimento da sociedade conjugal - Divórcio - Novo casamento dos divorciados - Separação de fato. **15.** Regime da comunhão parcial. **15.1.** Noções gerais. **15.2.** Bens excluídos da comunhão. **15.3.** Bens que entram na comunhão. **15.4.** Incomunicabilidade dos bens cuja aquisição tiver por título causa anterior ao casamento. **15.5.** Situação dos bens móveis. **15.6.** Administração dos bens. **15.7.** Dívidas anteriores e posteriores ao casamento. **15.8.** Regime supletivo dispensa pacto antenupcial. **15.9.** Extinção. **15.10.** Comunhão de aqüestos na união estável - Usufruto do convivente sobrevivente e do cônjuge supérstite - Jurisprudência exclui do usufruto cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento era o da comunhão parcial. **16.** Regime de separação. **17.** Outros regimes de bens. **17.1.** Regime dotal. **17.2.** Regime de participação final nos aqüestos. **18.** Contratos entre cônjuges. **19.** Bibliografia. **20.** Notas.

### **1. REGIMES DE BENS - NOÇÕES GERAIS, CLASSIFICAÇÃO**

O casamento determina importantes e graves efeitos pessoais, bem como notáveis e consideráveis efeitos patrimoniais.

Em nosso Código Civil, a matéria vem tratada assistematicamente, misturando-se os temas, que não foram ordenados, nem se sucedem, para formar um conjunto lógico e harmonioso.

No Projeto de Código Civil (nº 634/75), por sugestão do Professor *Clóvis do Couto e Silva*, eminente e saudoso civilista gaúcho, o Livro IV, do Direito de Família, destinou um Título para reger o *direito* pessoal, e outro para disciplinar o *direito patrimonial* de família. Não obstante, os dispositivos referentes à tutela e à curatela compõem um Título à parte, tal a correlação que, nesses institutos, existe entre os aspectos pessoais e patrimoniais, como diz *Miguel Reale*.<sup>1</sup>

O regime de bens integra o direito patrimonial de família, podendo-se conceituá-lo como o conjunto de regras jurídicas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher. Representa o estatuto patrimonial do matrimônio, regulando os interesses pecuniários dos esposos, entre si, e com terceiros.

Atualmente, sobretudo nas sociedades mais desenvolvidas, em que tanto o homem quanto a mulher, num plano de igualdade, trabalham e produzem, atuando nos vários setores da atividade econômica, o casamento, a par de estabelecer uma comunidade de vida, com as respectivas implicações pessoais, morais e espirituais, representa uma *associação financeira*.

Henri, *Léon e Jean Mazeaud* observam que, sem dúvida, a família não é uma pessoa jurídica, não tendo, enquanto grupo, existência jurídica, de forma que não existe, propriamente falando, patrimônio familiar, por exigir, todo patrimônio, uma pessoa como titular do mesmo. Mas nem por isto deixa de ser menos certo que o grupo familiar constitui uma realidade, concluindo: se, por falta de ser pessoa, não tem bens, pelo menos a ele estão afetados os bens de cada um de seus membros, ou alguns de tais bens: *En ce sens, il n'est pas inexact de parler d'un 'patrimoine familial'* (Neste sentido, não é inexato falar de um "patrimônio familiar")<sup>2</sup>

Chamam nossa atenção os professores *José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz* que decorre do casamento um conjunto de normas que disciplinam imperativamente a organização e o funcionamento econômico da vida do lar, e que se aplica de uma maneira idêntica a todos os casais, qualquer que seja o regime matrimonial a que estejam submetidos, de que são exemplos os arts. 233, 234, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251 e 254 do Código Civil. Essas normas gerais e inderrogáveis formam o que se denomina nas doutrinas francesa e belga de *regime matrimonial primário, estatuto imperativo de base, regime primário imperativo* ou estatuto *patrimonial de base*, formando um corpo de regras *distintas e*, em princípio, independentes das normas que constituem os regimes matrimoniais, propriamente ditos, ou regimes

matrimoniais secundários, o que não exclui determinadas influências recíprocas<sup>3</sup>, sendo muito tênues e imprecisas as fronteiras entre o chamado regime primário e o regime de bens, propriamente dito.

Realmente, por sua natureza, conteúdo, objetivos, o casamento desencadeia muitos efeitos econômicos, independentemente do regime de bens, como, por exemplo, a necessidade de contribuírem os cônjuges para o sustento do lar, para as despesas comuns, para atender os encargos da família, inclusive manutenção da casa, compra das coisas necessárias à economia doméstica, para o sustento, guarda e educação dos filhos.

O denominado regime matrimonial primário limita-se a reger os problemas ordinários, as questões básicas, primordiais, quotidianas, necessariamente comuns a todos os casais (*onera matrimonii*), representando a parte patrimonial do estatuto fundamental dos esposos.<sup>4</sup>

Entre nós, o regime de bens é uma consequência inevitável do casamento. Não há matrimônio sem regime patrimonial.

Conforme a sua origem, o regime de bens pode ser convencional ou legal.

Convencional é o regime que deriva de eleição dos nubentes, que, através de contrato pré-nupcial, escolhem o tipo que lhes parece mais conveniente.

Regime legal, como o nome indica, é o que decorre exclusivamente da lei, podendo ser *supletivo ou cogente*.

Na falta de manifestação dos nubentes, tendo eles silenciado, inexistindo pacto antenupcial, vem a lei e supre a omissão, determinando um regime para o casamento, que, em nosso País, é o da comunhão parcial. O mesmo ocorrerá, havendo pacto, se este for inválido ou ineficaz.

Há casos, entretanto, em que o regime legal não é apenas supletivo, mas obrigatório, imperativo, compulsório, cogente, quando o legislador *impõe* o regime da separação, considerando certos fatos e dadas circunstâncias em que determinado casamento foi realizado.

Classificados, assim, por suas fontes, quanto ao seu conteúdo, há dois tipos básicos de regimes de bens: de comunhão e de separação, em que os bens se comunicam e não se comunicam, respectivamente.

## **2. LIBERDADE DE CONVENÇÃO**

Iniciando nosso estudo pelo regime convencional, verificamos que o Código Civil, art. 256, dispõe que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Em regra, portanto, o estatuto patrimonial do casamento não é imposto pela lei. Ao contrário, como atuação da autonomia de suas vontades, para

atender suas aspirações, projetos, conveniências e interesses econômicos, os nubentes podem decidir, como bem lhes aprouver, a respeito de seus bens, para o tempo em que viger a sociedade conjugal.

A convenção pré-matrimonial é um negócio jurídico. Um negócio jurídico integrante do direito patrimonial de família. Pela convenção ou contrato antenupcial, os nubentes formalizam a sua escolha e determinam qual o regime de bens que vai vigorar depois da celebração de seu casamento.

O Código edita preceitos sobre quatro regimes: o da comunhão universal, o da comunhão parcial, o da separação absoluta e o dotal (arts. 262 a 311).

A liberdade dos nubentes não se limita à eleição de um desses regimes. Os interessados não estão obrigados a seguir os modelos legais, os regimes-tipos regulados no Código Civil, podendo ir além, modificando-os, combinando-os, e, até, estabelecendo um regime peculiar, um regramento atípico, imaginado e criado por eles próprios.

Na França, na Bélgica e em Portugal, por exemplo, a situação é semelhante à nossa, havendo ampla liberdade para a escolha do regime de bens, inclusive com a possibilidade de introdução de modificações nos tipos previstos pelo legislador. Na Alemanha, na Itália e na Suíça, ao contrário, vigora o princípio da tipicidade e os nubentes só podem eleger um dos regimes estabelecidos na lei.

### **3. PACTO ANTENUPCIAL - FORMA - EFICÁCIA - INEFICÁCIA - PRAZO - FALECIMENTO DO NUBENTE - CASAMENTO COM OUTRA PESSOA - CLÁUSULAS PROIBIDAS – INVALIDADE.**

O regime de bens só pode ser determinado, por escolha dos nubentes, através de pacto antenupcial, cuja forma, prescrita em lei, é a escritura pública. No que toca a esta convenção, o Código se afasta do regime que adotou, de liberdade de forma (art. 129).

Diz o parágrafo único do art. 256 que serão nulas as convenções pré-matrimoniais: I - não se fazendo por escritura pública; II - não se lhes seguindo o casamento.

Antes, no art. 134, I, o Código já tinha enunciado ser da substância do ato a escritura pública nos pactos antenupciais, bem como já havia determinado, nos arts. 130 e 145, III, que é nulo o ato jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei.

O aludido art. 256, parágrafo único, I, poderia ser apontado como supérfluo, ocioso, representando mera repetição do que já havia sido mencionado em outros artigos da lei civil, se não se tratasse de uma explicitação, reiterando no tema o Código, dada a importância e gravidade do assunto.

No que pertine ao art. 256, parágrafo único, II, todavia, há uma atecnia, baralhando nosso legislador os planos da validade e da eficácia, chamando de nulo o que, na verdade, é ineficaz.

O pacto antenupcial é negócio jurídico submetido a uma *condicio juris*: a da realização do projetado casamento dos nubentes. Não se trata de uma condição, no sentido próprio e específico do vocábulo, mas de um evento que é componente da figura jurídica, um requisito legal para a sua eficácia.<sup>5</sup>

Portanto, a convenção pré-matrimonial é um contrato acessório; ela depende do casamento, as núpcias são a razão de sua elaboração. Daí, a convenção só produzir efeitos com a realização do matrimônio (*si nuptiae sequantur*). Trata-se de uma regra universal., O Código Civil francês a expressa, no art. 1.395: *Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'an jour de cette célébration* (As convenções matrimoniais devem ser redigidas antes da celebração do casamento e só terão efeito no dia desta celebração).

Frustrado o casamento, o pacto, que era válido, nem por isto se torna nulo. Mas é destituído de eficácia.

Com maior rigor científico, o Projeto de Código Civil distingue as hipóteses de nulidade e de ineficácia da convenção antenupcial, dispondo, no art. 1.681:

"É nulo o pacto antenupcial não sendo feito por escritura pública, e ineficaz, não se lhe seguindo o casamento".

A ineficácia mencionada no art. 256, parágrafo único, II, note-se bem, diz respeito às determinações patrimoniais dos nubentes (eleição do regime de bens, forma de administração, percepção de frutos, doações para o casamento, etc.), isto é, ao conteúdo específico e próprio do negócio.

Pode ocorrer, não obstante, de ter sido aproveitada a escritura pública que contém pacto antenupcial para formalizar outros atos ou negócios jurídicos, mesmo estranhos ao direito de família.

Tais atos ou negócios, em regra, não estão subordinados a que o casamento se realize. Então, ainda que o matrimônio não se efetue, a ineficácia do pacto, com relação às disposições ligadas ao regime de bens, não implica perda da eficácia no que diz respeito a esses outros atos e negócios eventualmente abrigados no instrumento. Se, por exemplo, no contrato pré-matrimonial, o nubente reconhecer um filho, a circunstância de o noivado ser desfeito, e o planejado casamento não mais se realizar, não prejudica nem infirma o reconhecimento da filiação. O pacto, como tal, como disposição relativa ao patrimônio, é ineficaz. Mas o reconhecimento se salva.

Quanto aos atos jurídicos que acidentalmente se incluem nos pactos antenupciais, mas estranhos às relações patrimoniais dos cônjuges no

casamento, cumpre distinguir, como o fazem *Colln, Capitant e La Morandière*, expõe *Eduardo Espínola*:

"Em se tratando, por exemplo, do reconhecimento de um filho natural, é claro que se baseia numa confissão que não pode ser condicional. Assim, subsistirá, ainda quando o casamento se não realize. A propósito de outros contratos, necessário se faz verificar a intenção das partes. Pode ser convencionado um arrendamento, ou um empréstimo, inserto no contrato antenupcial. O que se faz mister é apurar se houve, ou não, a intenção de subordinar aqueles atos à realização do casamento".<sup>6</sup>

Nossa lei não fixou um prazo para que o casamento se realize, depois da celebração do pacto antenupcial. A eficácia deste pode ficar pendente, indefinidamente?

*José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz*<sup>7</sup> observam que essa situação de fato que separa os dois atos pode perdurar durante muito tempo, por razões diversas, compreendendo-se que se possa, justificadamente, visto um dilatado lapso de tempo, pensar na caducidade da convenção antenupcial. Entende *Caio Mário da Silva Pereira* que, na falta de termo expresso, pode qualquer pactuante promover a declaração da caducidade do pacto após o decurso de tempo que seria razoável para o matrimônio, induzindo-se de sua extensão demasiada o propósito contrário às núpcias.<sup>8</sup>

Como se vê, na falta de uma definição legal, esta questão pode ensejar dúvidas, gerar insegurança.

O Código Civil português, inovando com relação ao Código revogado, estatui, no art. 1.716, que a convenção antenupcial caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano. Esgotado este prazo, o legislador lusitano entende que se extinguiu o projeto matrimonial. E, se não tiver sido o caso, os nubentes sempre poderão elaborar um novo contrato.

Parece-nos boa e conveniente esta disposição do Direito português, fornecendo critério seguro para uma situação, cuja pendência por um longo período pode ensejar perplexidade e vacilações.

No Anteprojeto de Código Civil, do Professor *Orlando Gomes*, art. 164, previu-se: "Não vale o pacto antenupcial que se não estipule por escritura pública, ou quando o casamento não se realize nos três meses seguintes à data de sua assinatura". Louvamos o Anteprojeto por ter tentado definir o assunto, mas o prazo de três meses, que determinaria a ineficácia do pacto, é muito curto.

O atual Projeto de Código Civil (nº 634/75) não menciona a hipótese.

Se o nubente, depois de celebrar o pacto, mas antes do casamento, falecer, não há dúvida, o contrato pré-nupcial perde toda a eficácia. Também caduca o pacto, automaticamente, se algum dos nubentes vier a casar

com outra pessoa, que não aquela com quem celebrou a convenção pré-matrimonial.

Que acontecerá se o nubente - que celebrou o pacto antenupcial casar com outra pessoa, mas ter-se divorciado, ou enviuvado, reatando o noivado com quem, antes, fizera a convenção? Vale aquele pacto antenupcial para o novo casamento?

Abordando o problema, *Pontes de Miranda* esclarece, com a habitual maestria:

"Já vimos que os pactos antenupciais caducam se não se lhes segue o casamento. O casamento, a que ele se refere, - é claro; e não outro, ou qualquer casamento. Ainda mais: o mesmo casamento entre as mesmas pessoas; porque as pessoas podem ser as mesmas sem ser o mesmo o casamento, e. g., se nenhuma relação tem o noivado de agora com o do tempo do pacto, uma vez que um dos noivos se casou com outrem e, enviuvado, se vai casar com a pessoa que com ele assinou, outrora, o pacto antenupcial, ou se, roto o noivado por explícita vontade dos noivos, volvem esses a noivar sem o caráter de reconciliação e com outros intuitos de regramento dos bens", concluindo o jurista: "Tudo se resolve em questão de interpretação".<sup>9</sup>

A autonomia da vontade dos nubentes, ao celebrar pacto antenupcial, está adstrita, é claro, aos princípios da moral, dos bons costumes, e às normas de ordem pública. Daí, estatuir o art. 257: "Ter-se-á por não-escrita a convenção, ou a cláusula: I - que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos; II - que contravenha disposição absoluta da lei".

Não-escrita, por exemplo, considera-se a cláusula de uma convenção que contrarie o princípio da igualdade entre os cônjuges, que preveja que o marido - ou a mulher - poderá alienar ou gravar de ônus real bens imóveis, sem consentimento do outro cônjuge, que mencione que um dos cônjuges está liberado dos deveres essenciais do casamento: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos.

Observa-se que, no caso, não se trata nem de nulidade da convenção, ou da cláusula, mas de inexistência, dada a locução legal: "Ter-se-á por não-escrita ..." E a inexistência é da cláusula ou convenção que prejudique os direitos conjugais ou os paternos, assim como a que contravenha disposição absoluta da lei, e não do pacto. O resto do escrito vale, se puder valer.

Já apontamos que a convenção antenupcial é um negócio jurídico, regendo-se, especificamente, pelas normas do Direito de Família, mas, nem por isto, deixa de submeter-se às regras gerais de invalidade (nulidade e anulabilidade) prescritas para os negócios jurídicos, em geral.

Assim, por exemplo, o pacto antenupcial é nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 145, I), e anulável na falta de assistência do representante legal ao nubente da faixa etária dos 16 aos 21 anos e por vício resultante de erro, dolo ou coação (art. 147, II). Sobre a assistência do nubente relativamente incapaz, falaremos com maior desenvolvimento (infra).

Quando os nubentes não celebraram convenção pré-nupcial, ou sendo a mesma inválida ou ineficaz, considera-se o casamento celebrado sob o regime legal supletivo, que é o da comunhão parcial (art. 258), se alguma causa não existir para que incida o regime legal obrigatório ou coativo, da separação de bens (art. 258, parágrafo único, I a IV).

A nulidade do pacto antenupcial pode ser parcial. Havendo possibilidade de separar a cláusula ou disposição inválida do restante do negócio, há o aproveitamento da parte inválida, aplicando-se o brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

Se o caso não for de nulidade, mas de anulabilidade, aplicam-se as regras gerais: a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença (art. 152), o pacto anulável pode ser ratificado (*rectius* = confirmado), e a confirmação retroage à data em que o pacto começou a produzir efeitos, ou seja, ao momento da celebração do casamento.

O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável (art. 230).

Em nosso País, não há pacto pós-nupcial. A convenção que determina o regime patrimonial do casamento é, sempre, antemrimonial.

Com a realização do casamento, sem mais nada, recobre-se o pacto de eficácia; entra em vigor, concomitantemente, o regime de bens.

As Ordenações Filipinas (L. IV, Tít. 46) estabeleciam que todos os casamentos realizados "em nossos Reinos e senhorios" se entendem serem feitos por Carta de ametade (ou segundo os "costumes do Reino", vale dizer, comunhão universal de bens), salvo quando entre as partes outra coisa foi acordada.

Entretanto, no aludido L. IV, Tít. 46, § 1º, as Ordenações previam que a comunhão de bens só começaria no momento de ser consumado o casamento: "E quando o marido e mulher forem casados, por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora dela, havendo cópula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda".

Na Consolidação das Leis Civis, art. 117, *Teixeira de Freitas* consignou: "Para dar-se a comunhão legal é necessário que haja entre os cônjuges cópula carnal depois da celebração solene do matrimônio". Em nota a este artigo, o juriconsulto explica que é necessário o matrimônio consumado para a comunicação dos bens.

A prova da cópula carnal seria feita por testemunhas (Cf. Consolidação cit., arts. 100 e 369, § 11).

Portanto, em nosso velho direito anterior, a falta de cópula tornava o casamento apenas rato, e não consumado, não começando a vigorar o regime da comunhão de bens.

Os juristas reinóis discutiam, ainda, se bastava para começar a comunhão de bens a cópula anterior ao casamento, e muita tinta e papel foram gastos neste debate.

*Coelho da Rocha*, analisando a questão, emitiu opinião muito lúcida e pertinente:

"A circunstância da cópula, exigida no Direito Canônico, o qual, só depois de consumado, julga o matrimônio inteiramente irrevogável – Canº 17, Caus. 27, quaest. 2, necessária também para a comunhão, e que na prática pode dar ocasião a questões vergonhosas e impossíveis de terminar, não aparece no Código Civil francês, nem nos outros, que o tomaram por modelo".<sup>10</sup>

As advertências do grande jurista lusitano foram escritas em 1848, quando surgiram suas *Instituições*, mas não foram observadas em nosso País, mesmo com a proclamação da República.

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 (Lei do Casamento Civil, que foi redigida pelo egrégio civilista piauiense *Coelho Rodrigues*), dizia, no art. 57, que, na falta de contrato antenupcial, os bens dos cônjuges são presumidos comuns, desde o dia seguinte ao do casamento, "salvo se provar-se que o matrimônio não foi consumado entre eles".

Até para não ensejar uma questão de prova, a todos os títulos constrangedora e escabrosa, nosso Código espancou esta velharia, desprendendo-se desse "grosseiro materialismo", como afirmou *Beviláqua*, e declarou que o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, a partir do momento em que o matrimônio foi celebrado (*infra*) .

#### **4. IRREVOGABILIDADE DO REGIME DE BENS-TENDÊNCIAS - DIREITO COMPARADO - SUPERVENIÊNCIA DE FILHOS**

Além de fixar o momento em que o regime de bens começa a vigorar, o art. 230 determina que ele *é irrevogável*.

Com a realização do casamento, o regime de bens - quer seja convencional, ou legal - passa a vigorar, e esse regime é imodificável, irresolúvel, imutável.

Na Alemanha, na Áustria, na Suíça, as convenções sobre regimes de bens podem ser celebradas antes ou depois do casamento, e esta sempre foi a orientação seguida no Direito germânico, acompanhando, por sinal, o Direito romano.

No mundo latino, vários países modificaram seu posicionamento originário, e a imutabilidade do regime de bens foi trocada pela possibilidade de alteração do regime, após o casamento, embora a mudança só possa ser feita mediante controle. Assim na Bélgica, na Itália, na Holanda, na Espanha. Na América Latina, decidem, desta maneira, os Códigos Civis do Peru e do Paraguai, de 1984 e 1985, respectivamente.

O Código Civil francês, campeão da concepção da irrevogabilidade dos pactos, referindo-se às convenções matrimoniais, dizia, no art. 1.395: *Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage* (Elas não podem receber nenhuma mudança após a celebração do casamento).

Com o advento da Lei nº 65.570, de 13 de julho de 1965, o direito francês foi profundamente alterado, neste ponto, passando-se a admitir que; depois de celebrado o casamento, sejam feitas mudanças ou alterações no regime matrimonial, embora limitadamente, judicialmente controlada, estatuidando o art. 1.397 *do Code Napoléon*, que traduzimos livremente:

"Depois de dois anos do regime matrimonial, convencional ou legal, os esposos podem convencionar, no interesse da família, a sua modificação, ou, mesmo, a mudança completa do mesmo, por um ato notarial que será submetido à homologação do tribunal de seu domicílio.

Todas as pessoas que foram partes no contrato modificado devem ser chamadas no momento da homologação; mas não seus herdeiros, se elas são falecidas.

A mudança homologada tem efeito entre as partes desde a data do julgamento e, com relação a terceiros, três meses depois de sua anotação à margem do registro de casamento. Entretanto, mesmo na falta desta anotação, a alteração será oponível a terceiros se, nos atos realizados com estes, os esposos declararem haver modificado o regime."

No Anteprojeto de Código Civil, elaborado pelo Professor *Orlando Gomes*, apresentado em 1963, previu-se, no art. 167, que, ressalvados os direitos de terceiros, o regime de bens do casamento, exceto o de separação obrigatória, poderá ser modificado em qualquer tempo, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial permissiva, que será transcrita no registro próprio. No Anteprojeto revisto pelo próprio *Orlando Gomes* e pelos professores *Orosimbo Nonato* e *Caio Mário da Silva Pereira*, a disposição foi mantida, constando no art. 159.

Explicando a inovação, Orlando Gomes argumenta que, apesar da segurança que o princípio da invariabilidade oferece, não há razão para conservá-lo nos termos inflexíveis em que foi estatuído;

"Tão inconveniente é a imutabilidade absoluta como a variabilidade incondicionada. Inadmissível seria a permissão para modificar o regime de bens pelo simples acordo de vontades dos interessados. O Anteprojeto aceita uma solução equidistante dos extremos, ao permitir a modificação do regime matrimonial, a requerimento dos cônjuges, havendo *decisão judicial* que o defira, o que implica a necessidade de justificar a pretensão e retira do arbítrio dos cônjuges a mudança."<sup>11</sup>

Mesmo diante deste precedente, o atual Projeto de Código Civil (nº 634/75) manteve-se fiel à orientação imutabilista, consagrada em nosso Código vigente, dispondo, no art. 1.667, parágrafo único, que o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável, devendo-se observar, todavia, que, no esboço que elaborou para a Comissão Revisora e Elaboradora do Projeto, o Professor *Clóvis do Couto e Silva* ofereceu um artigo prevendo a modificabilidade convencional do regime após dois anos de sua vigência, devidamente homologada pelo juiz, mas a inovação não foi aprovada pela Comissão.

Não aplaudimos esta solução. Sob certo controle, havendo motivos justificáveis, acautelados os interesses de terceiros, especialmente dos credores, a tendência que se está universalizando, é a de admitir os pactos pós-nupciais, modificando-se, depois do casamento, o estatuto patrimonial dos cônjuges.

A imutabilidade do regime de bens sempre foi defendida com base em dois argumentos fundamentais: o de que um dos cônjuges (geralmente o marido), aproveitando-se da influência que pudesse exercer sobre o outro, obtivesse o consentimento deste para a alteração do regime, mesmo que isto significasse um grave prejuízo do consorte que anuiu, e o de que os cônjuges pudessem estar combinados para modificar o regime de bens, com vistas a lesar terceiros que com eles tivessem contratado.

São argumentos sérios, ponderáveis. Mas os defensores da tese favorável à possibilidade da mudança do regime não admitem que ela se faça livremente, sem nenhum critério ou limitação. Ao contrário, a alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges deve ser controlada, fiscalizada, dependendo de homologação judicial, resguardados os interesses de ambos os consortes e as legítimas expectativas de terceiros.

Aponte-se que o princípio da imutabilidade só começa a vigorar com a realização do matrimônio. Até a celebração do casamento, podem os nubentes mudar de idéia ou de propósitos quanto a seu estatuto patrimonial, alterando e até mesmo revogando a respectiva escritura.

Note-se, também, que a irrevogabilidade ou imutabilidade do pacto antenupcial restringe-se a seus elementos próprios, a seu tema específico,

que é o estatuto patrimonial dos cônjuges, o regime de bens do casamento. Os elementos estranhos, as matérias que não sejam relativas ao regime de bens, e que tenham sido embutidas no contrato pré-matrimonial, não se sujeitam ao princípio da imutabilidade, regendo-se por sua respectiva lei (de Direito das Obrigações, por exemplo), a não ser, é óbvio, que estejam subordinadas, também, à regra de irrevogabilidade, como no caso de um reconhecimento de filiação, ou que se conclua, pela interpretação, que o negócio jurídico inserido no pacto antenupcial estava sujeito, igualmente, à celebração do projetado casamento, e tornar-se-ia definitivo e irrevogável com a realização do matrimônio (supra).

Em Portugal, o Código Civil de 1966 manteve o princípio da imutabilidade do regime de bens (art. 1.714), porém, com algumas exceções. Dentre as exceções ao princípio da inalterabilidade do regime de bens está o da simples separação judicial de bens (art. 1.715, 1, c).

O art. 1.767 do Código lusitano, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77, dispõe:

"Qualquer dos cônjuges pode requerer a simples separação judicial de bens quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge."

Após o trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial de bens, o regime matrimonial passa a ser o da separação, procedendo-se à partilha do patrimônio comum como se o casamento tivesse sido dissolvido (art. 1.770).

A simples separação judicial de bens, o nome está indicando, limita-se a uma modificação no regime de bens, não interferindo nas demais relações entre os cônjuges, derivadas do casamento.

O Código Civil português revogado, de 1867, já tinha disposição semelhante. Na França, edita o Código Civil, art. 1.443:

*"Si par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvacse administration ou son inconduite, il apparait que le rmaintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice. "*

Na Argentina, agora com a redação ordenada pela Lei nº 23.515/87, o art. 1.294 do Código Civil enuncia:

*"Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administracióra del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge. "*

Soluções idênticas encontramos na Alemanha (BGB, art. 1.469), na Suíça (Código Civil, art. 185), na Espanha (Código Civil, art. 1.393).

Como já mencionamos, a separação judicial de bens só interfere no regime matrimonial de bens. As relações pessoais e familiares dos cônjuges permanecem íntegras.

Embora a doutrina estrangeira não se refira a este aspecto, a separação judicial de bens tem outra utilidade, - a de resolver uma questão patrimonial, decorrente de fraude ou má-gestão de um dos cônjuges, sem que se dissolva a sociedade conjugal. Vale dizer: o regime de bens se transforma, mas o casamento continua intocado, a sociedade conjugal prossegue íntegra.

No Brasil, não temos este recurso. *De lege ferenda*, devíamos adotar a figura da separação judicial de bens que, a nosso ver, é de muita utilidade, e poderia solucionar, sem maiores traumas, problemas econômicos exsurgentes entre os cônjuges.

Originariamente, na França, o pedido de separação judicial de bens competia à mulher, contra o marido, até por ser ele o administrador de todos os bens do casal. Seguindo o exemplo do Código Civil suíço, a lei francesa de 13 de julho de 1965 permite a qualquer dos cônjuges o requerimento visando à separação judicial de bens, conforme a nova redação do art. 1.443 do *Code Civil*, acima transcrito. Assim, tanto o marido, quanto a esposa podem ter os seus interesses protegidos diante de má-gestão do consorte, advertindo *Philippe Malaurie* e *Laurent Aynés* que se trata de uma faculdade de ordem pública, à qual os cônjuges não podem renunciar, mesmo por contrato antenupcial.<sup>12</sup>

Expõem os irmãos *Mazeaud* que, seja qual seja o regime matrimonial dos esposos, convencional ou legal, a separação judicial de bens pode ser pronunciada, advertindo:

"*Une réserve s'impose cependant: des époux mariés sous le régime de séparation de biens conventionnelle, ne pourraient pas demander la séparation de biens judiciaire, puisque séparation de biens conventionnelle et séparation de biens judiciaire sont deux régimes très proches* (Entretanto, impõe-se uma reserva: os cônjuges casados sob o regime da separação convencional de bens não poderão requerer a separação judicial de bens, porque a separação convencional de bens e a separação judicial de bens são dois regimes muito parecidos").<sup>13</sup>

A sentença judicial de separação de bens põe fim ao regime anterior e seus efeitos retroagem à data do ingresso da demanda, que corre debaixo da maior publicidade (*Code Civil*, art. 1.445).

Discutiu-se, no Brasil, em processos de desquite amigável atualmente, separação judicial consensual - se a partilha desigual poderia ser homologada pelo juiz, pois representaria quebra do princípio da inalterabilidade do regime de bens.

A nosso ver, não vulnera o princípio da imutabilidade do regime de bens a partilha dessemelhante ou desproporcional, conscientemente acordada entre os cônjuges em ação de separação judicial. Devem ser atendidos os interesses e conveniências dos separandos, afinal, pessoas capazes, que têm a liberdade de dispor de seus bens, devendo ser homologado o acordo - se de algum vício não estiver maculado -, até e mesmo porque tal partilha vai ter eficácia quando a sociedade conjugal já estará extinta.

Alerte-se que o que têm os separandos, inafastavelmente, é de descrever os bens, podendo a partilha, em si, ser diferida para um momento posterior, já que não é elemento obrigatório para que o juiz possa homologar o pedido de separação (cf. art. 1.121, parágrafo único, do CPC).

Aliás, nada impede que, embora querendo dissolver a sociedade conjugal, pretendam os separandos que seus bens fiquem em condomínio. Extingue-se a comunhão, que decorria do regime de bens, do Direito de Família, e se inaugura a compropriedade e composesse, fundamentadas no Direito das Coisas. Por sinal, se o casal tem, apenas, um imóvel, que não comporta divisão cômoda, sendo anti-econômico vendê-lo, a única solução será fazer com que o bem fique em condomínio entre os ex-cônjuges. Futuramente, se quiserem, poderão dividir o imóvel, extinguindo o condomínio, amigavelmente, ou pelas vias ordinárias.

Começando a vigorar desde a data do casamento, e sendo irrevogável, não se pode retardar a eficácia do regime de bens, prevendo O implemento de uma condição suspensiva, nem determinar a extinção de sua eficácia, pelo advento de uma condição resolutiva. Regimes de bens, no Brasil, são incondicionáveis, bem como inaterrmáveis. Convenções *post nupcias*, modificando, alterando, revogando, substituindo, ou, de qualquer forma, inovando o regime de bens são nulas de pleno direito.

Expõe Pontes *de Miranda* que não se pode dizer, sem nulidade (*Código Civil brasileiro*, art. 116), que o regime matrimonial dos bens entre os cônjuges será o da separação de bens, se até o terceiro ano não nasceu algum filho, ou que será o da comunhão, mas, só a partir do dia x, após o casamento, concluindo o mestre: " Num e noutro caso, infringiu-se o art. 230".<sup>14</sup>

É nosso parecer que não podem os nubentes, em pacto antenupcial, estabelecer que o regime de bens que vigorará entre eles, após a realização do casamento, será o da separação absoluta, mas, sobrevivendo filho, passará a ser o da comunhão universal.

Tal estipulação fere de morte o art. 230 do Código, viola o princípio da imutabilidade, da permanência do regime. O mesmo casamento estaria sujeito a dois regimes sucessivos, conforme adviesse o fato condicionado = nascimento de filho.

*Orlando Gomes* assegura que, pelo princípio da imutabilidade, proíbe-se toda alteração do regime matrimonial após a celebração do casamento, podendo os nubentes escolher qualquer regime, definindo-o no pacto antenupcial, mas, realizado o matrimônio, não se lhes permite a adoção de outro nem a modificação parcial daquele sob o qual estão vivendo, permanecendo imutável o regime matrimonial, até que se dissolva a sociedade conjugal, pela morte ou pela separação. Admite-se, entretanto - expõe o saudoso civilista baiano - "que, em pacto antenupcial, se convençione que o regime da separação seja substituído pelo da comunhão, se o casal vier a ter filho".<sup>15</sup>

*Washington de Barros Monteiro*, citando a *Revista Forense*, 124/105, informa que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o princípio da inalterabilidade do regime de bens não é ofendido por convenção antenupcial que estabeleça que, em caso de superveniência de filhos, o casamento com separação se converta em casamento com comunhão.<sup>16</sup>

*Maria Helena Diniz* expõe:

"O Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup> entendeu que o princípio da inalterabilidade do regime matrimonial de bens não é ofendido por pacto antenupcial que estipule que, na hipótese de superveniência de filhos, o casamento com separação se converta em casamento com comunhão."<sup>18</sup>

Realmente, a ementa do acórdão, pertinente ao RE nº 7.126-MG, julgado em 16 de outubro de 1946, pela 2ª Turma do STF, diz que o princípio da inalterabilidade do regime de bens não é ofendido pela convenção antenupcial que estabeleça que, em caso de superveniência de filhos, o casamento com separação de bens se converta em casamento com comunhão de bens.

Porém, a leitura completa do acórdão indica que outra, e bem diferente, foi a decisão do Excelso Pretório.

No pacto antenupcial celebrado entre ACM. e BMOC. ficou estipulado o seguinte;

"1. Haverá completa separação de bens, quer em relação aos que eles outorgantes e reciprocamente outorgados possuem presentemente, quer em relação aos que venham a adquirir na constância do matrimônio, por qualquer título, oneroso ou gratuito;

2. O regime da separação de bens, porém, cessará no caso de falecimento de um dos cônjuges deixando descendentes do matrimônio, porque, nesse caso, haverá comunhão nos bens de cada um."

Vê-se então, que o pacto antenupcial questionado não previu uma condição - a superveniência de filhos -, para que ocorresse a mudança

do regime de bens na constância da sociedade conjugal. Bem diversamente, o pacto visou a regular uma situação patrimonial do casal *diante da morte* de um dos cônjuges; quando, obviamente, a sociedade conjugal - e o

próprio casamento - já estaria dissolvida e extinta pelo mais grave e imperioso dos motivos.

Não existiu, portanto, segundo o aludido acórdão, violação do art. 230 do Código, pela curial razão de que não se regulou, no pacto, a sucessividade de regimes de bens, debaixo de uma condição, durante a constância da sociedade conjugal. O que se estatuiu, verdadeiramente, foi *um pacto sucessório*, determinando-se que, depois da morte do cônjuge, o supérstite ficaria com a metade do acervo, sem que se tivesse querido atribuir ao pacto *de succedendo* o caráter de irrevogabilidade.

A decisão do STF, no sentido acima exposto, acompanhou o voto condutor do Ministro *Orosimbo Nonato*.<sup>19</sup>

Mas, advirta-se, é muito discutível, em nosso Direito, que estejam os nubentes, em pacto antenupcial, autorizados a fazer disposições *mortis causa*, regulando a sua sucessão no contrato. Ao tema voltaremos (infra).

## 5. INDIVISIBILIDADE DO REGIME DE BENS

Já mostramos que os regimes de bens, no Direito brasileiro, submetem-se aos princípios da liberdade e da imutabilidade. O princípio da liberdade não é absoluto; a autonomia da vontade dos nubentes não pode exceder a certos limites que a lei determina. O princípio da imutabilidade ou da inalterabilidade, que ainda seguimos, tem sido abandonado pela legislação da maioria dos povos cultos (supra).

O Professor *Washington de Barros Monteiro* expõe que os regimes matrimoniais são governados, também, por um outro princípio fundamental: o da *indivisibilidade*:

"O regime há de ser sempre o mesmo para um e outro cônjuge. Não seria admissível se estipulasse, por exemplo, o regime da separação para o marido e o da comunhão universal para a mulher".

Adverte o emérito civilista que há quem sustente a exeqüibilidade de semelhante dualismo, argumentando que dispositivo legal algum proíbe tal dicotomia e o que a lei não proíbe é permitido. Contudo, adversa:

"Especiosa é semelhante argumentação, que contravém um dos princípios fundamentais do casamento, o da igualdade entre os cônjuges. Não é admissível que num só matrimônio convivam dois regimes inteiramente diferentes. A tal extremo não chega o princípio da liberdade."<sup>20</sup>

Não obstante, a Lei nº 4.121/62, conhecida como "Estatuto da Mulher Casada", veio quebrar o sistema, dando nova redação ao art. 246 do Código Civil, criando a figura do *bem reservado*, que é o adquirido pela mulher casada, com o produto de seu trabalho e, como tal, excluído da comunhão. Nas mesmas circunstâncias, o bem adquirido pelo marido, com o produto de seu

trabalho, entra na comunhão. Embora estejam os cônjuges sujeitos ao mesmo regime de bens, há um dualismo, diferem os efeitos, conforme se trate de bem adquirido onerosamente pelo marido ou pela mulher.

O bem reservado constituiu um expediente do legislador para proteger a mulher, compensá-la pelos preceitos que a colocavam numa posição de inferioridade e subalteridade diante do marido. Se isto era justificável há mais de trinta anos, quando foi editado o referido "Estatuto da Mulher Casada", atualmente, diante da emancipação econômica e sócio-jurídica da mulher brasileira, o bem reservado é um anacronismo e, a nosso ver, instituto extinto, incompatível com o princípio da igualdade entre os cônjuges enunciado pela Carta de 5 de outubro de 1988 (infra).

## **6. MATÉRIAS ESTRANHAS AO REGIME DE BENS - PACTOS SUCESSÓRIOS**

Dissemos que a matéria específica, o tema próprio e restrito do pacto antenupcial é a determinação do regime de bens que irá vigorar entre os nubentes após a realização do casamento. ,Porém, isto não impede que outros assuntos, estranhos ao estatuto patrimonial dos cônjuges, sejam introduzidos e regulados na convenção pré-matrimonial (supra).

Além da estipulação do regime de bens - que é essencial - o pacto poderá conter uma doação, a confissão de dívida, um contrato de sociedade, um reconhecimento de filiação, o mandato, para exemplificar.

No Direito brasileiro, diante da norma peremptória contida no art. 1.089 do Código: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva", discute-se quanto à possibilidade de serem estipulados pactos sucessórios nas escrituras pré-nupciais.

Inicialmente, apontemos que a proibição dos pactos sucessórios apresenta exceções.

A do art. 314 do Código, dispondo que as doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele. *Eduardo Espínola* garante que se trata, manifestamente, de uma instituição contratual de herdeiro, a qual só é permitida como doação em benefício do casamento<sup>21</sup>. *Agostinho Alvim*, diante do art. 314, conclui:

"Parece-me impossível deixar de ver, no caso, a figura da sucessão pactícia, uma vez que é mediante contrato que se deixa assentada a transferência de bens, para depois da morte do doador."<sup>22</sup>

Outra exceção à proibição dos pactos sucessórios encontramos no art. 1.776 do Código Civil: "É válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários".

O que logo se tem de frisar, acompanhando *Pontes de Miranda*, é que a expressão "pai" foi infeliz:

"Seria absurdo que pudesse o pai fazer a partilha, e não no pudesse a mãe. Ainda mais: em vez de pai, havemos de entender qualquer ascendente, uma vez que se não prejudique a porção necessária."<sup>23</sup>

"Pai", portanto, é uma reminiscência verbal, no art. 1.776 de nosso Código, do patriarcalismo romano, despótico, absorvente, como aponta o mestre citado. Por sinal, mesmo em Roma, *a divisio parentum inter liberos* (partilha efetuada pelo pai entre a prole) já havia sido estendida por *Constantino* à mãe e por *Teodósio* a todos os ascendentes.

Desde o Direito romano, a partilha em vida é feita sob as duas modalidades mencionadas no art. 1.776: por via de doação e através de testamento.

Na partilha por meio de doação, se atentarmos para a natureza do ato, diz *Caio Mário*, "veremos que essa partilha visa a proporcionar aos sucessores a aquisição antecipada dos bens que só a morte dos pais lhes asseguraria", concluindo o eminente civilista: "A sua natureza jurídica define-se como uma sucessão antecipada."<sup>24</sup>

Finalmente, a terceira exceção à proibição dos pactos sucessórios, estaria na possibilidade de os nubentes inserirem na convenção pré-nupcial disposições referentes a sua sucessão hereditária, desde que não contrariem normas de ordem pública, especialmente a ordem da vocação hereditária, prevista no art. 1.603.

Em observações ao art. 257, *Clóvis Beviláqua* leciona:

"Apesar de não permitir o Código Civil os pactos sucessórios, nem os testamentos conjuntivos, nas convenções antenupciais, é lícito aos cônjuges estabelecer cláusulas relativamente à sua sucessão. Tais cláusulas, porém, não poderão prejudicar os herdeiros necessários, nem a mutabilidade essencial das disposições *mortis causa*. Serão revogáveis, ainda quando os cônjuges lhes pretendam retirar o caráter da revogabilidade."<sup>25</sup>

Na mesma obra, comentando o art. 1.089, *Clóvis* reafirma: "Nos contratos antenupciais, é lícito aos cônjuges regularem a sua sucessão recíproca".<sup>26</sup>

*Hermenegildo de Barros* expõe que, se o pacto sucessório tem por objetivo qualquer mudança na ordem legal das sucessões, é absolutamente proibido, mesmo nos contratos matrimoniais, ainda agora, como já o era antigamente, e nem de outro modo se explicaria o art. 1.089 do Código, prosseguindo o autor em sua exposição:

"Uma vez, porém, que nos contratos antenupciais celebrados relativamente à sua sucessão, os nubentes não alterem a ordem legal desta, não

estabeleçam cláusula prejudicial à legítima dos herdeiros necessários, esses contratos serão válidos, embora, por sua natureza, não deixem de ser verdadeiros pactos sucessórios, concluindo que assim se concilia o referido art. 1.089, que proíbe irrestritamente qualquer convenção sobre herança de pessoa viva, com o art. 314, que permite as doações estipuladas nos contratos antenupciais, para *depois da morte do doador*.<sup>127</sup>

Em excelente monografia que dedicou ao tema, *Débora Gozzo* adverte que muito se discute, doutrinariamente, não só no Direito brasileiro, quanto no estrangeiro, se no contrato antenupcial podem os nubentes dispor sobre as suas sucessões, numa exceção à proibição do pacto sucessório, apontando que a opinião predominante, porém, ficou com aqueles que entendiam e entendem que no negócio jurídico pactício antenupcial possam ser inseridas, pelos nubentes, cláusulas que regulem os seus direitos sucessórios, desde que nelas não se afronte norma de ordem pública. Alerta, ainda, que a construção deste abrandamento da norma do art. 1.089 da lei civil deve-se à doutrina, pois, ao contrário do que ocorre no Código Civil português, que, nos arts. 1.700 a 1.703, disciplina detalhadamente quais os tipos de pactos sucessórios que poderão integrar as convenções antenupciais, não há em nossa lei qualquer dispositivo regulando a possibilidade de cláusulas de cunho sucessório em pacto antenupcial.<sup>28</sup>

Devemos ponderar que não estamos diante de uma questão serena e resolvida, muito ao contrário. Embora ressalte a Dra. *Débora Gozzo*, que a possibilidade de pacto sucessório ser inserido na convenção antenupcial, em nosso direito, "foi basicamente construída pela doutrina", parece que, sobre o tema, nossos doutores não seguem a mesma trilha, e a disceptação é velha e ancianíssima, já dividindo os praxistas.

Em nosso Direito anterior, o Mestre *Lafayette Rodrigues Pereira* assegurava que são proibidas e reputadas como não escritas as cláusulas que consagram quaisquer pactos sucessórios ou alteram de qualquer modo a ordem legal do direito de sucessão necessária, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos filhos que deles nascerem.<sup>29</sup> *Teixeira de Freitas* tinha outro entendimento (cf. Consolidação das *Leis Civis*, arts. 353 e 354).

*Pontes de Miranda*, prevenindo que doação não é pacto sucessório, ainda que para depois da morte, leciona:

"No direito brasileiro, não se admite qualquer contrato sucessório, nem a renúncia a herança. Estatui o Código Civil, art. 1.089: 'Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva'. A regra jurídica, a despeito dos dois termos empregados – 'contrato' e 'herança', tem de ser entendida como se estivesse escrito: 'Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva'. Não

importa quem seja o outorgante (*o decujo ou o provável herdeiro ou legatário*), nem quem seja o outorgado (*cônjuge, provável herdeiro ou legatário, ou terceiro*).<sup>30</sup>

*Arnoldo Wald* expõe que os pactos sucessórios, nos quais as partes se obrigam a se instituir, reciprocamente, herdeiros um do outro não são válidos.<sup>31</sup> *Washington de Barros Monteiro* observa que a liberdade de contratar sobre o regime matrimonial de bens tem de exercer-se dentro dos limites fixados pela lei, opinando que estariam condenadas cláusulas e condições que correspondessem a pactos sucessórios, aquisitivos ou renunciativos, e que a lei civil terminantemente proíbe no art. 1.089.<sup>32</sup>

Em sua conhecida e erudita obra, *Carvalho Santos* dedica capítulo especial à matéria, dizendo que sobre os pactos sucessórios muito se tem escrito, mas nada foi possível se obter no sentido de um entendimento, informando que, no direito anterior ao Código, mais renhida foi a controvérsia, havendo grande número de doutores que sustentava não serem válidos os pactos sucessórios nos contratos antenupciais, enquanto que, na opinião de outros, eram válidos os pactos sucessórios nos ditos contratos, mas são revogáveis, como os testamentos. Emitindo seu parecer, o eminente civilista expõe:

"Em face do art. 1.089 do Código Civil, que proíbe qualquer contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva, a questão, a nosso ver, está resolvida, satisfatoriamente, não deixando margem a dúvidas. No Direito anterior, admitia-se, como exceção, os pactos sucessórios nos contratos antenupciais, justamente porque se tratava de um ato que não era abrangido pela proibição legal. Mas, agora, outro é o dispositivo legal. Fala em contrato. Não O permite como válido se tem por objeto herança futura, de sorte que, se é nula a cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei, a conclusão lógica e natural a que se chega é que, no sistema atual do nosso Direito, não mais se permitem os pactos sucessórios nos contratos antenupciais."

Em seguida, o Mestre conclui:

"São nulos os pactos pelos quais um dos cônjuges promete ao outro instituí-lo herdeiro, ou transfere o direito de suceder na herança de pessoa viva, ou aqueles que importam renúncia de herança de pessoa viva. Não é lícito aos nubentes, por outro lado, inserir na convenção antenupcial cláusula alguma que importe mudança da ordem legal da sucessão, seja em relação a eles mesmos na sucessão de seus filhos, seja em relação aos seus filhos, entre eles."<sup>33</sup>

No Direito português, como já foi salientado, o Código Civil, arts. 1.700 a 1.703, enumera, taxativamente, as disposições *mortis causa* que podem constar na convenção antenupcial. Note-se que são regras excepcionais, pois o princípio, exarado no art. 1.699, a, do Código lusitano, é o de que não pode

ser objeto de convenção antenupcial a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro.

No Brasil não temos lei autorizando, expressamente, que os nubentes se constituam herdeiros, reciprocamente, no pacto antenupcial. E, como vimos, a doutrina sobre o ponto não é unânime, nem, muito menos, pacífica. No Direito caduco, quanto ao tema, já estavam em campos opostos os dois maiores civilistas brasileiros daquele tempo: *Augusto Teixeira de Freitas e Lafayette Rodrigues Pereira*.

De fato, o art. 256 enuncia que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Porém, achamos que esta liberdade conferida pela lei aos contratantes não vai ao extremo de dispor *mortis causa* de seu patrimônio. O pacto antenupcial não pode conter pacto sucessório, tomando o lugar do testamento. Disposição mortuária, no direito brasileiro, é *matéria* reservada ao negócio jurídico do testamento, que tem forma especial e solene, sendo, ademais, essencialmente revogável, e proibindo-se, rigorosamente, o testamento conjuntivo.<sup>34</sup>

## 7. CAPACIDADE PARA CELEBRAR PACTO ANTENUPCIAL

A capacidade exigível para a celebração do contrato pré-matrimonial corresponde à requerida para o casamento, aplicando-se a sentenciúncula: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Quem pode casar, pode outorgar pacto antenupcial. Neste negócio jurídico de Direito de Família, as partes são os noivos, os figurantes são os nubentes.

A mulher de 16 anos e o homem de 18 podem casar (art. 183, XII). Portanto, a capacidade nupcial, ou capacidade matrimonial é adquirida em idade inferior à requerida para a aquisição da capacidade civil plena. A maioridade, no Brasil, só se alcança aos 21 anos (art. 9º, *caput*). Mas, embora tendo capacidade especial para contrair matrimônio, aquelas pessoas continuam menores, relativamente incapazes, e dependem do consentimento dos pais para o casamento (v. arts. 185 a 188 do Código Civil e arts. 1.514 a 1.517 do Projeto de Código Civil).

Se o menor, no caso acima mencionado, já obteve o consentimento do representante legal para o casamento, precisa, ainda, ser assistido no pacto antenupcial?

Os menores da faixa etária dos 16 aos 21 anos, nos atos e negócios jurídicos de que façam parte, serão assistidos por seus pais, tutores ou curadores (cf. arts. 6º, I; 84; 384, V; 426, I; 453, do Código Civil).

Em nossa doutrina, a opinião dominante é a de que se trata de duas exigências legais distintas. O consentimento para o casamento não dispensa a assistência para o pacto antenupcial. Portanto, celebrada a convenção pré-

matrimonial em que figure nubente não-emancipado, com menos de 21 anos, sem que intervenha o representante legal deste, a convenção é anulável, aplicando-se o art. 147, I.<sup>35</sup>

O Código Civil Português definiu expressamente a questão, editando, no art. 1.708:

"1. Têm capacidade para celebrar convenções antenupciais aqueles que têm capacidade para contrair casamento.

2. Aos menores, bem como aos interditos ou inabilitados, só é permitido celebrar convenções antenupciais com autorização dos respectivos representantes legais."

No art. 1.709, porém, o legislador lusitano fixou um regime especial para a anulabilidade da convenção antenupcial, por falta de autorização, determinando que só têm legitimidade para requerê-la o próprio incapaz, seus herdeiros, e aqueles a quem competir concedê-las, dentro do prazo de um ano a contar da celebração do casamento, prevendo, ainda, a possibilidade de o vício ser sanado se o casamento vier a ser celebrado depois de findar a incapacidade (cf. Código Civil francês, art. 1.398).

Sobre a matéria, entre nós, *Caio Mário da Silva Pereira* discrepa do entendimento majoritário, dissertando:

"A escritura antenupcial é firmada pelos nubentes, que são os interessados no seu regime de bens. Consideram-se aptos a estipulá-la os que tenham habilitação matrimonial: *habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia*. Contra opiniões valiosas, entendemos não ser necessária a assistência do pai ou tutor ao estipulante menor, desde que autorizado este para o casamento, em virtude de que a anuência para o ato principal (matrimônio) induz e pressupõe o consentimento para os que lhe são correlatos ou acessórios (na hipótese, o pacto antenupcial)".

O citado Mestre, com poderosa força de raciocínio, conclui: "Não se compreenderia, na verdade, que o nubente menor esteja autorizado *ad nuptias* e não esteja para convencionar o regime econômico do mesmo casamento. Se a assistência ao pacto antenupcial for erigida em requisito de validade, ter-se-á a interferência de vontade estranha na economia do casal *in fieri*, o que de certo modo é um atentado à liberdade matrimonial".<sup>36</sup>

Há um dispositivo, no Código, que reforça o entendimento do Professor Caio Mário. É o do art. 196, que edita: "O instrumento da autorização para casar transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial".

Parece que o legislador está pressupondo que o representante legal do menor não precisaria assisti-lo no pacto antenupcial, senão seria desarrazoada a exigência da transcrição, na escritura, da autorização para o casamento. Se fosse obrigatória a anuência do representante, para o pacto

antenupcial, cuja *condicio juris* é o casamento, estaria contida, até por um imperativo lógico, a sua autorização para o matrimônio, não carecendo que a autorização, já constante no processo de habilitação, fosse copiada.

O Projeto de Código Civil regulou o assunto, estatuinto, no art. 1.682:

"A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens."

Achamos esdrúxula a ressalva constante ao final do art. 1.682 do Projeto: "salvo as hipóteses do regime obrigatório de separação de bens". Porque, em tais hipóteses, a separação de bens não resulta de pacto antenupcial, mas de disposição imperativa da lei. E, se não há pacto, não se pode condicionar a eficácia dele à aprovação do representante legal do menor.<sup>37</sup>

O eminente Professor *João Baptista Villela* sugeriu a redação seguinte para o art. 1.682 do Projeto:

"O incapaz, autorizado por seu representante legal a casar, considera-se apto à celebração do pacto antenupcial", justificando: "A emenda tem por fim dar aplicação correta à máxima *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Se os pais ou outros representantes anuem no casamento do incapaz, é porque o vêem com discernimento bastante para captar a significação e gravidade do ato. Seria, de fato, incongruente, que alguém pudesse ser admitido à prática do ato maior, que é o casamento, e não o fosse à de ato dele dependente - portanto acessório -, que é a convenção nupcial."<sup>38</sup>

Embora a opinião majoritária da doutrina - nacional e estrangeira - seja diferente da acima externada, não se pode negar a procedência e a força dos argumentos do Professor *Villela*, que, neste passo, segue o magistério de outro grande mestre mineiro, *Caio Mário da Silva Pereira*.

Nosso Código não contém norma específica, admitindo que os nubentes possam ser representados, no pacto, por procurador. Não temos dúvida em afirmar, diante dos princípios gerais, que a convenção pré-nupcial pode ser firmada por mandatário, desde que a procuração, é claro, contenha poderes especiais e bastantes.

*Pontes de Miranda*, examinando o ato jurídico em si, afirma que os pactos antenupciais podem ser feitos pelos noivos pessoalmente, porém não por seus mandatários.<sup>39</sup> O leitor desavisado pode concluir que o juriconsulto esteja afastando a possibilidade de os nubentes serem representados, na escritura, por procurador bastante. Na verdade, o que o Mestre está dizendo é que o negócio jurídico pré-matrimonial, o estabelecimento do regime de bens do casamento e outras determinações patrimoniais do matrimônio têm de ser acordados pelos nubentes, não sendo lícito, quanto à substância e conteúdo do

ato, que terceiros resolvam por eles. Adiante, na mesma obra<sup>40</sup>, referindo-se aos figurantes dos pactos antenupciais, o consagrado jurista enuncia: "Qualquer dos pactuantes pode ser representado por procurador especial e, por força do art. 1.291 do Código Civil, não se admite o mandato verbal".

Realmente, se o próprio casamento, a lei permite que seja celebrado mediante procuração que outorgue poderes especiais ao mandatário para receber, em nome do outorgante, o outro contraente (Cód. Civil, art. 201), não há razão nem lógica desadmitir-se que os nubentes se façam representar por procurador no pacto antenupcial.

Igualmente, podem ser representados por procurador os representantes legais de nubentes menores, aderindo-se à corrente majoritária de que a autorização deles é essencial para que o contrato pré-matrimonial seja celebrado validamente.

## 8. EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS DO PACTO

Para ter efeito perante terceiros, as convenções antenupciais devem ser registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis dos cônjuges (Código Civil, art. 261; Lei nº 6.015/73 - Registros Públicos, arts. 167, I, 12; 178, V e 244). Note-se que esta exigência não se estende ao caso de regime obrigatório da separação de bens (art. 258, parágrafo único).

Porém, entre as partes, isto é, entre os cônjuges - e seus herdeiros -, o pacto não registrado tem eficácia, embora não seja eficaz diante de terceiros.

Observam *José I. amartine Corrêa de OLiveira e Francisco José Ferreira Muniz* que a inoponibilidade da convenção antenupcial que não é levada a registro, submete os cônjuges nas suas relações com terceiros ao regime legal ou supletivo (comunhão parcial de bens), estabelecendo-se, assim, concluem os autores, uma distinção entre regime interno e regime externo, que suscita inúmeras' dificuldades nas relações entre os cônjuges e entre estes e terceiros.<sup>41</sup>

O Código Civil português, art. 1.711, 1, dispõe, também, que as convenções antenupciais só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registradas, explicitando o nº 2 deste artigo: "Os herdeiros dos cônjuges e dos demais outorgantes da escritura não são considerados terceiros".

## 9. INVALIDADE DO CASAMENTO E REGIME DE BENS

O pacto antenupcial, como já foi aqui dito e redito, está subordinado a uma *côndicio juris*, que é a realização do casamento (*si nuptiae fuerint secutae*). Embora válido, o contrato pré-matrimonial só produz efeito se lhe seguir o casamento, tornando-se ineficaz no caso contrário.

A convenção antenupcial é contrato acessório, subordina-se ao casamento, seguindo a sorte deste.

Assim, se o casamento é declarado nulo, ou for decretada a sua anulação, o pacto antenupcial caduca, tornando-se ineficaz desde a origem. O que se deve seguir ao pacto, para que este se recubra de eficácia, não é apenas o casamento, mas o casamento válido.

Entretanto, o casamento pode ser putativo e, em atenção à boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, embora eivado de nulidade ou decretada a anulação do matrimônio, produzirá efeitos civis com relação à prole e aos consortes ou ao consorte de boa-fé (v. art. 221 do Código Civil).

A declaração de putatividade resguarda as relações jurídicas anteriormente constituídas e os direitos adquiridos até o dia da sentença anulatória.

Desenvolvendo o assunto, dispõe o Código, no art. 332; "Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:

I - na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;

II - na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez, no contrato antenupcial (arts. 256 e 312)".

A eficácia especial do casamento putativo se estende à convenção pré-matrimonial. Estando de boa-fé ambos os consortes, os dois se beneficiam; se um só é culpado, a caducidade do pacto é parcial, pois o cônjuge inocente fica com todas as vantagens havidas do outro cônjuge, podendo exigir o cumprimento das promessas por este feitas no pacto antenupcial.

## **10. REGIME SUPLETIVO BRASILEIRO - DIREITO COMPARADO**

Até o momento, temos falado do regime de bens convencional, que os nubentes, em regra, podem estipular, livremente, desde que outorguem o pacto antenupcial.

Mas, em qualquer caso, haja ou não contrato pré-matrimonial, o casamento sempre terá regime de bens.

Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial, prevê o art. 258, *caput*, do Código Civil.

Trata-se, como informam *José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz*<sup>42</sup>, de uma intervenção supletiva. Se os nubentes não fazem pacto, ou, se o pacto que fizeram é inválido, intervém o legislador e dispõe que o regime será o da comunhão parcial de bens, e estamos diante do *regime legal supletivo*.

Diante da omissão, do desinteresse, do silêncio dos nubentes, da circunstância de eles não exercerem a faculdade de escolher um regime de bens, a lei resolve e dispõe qual é o regime.

A atual redação do art. 258 foi dada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), quebrando-se uma secular tradição do Direito luso-brasileiro, que tinha como regime legal supletivo O da comunhão universal de bens (ou casamentos por carta de ametade, na expressão das Ordenações Filipinas).

É claro que a lei nova, que optou por outro regime legal, não vai reger os casamentos antes celebrados. Seria modificar situações já constituídas, atos jurídicos perfeitos e acabados, contrariando o princípio constitucional da não-retroatividade das leis (Constituição de 1946, art. 141, § 3º; Constituição de 1967, c/ a Emenda nº 1/69, art. 153, § 3º; Constituição de 1988, art. 5º, XXXVI). O regime legal supletivo da comunhão parcial de bens só se refere aos casamentos realizados após a entrada em vigor da Lei do Divórcio, na data da publicação da mesma, ou seja, 28 de dezembro de 1977.

Em nosso País, esta questão do regime legal supletivo é de fundamental importância. Não faz parte de nossos costumes, de nossa cultura, a celebração de pactos antenupciais. Na falta de uma estatística sobre a matéria, cremos que não chega a 1% o número de matrimônios que são precedidos de convenções a respeito do estatuto patrimonial dos cônjuges. Em Portugal, depõem *Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela*, é hipótese vulgaríssima, de longe, a mais freqüente na prática, a de não *haver* convenção antenupcial, informando os autores que, à data dos trabalhos preparatórios do novo Código, andava à volta de 98% dos casamentos celebrados naquele país o número dos casos em que não havia qualquer convenção prévia entre os cônjuges.<sup>43</sup> Na França, segundo estatística de 1962, do Conselho Superior de Notários, 76% dos casamentos não são precedidos de pacto antenupcial.<sup>44</sup> *Gérard Cornu* noticia que de 80 a 85% dos casais franceses estão submetidos ao regime legal de comunhão dos adquiridos.<sup>45</sup>

Antes da Lei do Divórcio, enquanto vigeu a redação original do art. 258, *caput*, do Código Civil, a maioria expressiva dos casamentos eram celebrados sob o regime da comunhão universal de bens. Com o advento da aludida lei, e com a modificação por ela introduzida, a maioria significativa dos matrimônios que se realizam no Brasil são regidos pelo regime da comunhão parcial.

Observa *Clóvis do Couto e Silva* que, no Direito Brasileiro, é rara a utilização dos pactos antenupciais, que parecem ser, em certas camadas sociais, um pouco ofensivos à dignidade dos nubentes, concluindo:

"Esse preconceito, infundado, aliás, está de tal modo arraigado, que cresce de importância o regime supletivo, pois na imensa maioria dos casos não se realiza o aludido pacto antenupcial, vigorando o regime-regra".<sup>46</sup>

Pelo regime da comunhão parcial, sobre o qual falaremos minuciosamente, adiante, não se comunicam os bens que cada cônjuge possui ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão, entrando na comunhão os bens adquiridos após a realização do casamento, por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.

Portanto, há a possibilidade de serem formadas três massas de bens distintas: a dos bens comuns, a dos bens do marido e a dos bens da mulher.

É um regime misto, e recebe a aplicação das regras ou disposições de cada um dos regimes de que se compõe, na feliz observação de *Teixeira de Freitas*.<sup>47</sup>

No regime da comunhão universal, para anteciparmos a principal distinção, comunicam-se todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, constituindo uma só massa patrimonial indivisa (infra).

O regime da comunhão parcial de bens, ou de comunhão dos aqüestos ou dos adquiridos, é, também, o regime legal supletivo na França (*Code Civil*, art. 1.400 s., após a reforma introduzida pela Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965), na Itália (*Codice Civile*, art. 159, alterado pela Lei de 19 de maio de 1975), na Bélgica (Código Civil, art. 1.398, com a redação da Lei de 14 de julho de 1976), em Portugal (Código Civil, art. 1.315, II), na Venezuela (Código Civil, art. 148), no Peru (Código Civil, art. 295), no Paraguai (Código Civil, art. 189), na Espanha (Código Civil, art. 1.316, com a reforma determinada pela Lei nº 11, de 13 de maio de 1981).

Apontamos esses Códigos como integrantes do grupo que optou pelo regime supletivo da comunhão dos adquiridos, pelas características gerais que apresentam, mas devemos alertar que o tratamento dado à matéria não é uniforme nas diversas legislações, variando muito, de país para país, a regulamentação dos regimes de bens, até porque o tema é muito vinculado ao costumes e tradições de cada povo.

Na Alemanha, o BGB, na versão original, tinha como regime legal de bens o que denominava regime de administração e desfrute maritais, inspirado *no Landrecht* prussiano. Neste regime, havia três massas de bens: os bens próprios do marido, os bens trazidos pela mulher e os bens reservados da mulher. Assemelhava-se ao regime dotal (infra), havendo paralelismo entre os bens trazidos pela mulher com os bens dotais e os bens reservados com os parafernais.

Por força da reforma de 1957 (Lei de 18 de junho), com a substituição dos arts. 1.363 a 1.390 do BGB, o regime legal alemão passou a ser o da participação nos aqüestos (infra).

A própria denominação do regime - *Zugewinnngemeinschaft* - tem sido criticada, opinando *Ripert e Boulanger*<sup>48</sup> que o regime alemão é uma variação (*muy complicada*) do regime de participação nos aqüestos. Não se trata de regime de comunhão dos aqüestos, mas de participação nos aqüestos, devendo-se notar que a associação recíproca dos esposos não é nos bens, em si, mas nos ganhos, nos acréscimos patrimoniais havidos durante a constância do casamento. Trata-se de regime em que, no momento da dissolução, há uma compensação entre os cônjuges, fazendo-se o balanço do patrimônio original e final de cada um, estabelecendo-se um crédito de um cônjuge com relação ao outro. O mais correto é considerar-se o regime tedesco como de separação, na constância do matrimônio, havendo a participação de cada cônjuge no valor dos aqüestos, por ocasião da dissolução.

Achamos oportuno verificar a situação em dois países, cujo Direito é inspirado nos postulados do socialismo; em Cuba, o Código de Família estabelece como regime econômico do matrimônio o da comunhão parcial, e sobre o Direito cubano falaremos detalhadamente, a seguir. Na República Popular da China, a Lei do Matrimônio, que entrou em vigor a 1º de janeiro de 1981, revogando a lei anterior sobre o assunto, de 1º de maio de 1950, dispõe, no art. 13, primeira parte, que os bens adquiridos pelos cônjuges, durante o casamento, são de propriedade comum, salvo deliberação em contrário, por acordo entre as partes. Na forma do art. 13, segunda parte, da citada lei, o esposo e a esposa têm igual direito na administração dos bens comuns.

Na Argentina, há um regime obrigatório e único, que não pode ser alterado ou modificado pelos cônjuges, que é o da comunhão de adquiridos e comunhão de móveis (Lei nº 17.711, de 22 de abril de 1968, que alterou profundamente o Código Civil). O mesmo ocorre na Bolívia (Código de Família, de 1972, art. 108 s.).

Por ser um país da América Latina, mas filiado ao Direito soviético, o que o coloca numa posição singular, é pertinente dedicarmos um espaço maior à Cuba, cujo Código da Família, promulgado em 14 de fevereiro de 1975, fundamenta-se na concepção socialista da família, *constituyendo ésta una entidad en la que están íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal*.

Em Cuba, o regime legal e único de bens é o da comunhão parcial (Código da Família, arts. 29 a 32). São *bens comuns*: os salários ou soldos, proventos, pensões ou outras rendas que ambos os cônjuges ou qualquer deles obtenha durante o matrimônio, como produto do trabalho ou procedente da

seguridade social; os bens e direitos adquiridos por título oneroso durante o matrimônio à custa da massa comum, quer se faça a aquisição para a comunidade ou para um dos cônjuges; os frutos, rendas ou juros percebidos durante o matrimônio, procedentes dos bens comuns ou dos próprios de cada cônjuge. Por sua vez, são *bens próprios* de cada um dos cônjuges: os adquiridos por cada um deles antes do matrimônio; os adquiridos durante o matrimônio por cada um dos cônjuges, por herança, por título lucrativo ou por permuta ou substituição de um bem próprio; os adquiridos com dinheiro próprio de um dos cônjuges; as importâncias relativas a créditos de um dos cônjuges, com prazos vencidos durante o matrimônio, mas constituídos a seu favor com anterioridade ao casamento; os de uso pessoal, exclusivo, de cada um dos cônjuges. Presumem-se comuns os bens dos cônjuges, enquanto não se provar que são próprios de um só deles (Código da Família, art. 31).

### 11. REGIME DE BENS OBRIGATÓRIO

No Brasil, como vimos, os cônjuges têm a liberdade de, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Não havendo convenção antenupcial (ou sendo nula), vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial, que, assim, já dissemos, é o regime legal supletivo. Todavia, além deste, temos *outro* regime legal, um regime cogente, imperativo, nos termos do art. 258, parágrafo único, do Código Civil, *verbis*:

"É, porém, obrigatório o (regime) da separação de bens no casamento:

I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, nº XI a XVI (art. 216).

II - Do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos.

III - Do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor.

IV - De todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453)." Analisemos, rapidamente, os casos mencionados no parágrafo único do art. 258, acima transcrito, que ficam sujeitos, compulsoriamente, ao regime de separação de bens.

Em primeiro lugar, referidos no art. 183, XI a XVI, temos os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor ou curador; as mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18; o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido

anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho; o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna, manifestada em escrito autêntico ou em testamento; o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

Os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela só podem casar com o consentimento de seus representantes legais. Se, não obstante, casam-se sem o dito assentimento, o casamento é anulável. Todavia, se o casamento não é anulado, convalidando, o regime de bens é o da separação obrigatória. Aliás, mesmo que venham a casar obtendo o suprimento judicial do negado consentimento do representante legal, ficando, neste caso, o matrimônio salvo da eiva da anulabilidade, mesmo assim, o regime será o da separação de bens, por força do nº IV do parágrafo único do art. 259 (infra).

As mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18 não têm capacidade matrimonial. Porém, se o casamento deles se realiza, é anulável. Tal casamento pode valer, entretanto, para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (art. 214). Mas, o regime de bens será o da separação.

No caso do viúvo ou da viúva que tiver filho do cônjuge falecido, se não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, seu novo casamento será sob o regime da separação. Se o casal não possuía bens, é necessário, não obstante, o inventário negativo. Em nosso Direito anterior, o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 (Lei do Casamento Civil), art. 7º, § 9º, não mencionava a partilha, requerendo, apenas, o inventário, que, por sinal já era previsto na Lei de 9 de setembro de 1769. O Código Civil, entretanto, mais rigoroso, quer o inventário e que se dê partilha aos herdeiros (art. 183, XIII; 225). E partilha significa repartição de bens homologada pelo juiz, como alertou o Ministro *Orosimbo Nonato*, em célebre voto no STF. *Orlando Gomes* ensina que até ultimar a partilha, o cônjuge sobrevivente não pode convolar a novas núpcias, se o casal teve filhos. Contraindo, apesar da proibição, novo casamento, o regime de bens há de ser, obrigatoriamente, o da separação, ressaltando o autor: "Se não há bens a partilhar, o inventário negativo não é necessário para o segundo casamento pelo regime da comunhão parcial."a9 Abordando os arts. 183, III e 225, *Pontes de Miranda* enuncia:

"Falou-se de inventário e de partilha. Tal partilha pode ser judicial ou amigável, desde que judicialmente homologada. Não basta a escritura

pública de partilha. O inventário é necessário, e não se dispensa. Se não há bens, há de ser feito o inventário negativo, sob pena de se estabelecer a incidência irrecusável do art. 258, parágrafo único, I.<sup>50</sup>

A razão está com *Pontes*, mas, na prática, o parecer de *Orlando* coincide com o dele, pois o nosso regime da separação obrigatória não compreende os bens futuros (Súmula nº 377, do STF), equivalendo ao regime de comunhão parcial. Diante da Súmula nº 377, o regime cogente da separação, determinado no art. 258, parágrafo único do Código, não é de separação pura ou absoluta, mas de separação parcial ou relativa (infra).

Tratando-se de viúva, ou de mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, proíbe-se que case até trezentos dias depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, deu à luz algum filho. A lei fixa este período de espera para evitar *a turbatio sanguinis*, tanto que o casamento está autorizado se, antes de terminado o referido prazo, a mulher der à luz algum filho. Ocorrendo o casamento antes do tempo fixado - salvo no caso explicitado - a pena é a determinação do regime de separação de bens.

Por último, o art. 258, parágrafo único, I, incide nos casamentos do tutor ou curador, com a pessoa tutelada ou curatelada e do juiz ou escrivão com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício. O casamento com infração desses impedimentos submeter-se-á ao regime da separação de bens. Vale recordar a lição de *Clóvis*, no sentido de que o impedimento do magistrado para casar-se com alguém que se ache sob a sua jurisdição, que é reminiscência do Direito romano, "dificilmente se justifica, em nossos dias, máxime não se tendo restringido aos juízes de órfãos".<sup>51</sup>

O nº II, do parágrafo único do art. 258 impõe o regime da separação de bens do maior de 60 e da maior de 50 anos. Não se trata, apenas, do matrimônio de um sexagenário com uma quinquagenária, mas do casamento do homem maior de 60 anos e da mulher maior de 50.

*Pontes de Miranda* justifica a disposição dizendo que, para evitar explorações consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum.<sup>52</sup> *Sílvio Rodrigues* argumenta que tal restrição é atentatória da liberdade individual:

"A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez, se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um

sexagenário e uma quinquagenária ricos se casem pelo regime de comunhão, se assim lhes aprouver."<sup>53</sup>

*João Baptista Villela* expõe que o art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, é uma odiosa discriminação, sofrendo a autodeterminação patrimonial dos cônjuges injusto limite no Direito brasileiro, argumentando que o idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz, portanto, não tem contra si a presunção de que lhe faltem os atributos de consciência e volição necessários ao consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas conseqüências, concluindo:

"A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade."<sup>54</sup>

O Projeto de Código Civil (nº 634175), art. 1.669, II, manteve a solução do Código vigente, dispondo ser obrigatório o regime de separação de bens no casamento, sem a *comunhão de aqüestos*, do maior de 60 e da maior de 50 anos.

De nossa parte, advogamos, para o tema, uma solução intermediária. Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse.

Numa certa fase do Direito romano, quando vigeu a Lei *Papia Poppea nuptialis*, do ano 9, d.C., era proibido o casamento de pessoa idosa. Com muita razão, esta lei foi revogada por *Constantino*. Muito menos, em nosso tempo, quando a tendência mundial é de respeitar e prestigiar as pessoas de terceira idade, pode-se pretender recriar tal impedimento matrimonial.

Achamos, porém, que a regra protetiva - o casamento sob o regime imperativo da separação - deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por "golpe do baú". Mas, ao contrário do que prevê o Projeto de Código Civil, o regime de separação de tais casamentos deve ser *com a comunhão de aqüestos*. Aliás, por construção da jurisprudência, é a solução adotada entre nós, conforme a Súmula nº 377 do STF, sobre a qual falaremos a seguir.

A Lei do Divórcio abriu uma importante e justa exceção à regra que determina o casamento sob o regime de separação de bens, no caso de pessoas com idade avançada, prevendo, no art. 45:

"Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil."

O dispositivo só se aplica às uniões de fato existentes *antes* de 28 de junho de 1977, data da Emenda Constitucional nº 9, que introduziu o divórcio no Brasil.

Dois requisitos alternativos são exigidos para que o aludido art. 45 seja aplicável: que exista entre os nubentes comunhão de vida, iniciada antes de 28 de junho de 1977, com duração, no mínimo, de dez anos consecutivos, ou que da união tenha resultado prole.

Em qualquer um dos casos, a incidência do art. 258, parágrafo único, II, pode ser afastada, ficando autorizados os nubentes a celebrar pacto antenupcial, estabelecendo, livremente, o regime de bens de seu casamento, inclusive, se quiserem, o da comunhão universal. Alerta, entretanto, *Orlando Gomes* que se trata de uma disposição permissiva, *de caráter* transitório, aplicável apenas aos nubentes entre os quais existia, antes da Emenda Constitucional que extinguiu a indissolubilidade do vínculo matrimonial, uma comunhão de vida estável, perdurante por mais de um decênio ou da qual tivesse resultado prole, explicando o autor:

"Quis, desse modo, o legislador favorecer as pessoas que não eram casadas - mas que viviam como se fossem -, porque as duas, ou uma delas, estavam *impedidas*, porque a separação pelo *desquite* não admitia novo casamento, ponderando o mestre que é de aceitar-se interpretação que estenda a aplicação da regra a todas as situações de comunhão de vida anteriores à permissão do divórcio, incluídas, pois, aquelas em que não se trata de segundo casamento.<sup>55</sup>

De fato, a norma contida no art. 45 da Lei do Divórcio é de inteira pertinência. Mas, vinte anos depois, dificilmente haverá caso em que ela possa ser aplicada. O que se deve, em futura reforma legislativa, é torná-la permanente, ensejando que pessoas daquelas idades possam casar sob o regime de bens que melhor lhes aprouver, se o matrimônio for antecedido de união estável entre os nubentes. Por sinal, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, já menciona, no art. 5º, que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho

e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação expressa em contrato escrito, observando *Rodrigo da Cunha Pereira*, com muita acuidade, que o aludido art. 5º dispõe sobre o patrimônio dos conviventes como as regras do regime da comunhão parcial de bens.<sup>56</sup> Já apontamos que o aludido art. 5º da Lei nº 9.278, de 1996, apresenta um desvio de terminologia jurídica, ao estipular que os bens adquiridos passam a pertencer a ambos os conviventes, *em condomínio* e em partes iguais, sendo óbvio que não se trata de condomínio, figura do direito das coisas, no seu sentido específico e próprio, conforme o regulado no art. 263 do Código Civil e, na verdade, ficou estabelecido para os participantes de união estável, quanto aos aqüestos, o regime de comunhão.<sup>57</sup>

O art. 258, parágrafo único, III, dispõe que o órfão de pai e mãe, ou o menor cujos pais foram suspensos ou destituídos do pátrio poder (arts. 394 e 395) estão sujeitos ao regime obrigatório da separação de bens, embora casem com o consentimento do tutor (art. 183, XI).

O objetivo do legislador foi o de proteger os órfãos, acautelando seus bens e interesses, mas, dada a generalidade do preceito, como anota *Beviláqua*<sup>58</sup> o Código "atirou a barra além da meta", porque, muitas vezes, prejudicará, precisamente, aqueles a quem pretendia favorecer. Na mesma linha de raciocínio, *Pontes de Miranda* garante que o legislador andou mal em não meditar nas conseqüências do que escrevia:

"Quando o pai foi suspenso do pátrio poder, ou quando o perdeu, e o menor é pobre, a regra do art. 258, parágrafo único, III, é de clamorosa injustiça: a lei veda que o menor seja meeiro do rico que com ele casa. Não só o órfão de pai e mãe, principalmente a órfã, se pobre, tem de casar com o rico sem comunhão de bens', concluindo o autor: 'O gume da faca de proteção corta, na maioria dos casos, aquele mesmo a quem procurara proteger'.<sup>59</sup> Finalmente, o art. 258, parágrafo único, IV, impõe o regime de separação de bens no matrimônio de todas as pessoas que dependerem, para casar, de autorização judicial. É o caso, por exemplo, do menor ou do interdito que obteve o suprimento judicial para a falta de consentimento do pai, tutor ou curador (art. 183, XI), e do menor que ainda não atingiu a idade núbil (art. 183, XII), cujo casamento foi autorizado, judicialmente, para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (art. 214).

O Projeto de Código Civil (nº 634175), regulando o assunto, dispõe, no art. 1.669:

"É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos:

I - Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio.

II - Do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos.

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

As causas suspensivas do matrimônio, apontadas no art. 1.520 do Projeto, referem-se ao viúvo ou à viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; à viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; ao tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, que pretenderem casar com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

O parágrafo único do art. 1.520 faculta aos nubentes solicitar ao juiz a dispensa das exigências previstas no caso do viúvo ou da viúva que não fez inventário dos bens do casal, provando a inexistência de prejuízo para o herdeiro, e, no caso da viúva ou da mulher que se quer remaridar antes de dez meses do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, provando a gravidez ou o nascimento de algum filho, na fluência do prazo.

Além desses casos, o Projeto prevê que o casamento se possa realizar, mediante suprimento judicial, se os nubentes têm menos de 21 anos e não obtiveram a autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, e, não tendo alcançado a capacidade matrimonial (fixada em 18 anos para o homem e em 16 anos para a mulher), para evitar o cumprimento de pena criminal, ou para resguardo da honra da mulher, que não atingiu a maioridade (arts. 1.514 a 1.517).

Analisando o art. 1.669, III, do Projeto, *João Baptista Villela* observa que faz obrigatória a separação de bens dos que "dependerem, para casar, do suprimento judicial", independentemente de este ter sido ou não outorgado, parecendo ao eminente civilista inadequada a solução:

"Se o suprimento foi dado, o juiz teve tais pessoas como habilitadas para casar. E se habilitadas para casar, deve presumir-se que também o são para escolher o regime de bens, ato de importância menor."<sup>60</sup>

Tem procedência o comentário do Mestre mineiro. Mas, a par da facilidade com que são obtidos alvarás e suprimentos judiciais em nosso foro, com os juízes assoberbados com muitas outras questões, além dos problemas crônicos de nossa justiça, que não vêm ao caso, agora, enumerar, impressiona-nos a justificativa de *Clóvis Beviláqua*, ao art. 258, parágrafo único, IV, do Código, que prevê o regime obrigatório da separação de bens no casamento do de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial.

Diz o autor do Projeto que redundou em nosso Código:

"Mais razoável é a proibição da comunhão, àqueles que se casam contra a vontade de seus pais, embora tenham obtido o suprimento do juiz. Os pais, pelo zelo e carinho que lhes são próprios, quando se trata da ventura dos filhos, naturalmente verão, melhor do que outro qualquer, o que aos mesmos convém. Só excepcionalmente se deixarão conduzir por caprichos ou preconceitos injustificáveis. Para atender a essas exceções possíveis, o Direito faculta o recurso ao juiz, da denegação do consentimento paterno ou materno para o matrimônio dos filhos. Mas, para dificultar esse recurso excepcional, em atenção ao prestígio da autoridade dos progenitores, e porque, afinal, bem pode ser que os pais estejam com a razão, e não o juiz, o Código permite o casamento, mas sem comunhão. Se é uma afeição verdadeira que arrasta os jovens ao matrimônio, essa restrição econômica, de modo algum os embarçará. Ela será, porém, suficiente para conter os impulsos meramente interesseiros".<sup>61</sup>

Pela análise dos casos que ensejam o regime obrigatório da separação de bens, vimos que alguns deles representam uma sanção, uma pena, e outros providência acauteladora, medida protetiva dos cônjuges.

É nulo o pacto antenupcial de pessoa cujo casamento deva ser submetido ao regime imperativo ou cogente da separação de bens. O nubente com mais de 60 anos, por exemplo, não pode determinar, através de convenção pré-matrimonial, o estatuto patrimonial de seu casamento, aplicando-se o velhíssimo brocardo: *privatorum pactis jus publicum infringi non potest* (as normas de ordem pública não podem ser infringidas pelos pactos privados).

A separação de bens prevista no parágrafo único do art. 258 opera de pleno direito. Representa matéria tratada na lei de forma cogente, peremptória, não estando no poder dos particulares revogar ou elidir preceitos de ordem pública.

## 12. REGIME OBRIGATÓRIO E AQUÊSTOS - SÚMULA Nº 377 DO STF

Uma das questões mais controvertidas e debatidas em nosso Direito, dividindo as opiniões de doutrinadores e tribunais, é a relativa à extensão do regime obrigatório da separação de bens.

O problema envolve a interpretação do art. 259 do Código, que edita: "Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento."

Trata-se da hipótese em que os nubentes tenham feito contrato pré-nupcial, estabelecendo outro regime, que não o da comunhão, silenciando, todavia, quanto aos bens que futuramente adquirirem.

Até para prestigiar o regime legal supletivo, que, pela redação original do Código (art. 258, *caput*), era o da comunhão universal, dispôs o

legislador que, diante da omissão dos contratantes, comunicar-se-ão os bens adquiridos na constância do matrimônio.

Segundo *Clóvis*,<sup>62</sup> no silêncio do contrato, entendem-se comuns tais bens, provenham de título oneroso ou gratuito. Já *Carvalho Santos*, citando *Teixeira de Freitas*, acha que só se comunicam os bens adquiridos por indústria de um dos cônjuges, durante a vida conjugal, ou os derivados dos rendimentos dos bens dotais comunicáveis, rendimentos que sempre se comunicam, pois são destinados à sustentação dos encargos do matrimônio, "mas não se comunicam os adquiridos por cada um dos cônjuges em razão de herança ou doação".<sup>63</sup>

Sobretudo depois da edição da Lei do Divórcio, que deu nova redação ao *caput* do art. 258, modificando o regime legal supletivo no Brasil, que passou a ser o da comunhão parcial, no qual não se comunicam os bens que sobrevierem a cada cônjuge, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão (art. 269, I), a opinião de *Carvalho Santos* deve ser acatada, até por ser mais razoável e justa.

Discorrendo sobre o art. 259 do Código, *Sílvia Rodrigues* aponta que a sua aplicação leva ao seguinte absurdo: 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, alerta:

"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", concluindo o autor: "Tal regra, que surge como um alçapão posto na lei para ludibriar a boa-fé dos nubentes e conduzi-los a um regime de bens não desejado, só encontra explicação na indisfarçável preferência do legislador de 1916 pelo regime da comunhão e na sua desmedida tutela do interesse particular, injustificável em assunto que não diz respeito à ordem pública."<sup>64</sup>

Através de construção pretoriana, a solução do art. 259, que, sem dúvida, tinha por objetivo regular os casos de regimes de bens estabelecidos por contrato antenupcial, foi estendida às hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.

A jurisprudência dominante foi cristalizada na Súmula nº 377, do STF, editando: "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Um dos paladinos da tese que redundou na Súmula nº 377 foi o Ministro *Philadelpho Azevedo* que, abordando o art. 259, enuncia que o seu princípio está na parte geral do regime de bens, abrangendo todos os que não forem de comunhão, assim, o dotal e o de separação, ensinando o insigne jurista:

"Conclui-se, portanto, que o nosso sistema de separação, em princípio, é o de separação dos existentes e de comunhão dos bens adquiridos, sendo preciso cláusula expressa no pacto antenupcial, para que a separação se estenda aos aqüestos. De modo que, quando o legislador manda aplicar o regime de separação, em certos casos, qual será esse regime? O da separação dos bens presentes e futuros, ou, apenas, o da separação dos bens presentes? Entendo que é apenas o de separação dos bens presentes, por ser o normal, de modo que o art. 259 se aplicará a todos os casos, inclusive os de separação legal".

Não obstante, o Mestre adverte que se ajustam, à espécie, duas restrições, que caracterizam o regime de comunhão parcial; separar os bens adquiridos por doação ou herança e os bens sub-rogados. Somente para os aqüestos a título *oneroso* vigora o princípio.<sup>65</sup>

A Súmula nº 377 do STF baseou-se na eqüidade, tem um acentuado caráter assistencial. Mas, a nosso ver, não se pode incentivar o enriquecimento sem causa. No regime da separação obrigatória, para dar sentido e justiça à Súmula nº 377, os aqüestos que se comunicam são os que forem adquiridos pelo trabalho conjunto, pela colaboração mútua, pelo esforço comum do casal.

No STJ, a Terceira Turma, pelo menos em dois julgamentos, decidiu em contrário à opinião acima exposta:

"Casamento - Regime de bens - Separação legal - Súmula 377 do STF.

Quando a separação de bens resulta apenas de imposição legal, comunicam-se os aqüestos, não importando que hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum" (DJ de 12/03/90, rel. Minº *Eduardo Ribeiro*);

"Civil. Casamento. Regime obrigatório de bens. Comunicabilidade dos aqüestos.

Aplica-se o art. 259 do Código Civil quanto aos bens adquiridos na constância do casamento, inclusive nos casos de separação obrigatória" (DJ de 23/09/91, rel. Minº *Dias Trindade*). Posteriormente, a Quarta Turma do STJ, julgando o Recurso Especial nº 9938-0 - São Paulo, em 9 de junho de 1992, rel. Minº *Sálvio de Figueiredo*, abraçou a tese que defendemos:

"I - Em se tratando de regime de separação obrigatória (Código Civil, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum.

II - O enunciado nº 377 da súmula STF deve restringir-se aos aqüestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa."

Ainda sobre este assunto, temos emitido opinião de que, embora casados sob o regime da separação obrigatória, nada impede que os cônjuges, associando-se, juntando recursos ou economias, adquiram um bem em comum, estabelecendo-se condomínio, composesse, que, no caso, não serão regidos pelo Direito de Família, mas pelo Direito das Coisas. Nada impede, também, que os cônjuges recebam uma doação de terceiros, ou um legado, em partes iguais ou desiguais, estabelecendo-se, do mesmo modo, o condomínio sobre o bem doado ou legado. Pelas mesmas razões e iguais fundamentos, estendemos nosso parecer ao caso de pessoas casadas sob o regime convencional da separação absoluta (infra).

### 13. REGIME OBRIGATÓRIO E DOAÇÕES ENTRE CÔNJUGES

No pacto antenupcial, é lícito aos nubentes estipular doações recíprocas ou de um ao outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador. Entretanto, as doações antenupciais estão vedadas, sendo, portanto, nulas de pleno direito, se o casamento vai ser celebrado sob o regime de separação obrigatória (art. 312 do Código Civil).

Em todos os casos referidos no art. 258, parágrafo único, as doações entre os contraentes são proibidas, expressamente.

Sem dúvida, o legislador não quis que, através de pacto, de acordo de vontade, os nubentes frustrassem ou elidissem o regime imperativo, que é estabelecido, aliás, por normas de ordem pública.

Dando exemplo, *Carvalho Santos* enuncia: "Não pode a quinquagenária, em contrato antenupcial, transmitir ao noivo, por qualquer forma, parcela alguma de seus bens."<sup>66</sup>

Até aqui, falamos das doações antenupciais, dos atos de liberalidade, em pacto pré-matrimonial, portanto, *donatio propter nuptias* (doação para casamento).

No Direito romano, as doações entre cônjuges eram vedadas. Segundo *Lafayette Rodrigues Pereira*, tal como se achava ao tempo do Imperador Justiniano, foi o Direito romano acerca destas doações adotado em Portugal pelos começos do Século XVI, em contravenção aos costumes até então aceitos. Assim, segundo esse eminente autor, as doações feitas na constância do matrimônio pelo marido à mulher ou pela mulher ao marido, só adquirem a natureza de ato definitivo e irrevogável pelo acontecimento da morte do doador, sendo lícito ao cônjuge doador revogar a doação a todo o tempo.<sup>67</sup> No mesmo sentido, a lição de *Coelho da Rocha*.<sup>68</sup> Esta doutrina expressa o disposto nas Ordenações Filipinas, Livro IV, tít. 65, repetido na Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de *Freitas*, art. 136, explicando o juriconsulto que, mesmo com todas essas restrições, as doações entre marido e mulher só seriam possíveis quando o regime do

casamento fosse o da separação de bens, não podendo ocorrer no regime da comunhão: "Neste regime a doação torna-se inútil, porque os bens doados comunicam-se no mesmo instante".

Com a entrada em vigor do Código Civil, todas essas restrições e ressalvas foram abolidas, permitindo-se as doações entre cônjuges; é claro, quando forem possíveis.

Como já observou *Teixeira de Freitas*, as doações entre marido e mulher, se o casamento é pelo regime da comunhão universal, não são possíveis. Entrando na comunhão todos os bens adquiridos, *inter vivos e mortis causa*, por ambos ou por qualquer um dos cônjuges, se um deles pudesse fazer doação ao outro, o que fosse doado continuaria comum. A impossibilidade é de ordem lógica, adverte *Pontes de Miranda*, que acrescenta:

"Se a doação se fizesse com a cláusula de incomunicabilidade, é certo que tais bens seriam incomunicáveis, porque assim mesmo dispõe o Código Civil (art. 263, II); mas essa cláusula de incomunicabilidade não seria lícita aos cônjuges: importaria permitirem-se-lhes alterações ao regime de bens estabelecido, que é, *ex potestate legis*, irrevogável (art. 230)."<sup>69</sup>

Temos, portanto, que a doação de bem comum, de um cônjuge a outro, se o regime de bens é o da comunhão universal, é nula de pleno direito, por impossibilidade jurídica do objeto (arts. 262, 266, *caput*, e 145, II, do Código Civil). Além disto, o negócio implicaria alteração do regime de bens por acordo entre marido e mulher, o que é vedado (art. 230). Nada obsta, entretanto, a que um dos cônjuges, através de testamento, legue sua meação ao outro cônjuge, observados os direitos dos herdeiros necessários, se for o caso.

A Lei nº 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada - não pode ser interpretada como tendo derogado os princípios que inviabilizam - lógica e juridicamente - a doação entre cônjuges, no regime da comunhão universal de bens. Salvo o caso específico que esta lei regula, determinando que não responde a meação de um dos cônjuges pelas dívidas assumidas, exclusivamente, pelo outro cônjuge, foram mantidas as regras do Código Civil sobre a matéria.<sup>70</sup>

No regime da comunhão parcial, pode haver três massas de bens: os particulares ou próprios de cada cônjuge e os comuns. Nada impede que o marido faça doação de bens particulares à mulher, e vice-versa. À mesma conclusão se chega diante do regime da separação parcial ou relativa.

Sendo o casamento regido pela separação pura, total ou absoluta, existindo duas classes de bens, os particulares ou próprios da mulher e os bens próprios ou particulares do marido, com maior razão, é possível a doação entre os esposos.

E se o casamento obedece ao regime da separação cogente ou obrigatória, *quid juris?*

Já vimos que o art. 312, mencionando as doações antenupciais, proíbe-as entre os nubentes, no caso de separação obrigatória de bens. Nosso Código faz referência às doações pós-nupciais, vale dizer, doações durante a vigência do casamento, no art. 226, editando:

"No casamento, com infração do art. 183, nº XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro."

O referido art. 226 só menciona os que se casarem com infração dos nº XI a XVI do art. 183, desalcançando outros casos em que o Código impõe o regime da separação de bens, enumerados no art. 258, parágrafo único (o do maior de 60 e da maior de 50 anos, por exemplo). E proibiu, apenas, que o cônjuge *infrator* faça doações ao outro, não vedando que o outro faça doações ao infrator.

Comentando o dispositivo, Carvalho Santos expõe que não deixa de trazer certa confusão o texto legal ao fazer a proibição, restringindo-a ao infrator, pelo que convém esclarecer quais sejam, nas diversas hipóteses, os infratores, apontando, inicialmente: a viúva que casa sem fazer inventário ou sem esperar os dez meses necessários para evitar a *turbatio* sanguinis; os menores impúberes e os que não obtiverem autorização paterna. Onde a dúvida surge, diz o autor, é se se interpretar ao pé da letra o resto do art. 183, com referência ao caso de que nos ocupamos, pois ver-se-á que infratores são o tutor, o curador, o juiz e o escrivão, não podendo eles, pois, fazer doações às suas respectivas consortes, ponderando que isso não podia estar no espírito da lei:

"Pelo que nos parece que, nessas hipóteses, a inversa é que é verdadeira, pois justamente os infratores é que não poderão receber doações de suas consortes, mas, a elas poderão fazer doações."<sup>71</sup>

Pela análise literal dos arts. 312 e 226 do Código Civil, as doações antenupciais, se o regime é o da separação obrigatória (art. 258, parágrafo único), estão proibidas. Tratando-se de doações pós-nupciais, e com relação, somente, ao casamento celebrado com infração do art. 183, XI a XVI, não pode o cônjuge infrator fazer doações ao outro. Apenas isto.

Esta interpretação - que, afinal, é fiel ao texto, à expressão verbal das normas - levaria, por exemplo, ao seguinte: o nubente com mais de 60 anos não pode fazer doação antenupcial a sua noiva (art. 312), mas poderia fazer doação à mulher, depois do casamento, pois o caso não está previsto no art. 226.

Entretanto, considerando que não há coerência e lógica proibir-se as doações antenupciais, se o casamento dos nubentes será pelo regime obrigatório da separação de bens, e permitir que essas mesmas pessoas façam doações recíprocas, ou de uma à outra, após o casamento, tem prevalecido em nossa doutrina e jurisprudência o entendimento de que, por evidente analogia, por

força de extensão, dando-se uma interpretação inteligente, teleológica e progressiva ao preceito, a proibição do art. 312 compreende, também, as doações feitas na constância da sociedade conjugal, portanto, são nulas as liberalidades feitas pelo marido à mulher, ou por esta àquele, na constância do matrimônio contraído sob o regime da separação obrigatória de bens.

*Clóvis Beviláqua* expõe que não fala o Código das *doações entre cônjuges*, que o Direito romano proibia e que o direito pátrio anterior permitia com muita limitação, concluindo:

"No sistema do Código Civil, as doações entre cônjuges são permitidas, desde que a índole do regime do casamento não se oponha. Assim, se o regime é o da comunhão universal, não podem ter objeto as doações entre cônjuges, porque todos os bens a ambos pertencem. No da separação obrigatória, também não são possíveis essas doações, que contrariam o fim da lei."<sup>72</sup>

*Caio Mário da Silva Pereira* enuncia que não serão lícitas as doações entre o marido e a mulher quando contrariarem a índole do regime, "como ocorre no da comunhão universal, em que não tem sentido em razão da comunidade de interesses, ou no da separação obrigatória, em que seria instrumento de burla à lei."<sup>73</sup>

E esta é a lição da expressiva maioria da doutrina, no Brasil, bastando conferir: *Orlando Gomes*<sup>74</sup>, *Serpa Lopes*<sup>75</sup>, *Washington de Barros Monteiro*<sup>76</sup>, *Maria Helena Diniz*<sup>77</sup>, lecionando:

"Nula será a doação entre cônjuges que se encontrem sob o regime de separação de bens obrigatório, embora essa nulidade não alcance a aquisição dos bens com o dinheiro doado, determinando apenas a reposição desse valor.<sup>78</sup> E se um dos consortes fizer ao outro doação ilegal e depois confirmá-la por testamento, ter-se-á um legado, a descontar-se na meação disponível do testador."<sup>79</sup>

Estamos de pleno acordo com estas opiniões. O contrário seria dar intenção ingênua ao legislador; e todo o mecanismo legal, protetivo e repressivo, seria de completa inutilidade se pudessem os cônjuges, casados sob o regime obrigatório da separação, fazer doações entre si, fraudando, por sinal, lei imperativa.

O legislador português resolveu o problema, expressamente, dispondo o art. 1.762 do Código lusitano: "É nula a doação entre casados, se vigorar imperativamente entre os cônjuges o regime da separação de bens."

Comentando o preceito, *Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela*, em lição que se aplica, inteiramente, ao nosso Direito, explicam:

"Trata-se de casamentos celebrados em circunstâncias que tornam muito de requear os abusos de influência que um dos cônjuges possa

exercer sobre o outro, no sentido de extorquir deste um regime favorável aos seus interesses ou algumas liberalidades a seu favor. As mesmas considerações que induzem a lei a proibir o estabelecimento de qualquer regime de comunhão entre os cônjuges justificam o fato de não se permitir que um deles faça doações ao outro, durante a constância do casamento".<sup>80</sup>

## 14. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL

### 14.1 Noções gerais

O regime da comunhão universal - ou da comunhão geral, na denominação lusitana -, segundo a opinião mais difundida, é de origem germânica, deitando raízes *na gesamnte hand* - propriedade de mão comum. *Enneccerus*, Kipp e *Wolff* informam que a maioria dos povos alemães, no curso da Idade Média, evoluíram para uma forma de comunhão de bens: os patrimônios de ambos os cônjuges se unificam, em todo ou em parte, dizem os autores, os bens comuns, desta forma unificados, pertencem a ambos os cônjuges em mão comum e, ao dissolver-se o casamento, não se desintegram, conforme a sua origem, em bens do marido e bens da mulher, mas o seu destino é determinado prescindindo-se da origem dos objetos singulares.<sup>81</sup>

Nas regiões do sul de Portugal, nos primeiros tempos da nacionalidade, imitando o que existia entre os Visigodos, era o regime costumeiro. Foi mencionado nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, tít. 12) e estendido, depois, a todo o país, no reinado de D. Manoel I (Ordenações Manuelinas, Livro IV, tít. 7).

Funcionou como regime legal durante séculos, em nossa pátria-mãe, até o Código Civil de 1966, que, no art. 1.717, consignou como regime de bens supletivo, em Portugal, o da comunhão de adquiridos.

No Brasil, seguindo as Ordenações Filipinas (Livro IV, tít. 46, § 1º), *Teixeira de Freitas* encontrou no art. 111 da Consolidação das Leis Civis, de 1858:

"Realizando-se o casamento sem convenção, entende-se que os esposos adotaram o regime da comunhão em todos os bens, segundo o costume geral do Império."

Com a proclamação da República, editou-se a Lei do Casamento Civil (Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890), que dispôs no art. 57, *caput*:

"Na falta de contrato antenupcial, os bens dos cônjuges são presumidos comuns, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo se provar-se que o matrimônio não foi consumado entre eles". Acompanhando tão longa e generalizada tradição, o Código Civil de 1916, art. 258, *caput*, estatuiu: "Não

havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão universal".

Pelo Código, a comunhão de bens começava com a celebração do casamento, e não no dia seguinte à mesma, como queria o Decreto nº 181, de 1890. Nem se condicionou a eficácia do regime à circunstância - um tanto indecorosa, convenhamos - de terem os cônjuges coabitado (*supra*).

Clóvis expõe que o Código deu preferência à comunhão universal, escolhendo-a para regime comum de bens entre os cônjuges, em razões de ordem histórica e moral, explicando:

"As razões de ordem moral resumem-se na consideração de que, se o casamento é uma comunhão de vidas, nenhum regime corresponde melhor a essa atitude moral dos cônjuges do que o da comunhão universal, que traduz, no plano material, a projeção da mais estreita união de vida e de interesses, que do casamento resulta."<sup>82</sup>

Até o final de 1977, o regime legal supletivo foi o da comunhão universal, em nosso País. A Lei do Divórcio (nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), art. 50, introduzindo diversas alterações no Código Civil, atingiu o art. 258, e o regime de bens, na falta de convenção (ou de ser imperativo o regime da separação), passou a ser o da comunhão parcial, em substituição ao de comunhão universal.

Aliás, o desprestígio da comunhão universal, como regime legal, é generalizado. Talvez a Holanda seja o único país que resiste, mantendo tal regime como supletivo (Código Civil, art. 175).

Desde 1977, no Brasil, o regime da comunhão universal só vigorará entre os cônjuges, se for estabelecido em pacto antenupcial.

O Código Civil art. 262, dispõe que o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes.

Comunicam-se, portanto, tanto os bens que cada cônjuge possui ao casar, quanto os que vier a adquirir posteriormente, na constância da sociedade conjugal, a título gratuito ou oneroso.

Estabelece-se entre os cônjuges um condomínio, valendo alertar que se trata de um condomínio especial, peculiar, decorrente do regime matrimonial de bens, e diverso, em sua origem, conteúdo e efeitos, do condomínio que resulta do Direito das Coisas. Embora condôminos, nenhum cônjuge pode dispor de sua fração ideal, nem requerer a divisão dos bens que integram o patrimônio comum, não se aplicando os arts. 623, III, e 629, *caput*, do Código Civil.

No regime da comunhão universal forma-se um acervo comum, do qual o casal tem propriedade coletiva. Cada cônjuge é dono da metade ideal

das coisas móveis e imóveis, não importando que determinado bem esteja em nome de um dos esposos, somente. Mas o direito concreto à meação, cada consorte só terá quando extinta a sociedade conjugal.

#### **14.2 Bens excluídos da comunhão**

Apesar do nome - comunhão universal - e da regra geral de que todos os bens, presentes e futuros, são comuns, alguns deles, excepcionalmente, não se comunicam e, portanto, são bens próprios.

O art. 263 indica que são excluídos da comunhão:

I - As pensões, meios-soldos, montepios, tenças, e outras rendas semelhantes.

II - Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.

III - Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar a condição suspensiva.

IV - O dote prometido ou constituído a filhos de outro leito.

V - O dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum.

VI - As obrigações provenientes de atos ilícitos (arts. 1.518 a 1.532).

VII - As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum.

VIII - As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312).

IX - As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos da família.

X - A fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (arts. 178, § 9º, nº I, alínea b, e 235, III).

XI - Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723).

XII - Os bens reservados (art. 246, parágrafo único).

XIII - Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos."

Apesar de sua extensão, o art. 263 não citou alguns outros casos em que os bens são incomunicáveis.

Os doados com a cláusula de reversão não se comunicam. Pode o doador estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário (Código Civil, art. 1.174). Trata-se de uma verdadeira condição resolutiva, pois a morte não aparece como evento certo e inexorável

(quando seria termo), mas está relacionada com uma circunstância incerta: a de o donatário falecer *antes* do doador. Resolvendo-se a doação, pelo implemento da condição, o bem doado volta, *integralmente*, ao patrimônio do doador. Mas, se o doador morre antes, a questão fica definida, a resolubilidade da doação está extinta, e o bem entra na comunhão.

Também não se comunicam os bens doados, legados ou herdados com a cláusula de inalienabilidade, já que esta importa a incomunicabilidade, editando a Súmula nº 49 do STF: "A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens".

*José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz*<sup>83</sup> opinam que, pelo seu caráter pessoal, o usufruto, o uso e a habitação não se comunicam. O Código Civil português, art. 1.733, I, c, excetua da comunhão o usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais. *Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela* alertam que o usufruto, como tal, é incomunicável, mas já os rendimentos do usufruto pertencem ao patrimônio comum, e que, além dos direitos reais expressamente referidos na lei, devem ainda considerar-se *incomunicáveis* todos os direitos de crédito constituídos *intuitu personae*, a favor de um dos cônjuges, como o direito moral do autor, por exemplo.<sup>84</sup>

### 14.3 Dívidas anteriores ao casamento

O art. 264 do Código Civil enuncia que as dívidas anteriores ao matrimônio, e que não provieram de despesas com seus aprestos, ou não reverteram em proveito comum (art. 263, VII), só se poderão pagar durante o casamento, pelos bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal. A dívida, no caso, é incomunicável. Se o cônjuge devedor não trouxe qualquer bem, a execução não pode incidir sobre a sua meação (metade ideal dos bens que adquiriu com o casamento). O credor terá de aguardar a dissolução da sociedade conjugal e respectiva partilha, com a concretização e determinação da quota do cônjuge devedor, para que, sobre os bens próprios, faça valer a execução.

Se o devedor não houver trazido bens para o casamento, gozará de ampla anistia, ainda que se torne imensamente rico, pois a lei determina que tais dívidas só estarão garantidas pelos bens que o devedor trouxe para a comunhão, expõe *Silvio Rodrigues*, apontando que a iniquidade de tal solução foi deliberadamente procurada pelo legislador, que inovou o direito anterior:

"No regime das Ordenações, as dívidas anteriores ao casamento eram incomunicáveis, mas os credores poderiam, para pagar-se, penhorar não só os bens que o marido trouxe para a comunhão, como também a metade dos que, depois de casado, o casal adquiriu."<sup>85</sup>

Entretanto, se o cônjuge devedor, que não trouxe bens para o casamento, recebeu, depois, por doação, herança ou legado, bens gravados com a cláusula da incomunicabilidade, passa a ter *bens próprios*, e não haveria razão jurídica, muito menos, moral, para que tais bens não respondam por dívidas vencidas e não pagas, anteriores ao casamento. Havendo bem particular do cônjuge devedor, despropositado e incivil seria obrigar-se o credor a esperar anos e anos, até que a sociedade conjugal se extinga, para receber o que lhe é devido.

Interpretando o art. 264, sem apego demasiado à sua literalidade, considerando *a ratio legis*, achamos que se pode concluir que o cônjuge devedor, no caso aventado, deve pagar as suas dívidas com os bens que trouxe para o casal, ou com bens particulares, se os tiver.

#### **14.4 Dívidas contraídas na constância da sociedade conjugal - O art. 3º da Lei nº 4.121/62**

O art. 264, acima visto, refere-se às dívidas anteriores ao matrimônio. As dívidas e obrigações contraídas na constância da sociedade conjugal, pelo marido, pela mulher, e, com maior razão, por ambos, comunicam-se, podendo os credores executar os bens do casal. É a regra geral, estampada no art. 262, com as exceções do art. 263, VI e X (obrigações provenientes de atos ilícitos e fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher, devendo, neste último caso, pelo princípio da igualdade, ser incluída a fiança concedida pela mulher sem anuência do marido).

A Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, conhecida como "Estatuto da Mulher Casada", introduziu significativa modificação nesta matéria, determinando, no art. 3º:

"Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados sob o regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite da meação."

Vale lembrar que o mencionado art. 3º da Lei nº 4.121 resultou de uma emenda do Senador *Vilas Boas*, que a justificou alegando que se destinava a evitar lesões ao patrimônio da mulher casada. Na administração dos bens do casal, o marido podia praticar excessos, abusos, negligências, simulações (mormente às vésperas de uma separação), causando prejuízos à esposa. Era um expediente muito utilizado os maridos apresentarem elenco de dívidas supostamente contraídas, para levar vantagens em partilha dos bens, por ocasião do desquite.

Podemos dizer que havia um germe desta disposição da Lei nº 4.121 no art. 263, X, do Código, que exclui da comunhão a fiança prestada pelo marido, sem outorga da mulher, e esta solução, aliás, é de velhez multissecular.

As Ordenações Filipinas (L. IV, tít. 60) diziam: "Se algum homem casado ficar como fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua mulher, não poderá por tal fiança obrigar a metade dos bens que a ela pertencem". Na Consolidação das Leis Civis, *Teixeira de Freitas* fez constar o art. 131, prevendo: "No regime da comunhão a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher não obriga a meação desta". Em nota a este artigo, o jurista adverte:

"Segue-se a *contrario sensu*, que a fiança prestada pelo marido com outorga da mulher obriga a meação desta, e portanto não aproveita à mulher casada neste caso o benefício Velleiano da Ord. L 4º, T. 61 (Art. 782 Consolid.)."

Este benefício, do ano 799 da fundação de Roma e 46 do nascimento de Jesus Cristo, cuja denominação está ligada ao do segundo cônsul Velleio Tutor, considerava a "fraqueza do entender das mulheres", e admitia que elas fossem exoneradas das obrigações por fianças e de responsabilidade por fatos alheios.

Na prática, o art. 3º da Lei nº 4.121/62 acrescentou mais uma exceção para as previstas no art. 263 do Código, excluindo da comunhão as dívidas particulares de um dos cônjuges. Embora a destinatária tenha sido a mulher, tanto que inserida a regra no "Estatuto da Mulher Casada", o preceito vale para qualquer dos cônjuges, obviamente. E se aplica aos regimes da comunhão universal e da comunhão parcial, que são os que têm massa patrimonial comum.

Analisando a Lei nº 4.121, *Orlando Gomes* aponta que a despreocupação do legislador com os reflexos, nas *relações* patrimoniais, da nova situação jurídica da mulher casada, que estava a estatuir, criou dificuldades na interpretação de algumas disposições da nova lei, mencionando que a referência à *comunhão universal de bens* foi outro deslize do legislador, "uma vez que, para o fim visado, não poderia ter omitido o *regime da comunhão* parcial, em tudo e por tudo igual no particular."<sup>86</sup>

Embora o saudoso e grande jurista baiano tenha escrito páginas de leitura indispensável para quem deseja compreender a extensão e conteúdo da Lei nº 4.121/62, a sua crítica, neste passo, é improcedente, *data venia*. O art. 3º da Lei nº 4.121 menciona que pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda *que* casados, sob o *regime da comunhão universal*, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite da meação. Não cremos que o legislador tenha omitido o regime da comunhão parcial. Apenas, foi ressaltado que a situação ocorreria, *ainda* que o cônjuge devedor seja casado sob o regime da comunhão universal, estando incluída a hipótese de o regime ser o da comunhão parcial.

Diante dos princípios, cada cônjuge tem a metade ideal dos bens comuns. A meação só se concretiza, determina e individualiza com a dissolução da comunhão (arts. 267 e 268). O art. 3º da Lei nº 4.121 vai implicar a

verificação antecipada da meação, a apuração da mesma em plena vigência da sociedade matrimonial. A meação do cônjuge devedor pode ser imediatamente penhorada pelo credor. Diz o Mestre *Clóvis do Couto e Silva* que o art. 3º da Lei nº 4.121 leva adiante o princípio referente às dívidas anteriores ao casamento, aplicando-o às dívidas posteriores ao matrimônio, e, ao fazê-lo, "afetou profundamente o conceito de comunhão, seja universal ou parcial, de bens, já que na comunhão, ao contrário do condomínio, para usar a denominação que lhe dá *Dölle*, a 'quota é morta', ou seja, é mero indicador de verificação patrimonial à data de sua dissolução."<sup>87</sup>

Tratando-se de dívida particular, conforme o dispositivo que estamos analisando, o cônjuge que a contraiu responde com seus bens próprios e até o limite de sua meação nos bens comuns. Obviamente, a dívida de que trata o art. 3º da Lei 4.121 não é a que foi constituída e aplicada em benefício da família, pois, neste caso, responderiam os bens particulares e os bens comuns. Na forma do art. 246, parágrafo único, do Código, até os bens reservados da mulher, embora incomunicáveis, respondem pelas dívidas do marido, contraídas em benefício da família, embora adiantemos nosso entendimento de que os bens reservados foram abolidos de nosso Direito (infra).

Se a dívida, porém, é exclusiva de um dos cônjuges, torna-se impenhorável a meação do cônjuge não devedor, podendo este defendê-la, por meio de embargos (CPC, art. 1.046, § 3º).

O marido não é mais chefe da sociedade conjugal, nem o titular da administração dos bens do casal, o que seria incompatível com o princípio da igualdade entre os cônjuges (infra). Portanto, não se pode falar numa presunção de que as dívidas contraídas pelo marido o foram em benefício da família. Para comprometer a meação da mulher, ao credor cabe provar que o débito foi assumido em benefício da família. No STF, todavia, firmou-se o entendimento de que deve a mulher casada, em regra, para defender sua meação, provar que a dívida que origina a execução não foi contraída em benefício do patrimônio do casal, mas, nas hipóteses de aval, em havendo presunção contrária, tal ônus se inverte para o credor.<sup>88</sup> O aval, em regra, é ato de favor, tem índole graciosa, constitui liberalidade do avalista, e sem uma robusta prova, a ser apresentada pelo credor exeqüente, não se pode concluir que a obrigação garantida redundou em benefício da família<sup>89</sup>. Porém se o aval foi dado pelo marido, à sociedade da qual participa, presume-se que a dívida tenha sido contraída em benefício da família, cabendo à mulher elidir essa presunção.<sup>90</sup> Em nota ao art. 1.046, § 3º, do CPC *Theotonio Negrão* mostra que a jurisprudência a respeito de a quem cabe o ônus da prova, nos embargos oferecidos pela mulher casada, ainda não é pacífica.

Muitos autores apontam que o art. 3º da Lei nº 4.121 gera controvérsias, enseja dificuldades quase intransponíveis para a sua aplicação,

apresenta lacunas e falhas técnicas, representando um verdadeiro enigma jurídico.

Sobre o art. 3º da Lei nº 4.121, de 1962, vale a pena escutar as ponderações de um comercialista exímio, em livro clássico: Rubens *Requião* afirma que tal preceito subverte inteiramente o atual sistema do direito civil, fundado no regime legal *da comunhão* universal de bens no casamento (o autor está discorrendo em data anterior à mudança do regime legal supletivo). Em seguida, observa que, instituindo a *separação* dos bens, quanto à responsabilidade decorrente dos títulos de qualquer natureza firmados por um só cônjuge, a lei criou difíceis problemas práticos, enfraquecendo desmesuradamente o crédito dos cônjuges, isoladamente considerados. Em primeiro lugar, garante, não se sabe como apurar, na constância do regime da comunhão universal de bens, sem a dissolução da sociedade conjugal, pela morte ou divórcio, sem o respectivo inventário de bens, qual seja a *meação do* marido e da mulher, considerando que a meação do patrimônio há de ser do, patrimônio líquido, deduzidas todas as dívidas, indagando: "Como portanto, numa execução ou em face de qualquer problema de crédito, se poderá mensurar o valor da *meação ideal do* marido e da mulher?" Conclui o catedrático da Universidade do Paraná que esse grave problema tem constituído um quebra-cabeça para os advogados e juízes, com profundas perturbações para o crédito do casal.<sup>91</sup>

Registre-se que as dificuldades apontadas pelo professor *Requião* ocorrem, também, quanto aos bens comuns, no regime da comunhão parcial.

É espantoso constatar que, quase quarenta anos depois de sua edição, ainda restam perplexidade e confusão quanto à Lei nº 4.121, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

A própria forma da apuração da meação que responderá pela dívida tem gerado polêmica e dissidência.

Uma corrente acha que o cônjuge que não se obrigou, que não é devedor, tem garantida a sua meação na totalidade, no conjunto dos bens que integram o patrimônio comum, e não na metade ideal de cada um deles. Assim, se a dívida é de valor 20, e há três bens comuns, um de valor 10, outro de valor 20 e um terceiro de 30, o patrimônio comum é de valor 60, e a meação do valor 30. No caso, a execução poderia incidir sobre a totalidade do bem de valor 20, pois estaria preservada a meação do cônjuge inocente na totalidade dos bens.

Outros defendem que a penhora deve recair na metade ideal de cada bem comum: a meação do cônjuge não devedor deve ser considerada e resguardada em cada bem, concretamente, individualizadamente, e não no conjunto do patrimônio. Neste sentido, decidiu o STJ:

"À míngua de uma melhor disciplina legal, a melhor interpretação do art. 3º da Lei nº 4.121 é a que recomenda a exclusão da meação da mulher casada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio".<sup>92</sup>

Problema, também delicado, decorrente da aplicação do art. 3º da Lei nº 4.121, é o relativo ao destino dos bens comuns remanescentes, depois de paga a dívida dentro das forças da meação do cônjuge devedor. Mantém-se a propriedade coletiva sobre os bens restantes? Se for assim, surgindo novos débitos, mesmo aplicando o citado art. 3º, a meação do cônjuge que não se obrigou acabará sensivelmente diminuída ou até consumida pelas dívidas do outro.

Entende *Sílvia* Rodrigues que, havendo bens excluídos da penhora, por iniciativa da mulher, vencedora nos embargos de terceiro, eles passam para o exclusivo domínio do cônjuge que os reivindicou, não mais se comunicando ao consorte e, por conseguinte, adquirem a condição de bens reservados, alertando o Mestre que qualquer outra solução burlaria o espírito da lei;

"Imaginemos, *gratia argumentandi*, que os bens do casal fossem penhorados, e a mulher, vencedora nos embargos de terceiro, conseguisse liberar a sua meação. Se esta se comunicasse ao marido, os credores imediatamente procederiam a outra penhora. A mulher liberaria a parte de sua meação, que por sua vez novamente se comunicaria ao marido, ensejando nova penhora e assim por diante. No fim, todo o patrimônio do casal seria absorvido pelos credores, tornando-se letra morta o disposto no art. 3º da Lei nº 4.121/62."<sup>93</sup>

*Orlando* Gomes opina que esta solução seria intolerável alteração no regime de bens.<sup>94</sup>

Achamos, *data venia*, que o princípio da imutabilidade do regime de bens não estará atingido pela proposta do professor *Sílvia* Rodrigues. Quem alterou, profundamente, os regimes de bens - da comunhão universal e da comunhão parcial - regulados no Código Civil, no que concerne a este assunto, foi a Lei nº 4.121/62, e, para que a mesma seja aplicada, há necessidade de fazer-se uma interpretação teleológica e construtiva de seus dispositivos, até para torná-los efetivos.

#### **14.5 Bem de família**

Não pode ser executado por dívidas o prédio destinado para domicílio da família, salvo as dívidas que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. A isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

O bem de família foi regulado na parte geral' do Código Civil, arts. 70/73, devendo a instituição constar de escritura pública registrada no registro de imóveis.

O prédio destinado a bem de família é separado do patrimônio da sociedade conjugal com o objetivo de resguardar e proteger a família, livrando-a de adversidades, garantido-lhe teto e abrigo.

Tratando-se de uma relação jurídica que integra o direito patrimonial de família, justifica-se seu estudo, embora abreviado, num trabalho dedicado aos regimes de bens. E estamos cuidando da matéria, neste capítulo destinado ao regime da comunhão universal, por se tornar oportuno, devendo-se advertir que, independentemente do regime de bens, há o bem de família.

O bem de família regulado em nosso Código é o convencional, o que decorre, observados os requisitos previstos na lei civil, de manifestação volitiva dos interessados. Aliás, representa instituto muito pouco utilizado.

A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, dispôs sobre a impenhorabilidade do bem de família, imprimindo nova fisionomia à instituição, tornando a garantia bem mais abrangente, inclusive, porque automática, não dependendo, mais, da iniciativa do instituidor.

No art. 1º, a referida Lei nº 8.009 edita:

"O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e neles residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei".

Em excelente monografia que dedicou ao assunto, *Álvaro Villaça Azevedo* ressalta que o art. 1º da Lei nº 8.009 criou uma nova espécie de bem de família, completamente diferente da contemplada no Código:

"No Código Civil, o bem de família é imóvel, como o cogitado no art. 1º, sob exame, somente que, naquele, a instituição depende de iniciativa de seu proprietário, por isso que é voluntário, e do cumprimento de uma série enorme de formalidades, com os inconvenientes, até aqui mostrados; neste, a constituição do bem de família é imediata e *ex lege*, desde que ocorram as hipóteses previstas no dispositivo de emergência, incluídos, ainda, bens móveis." <sup>95</sup> Visando a tutelar e proteger a família, salvando a casa própria de execução por dívidas, as normas da Lei nº 8.009 são de ordem pública, sem dúvida, inafastáveis por acordo entre particulares, tendo efeito imediato e geral. O bem de família é impenhorável. Não responde pelas dívidas de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges (ou por qualquer um deles), exceto nas hipóteses previstas na referida lei.

#### **14.6 Bens reservados**

No regime da comunhão universal, são excluídos da comunhão os bens reservados, edita o art. 263, XII, do Código Civil.

O tema é de alta importância e, antes de darmos a nossa opinião sobre a sobrevivência dos bens reservados, em nosso Direito, após o advento da Constituição de 1988, entendemos ser útil uma abordagem sobre a matéria, até considerando a opinião de alguns autores de que esta instituição subsiste em nosso Direito.

Na sua redação original, o art. 246 do Código Civil brasileiro previa: "A mulher que exercer profissão lucrativa terá direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor, livremente, do produto do seu trabalho".

Registre-se que, para exercer profissão, a mulher casada dependia da autorização do chefe da sociedade conjugal (que era o marido), conforme dizia, anteriormente, o art. 242, VII, do Código Civil. Obtida a autorização, a mulher tinha o direito de praticar todos os atos inerentes ao exercício e à defesa de sua profissão, sem necessidade, mais, de assistência ou intervenção do varão, bem como a dispor, livremente, do produto de seu trabalho, salvo se se tratasse de imóvel, para o que dependia da aquiescência do esposo.

Com o objetivo de dar novo regime jurídico à mulher casada, superando preconceitos, discriminações, injustiças, e procurando igualar a situação do homem e da mulher na sociedade conjugal - o que parcialmente foi alcançado - promulgou-se a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que representou um profundo corte na estrutura machista e patriarcal de nosso Código, diminuindo o absolutismo marital.

Não chegou a representar uma carta de alforria da mulher brasileira, pois remanesceu uma ideologia reacionária, resquício, ainda, das concepções dominantes no Século XIX, ao qual, mentalmente, nossa lei civil está vinculada, sobrando muitas regras ultrapassadas e discriminatórias.

Porém, a Lei nº 4.121/62 trouxe tantas inovações, proporcionou mudanças tão graves e importantes, apresentou tantos mecanismos e propostas para a compensação da desigualdade entre os cônjuges, que ficou conhecida como *Estatuto da Mulher Casada*.

Na redação primitiva do art. 240 do Código Civil, a mulher era "auxiliar" do marido nos encargos da família. A Lei nº 4.121/62, dando nova versão ao aludido artigo, dispôs que a mulher era "colaboradora" do marido nos encargos de família, acrescentando: "cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta".

No art. 2º, o Estatuto da Mulher Casada determina:

"A mulher, tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las."

Foi a contrapartida: se a mulher passou de mera auxiliar para colaboradora do marido nos encargos de família, se podia ter bens ou rendimentos próprios, que contribuísse para a manutenção do lar. Nada mais justo, aliás. É fenômeno universal: as leis que conferem direitos às mulheres, tirando-as de sua multissecular posição de inferioridade, estabelecem os respectivos deveres. Na França, por exemplo, a Lei de 18 de fevereiro de 1938, ao mesmo tempo em que suprimiu a incapacidade da mulher casada, obrigou-a a contribuir para as despesas do casal.

Numa de suas mais notáveis alterações ao Direito de Família, então vigente, a Lei nº 4.121, de 1962, determinou nova redação ao *caput* do art. 246 do Código Civil, acrescentando-lhe um parágrafo, tudo na forma seguinte:

"Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu

exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos nº II e III, do art. 242. Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família."

Introduziu-se no Brasil a figura dos *bens reservados*, assim considerados o produto do trabalho da mulher que exerce profissão lucrativa distinta da do marido, bem como os bens com ele auferidos.

Bem reservado, entenda-se, é o bem próprio, exclusivo, bem que não entra na comunhão, bem autônomo, bem privativo.

Só a mulher pode ter bem reservado. Trata-se de uma exceção, de um favor legal, para proteger o protagonista juridicamente mais débil e carente da sociedade conjugal. Quis-se, declaradamente, diminuir o desnível, conferir um autêntico *privilégio* à mulher, como fórmula de *compensação* das muitas restrições e limitações que ela suportava, em razão do sexo.

Para que possa ter bem reservado, a mulher deve exercer uma profissão lucrativa, distinta da profissão do marido. Isto quer dizer que a esposa deve trabalhar fora do lar ("profissão lucrativa"), na indústria, no comércio, no serviço público, nas atividades liberais, etc.

A profissão deve ser distinta da do marido. Distinta não quer dizer diferente. A profissão até pode ser a mesma que a do varão. Ambos podem ser advogados, médicos, empresários, funcionários públicos, etc. O fundamental é

que seja *independente*. Se marido e mulher trabalham em conjunto, se são associados na mesma atividade: escritório, empresa ou profissão, os ganhos são comuns e não há que se falar em bens separados.

Esclarece a Mestra Maria *Helena* Diniz,<sup>96</sup> que o art. 246 do Código Civil,

"ao se referir a profissão distinta, não se ateuve à *qualificação profissional*, que pode ser a mesma do marido, mas sim à exploração independente de um negócio, pessoalmente ou em seu nome, compreendidos os lucros, instalações, créditos, etc., ou seja, à atividade profissional independente em relação ao marido."

Entende-se que os bens sub-rogados permanecem como bens reservados. Se a mulher tem o bem reservado X e vem a vendê-lo, adquirindo com o produto da alienação o bem Y, este é bem reservado.

Bens reservados são aqüestos que não se comunicam. Houve uma quebra dos princípios: os bens reservados ficam excluídos da comunhão, tanto no regime da comunhão universal (Código Civil, art. 263, XII), quanto no da comunhão parcial (art. 269, IV). Por força desta incomunicabilidade, o bem reservado é de propriedade exclusiva da mulher, não se integra ao patrimônio do casal. Não será, portanto, objeto de partilha numa eventual separação judicial. Falecendo a mulher, passa o bem reservado a seus herdeiros.

Os bens reservados formam um patrimônio *autônomo*, do qual a mulher pode gozar, administrar e dispor livremente. Se o bem reservado, porém, for imóvel, para que a mulher possa aliená-lo ou gravá-lo de ônus real, depende da autorização do marido (art. 242, II e III), como o marido também depende do consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, para alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios (art. 235, I).

Antes da Lei nº 4.121/62, tinha o marido o dever de manter a família. Era obrigação do varão sustentar a mulher e a prole. Nada mais lógico, naquele tempo, considerando-se que a mulher casada era tida como relativamente incapaz (antiga redação do art. 6º, II, do Código Civil). Competia ao marido, com exclusividade, a chefia da sociedade conjugal, e, para exercer profissão, a mulher dependia da autorização dele, sem mencionar muitas outras restrições que sofria. Pela mentalidade da época, o lugar da esposa era o lar, seu trabalho devia ser doméstico, na tina, no fogão, cuidando da casa, educando os filhos, enfeitando-se para receber com simpatia o varão, que retornava do trabalho...

A Lei nº 4.121/62, atendendo aos reclamos de uma sociedade que começava a passar por um intenso período de transformações, conferiu muitos direitos às mulheres - já dissemos - mas, simetricamente, previu vários deveres.

De mera ajudante, de simples auxiliar, a mulher passou a ser colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção *material e moral* desta, conforme a redação que ordenou ao art. 240 do Código Civil. Foi mais longe a lei citada, no art. 2º, consignando que a mulher casada contribuirá para as despesas comuns (manutenção da família), como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), se tiver bens ou rendimentos próprios, e se os bens comuns forem insuficientes para atender as despesas da família.

Pelo exposto, com a renda dos bens reservados, a mulher casada deve contribuir para as despesas de família.

Observe-se, entretanto, que, com a promulgação da Constituição de 1988, diante do art. 226, § 5º, da Carta Magna, estatuiu-se que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos *igualmente* pelo homem e pela mulher, estabeleceu-se um regime de cogestão: não há mais o dever, exclusivo ou mitigado, de o marido prover a manutenção da família. Está revogado o art. 233, IV, do Código Civil.

O dever de prover a manutenção da família é de ambos os cônjuges, em parceria, na medida de suas possibilidades, na proporção de seus bens e recursos. A obrigação da mulher, neste campo, não é mais supletiva, mas paritária, os direitos e deveres anteriormente consignados só para o marido, ou para o varão, com a mulher em segundo plano, são, agora, por imperativo do princípio igualitário, direitos e deveres do marido e da mulher.

Os bens reservados não respondem pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família. É o que dispõe o art. 246, parágrafo único, do Código Civil.

Diz o art. 246 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 4.121/62, que o produto do trabalho da mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, e os bens com ele adquiridos, constituem bens reservados, *salvo estipulação diversa em pacto antenupcial*.

Por óbvio, esta ressalva não está admitindo que em convenção antenupcial se possa estipular que tenha bem reservado... o marido. Bem reservado, no Direito nosso, só pode ter a mulher casada. O que aquela ressalva está prevendo é que a possibilidade de existir bem reservado seja repelida pelo pacto. Assim sendo, podem os nubentes, antes do casamento, convencionar que não *existirão bens reservados*, afastando a incidência do art. 246. *Orlando Gomes*<sup>97</sup> pontifica:

"Não é de ordem pública a disposição legal que institui os bens reservados da mulher casada. Os nubentes podem afastá-la ou modificá-la, uma vez que o decidam em pacto antenupcial". Quanto à prova dos bens reservados,

dividiu-se a doutrina brasileira, bem como a jurisprudência, em torno das opiniões dos eméritos *Orlando Gomes* e *Caio Mário da Silva Pereira*.

Orlando<sup>98</sup> expõe:

"Para que um bem adquirido pela mulher constitua bem reservado, mister se faz a declaração, no ato de aquisição, de que tem essa natureza. Em se tratando da aquisição de bens móveis, a comprovação da reserva só pode ser feita, em caso de controvérsia, *a posteriori*, pelos meios de prova permitidos, salvo em relação aos que podem ser individualizados, como, por exemplo, um automóvel. Mas, em relação aos bens imóveis, a reserva deve constar do ato de aquisição para a competente averbação no registro, embora a sua alienação esteja sujeita a restrições."

Caio<sup>99</sup> leciona que a aquisição pela mulher de um bem reservado pode ser demonstrada por qualquer meio, "uma vez que não criou a lei qualquer exigência especial".

*Lucy R. dos Santos*,<sup>100</sup> no trabalho especializado que escreveu sobre o tema, advoga que a prova dos bens reservados faz-se por todos os meios admitidos em direito, visto que a lei nada prescreveu a respeito, e robustece seu parecer com subsídios da doutrina e legislação comparada. Com relação à afirmação de *Orlando Gomes*, de que a reserva deve constar do ato de aquisição, contesta:

"*Data venia*, sem dúvida a reserva pode constar de ato posterior, ressalvados os direitos de terceiros. Não se pode esquecer a hipótese, bastante comum, da mulher solteira que adquire imóvel a ser pago a prestações e casa-se no decorrer do prazo do parcelamento. A declaração de que o bem é reservado não consta do título porque a mulher era solteira e, obviamente, o problema da reserva não se propunha."

Não temos dúvida de que a declaração no ato de aquisição de que se trata de bem reservado seria o ideal, conferindo certeza e segurança à situação jurídica, até para efeito de averbação no registro de imóveis (Lei dos Registros Públicos - nº 6.015/73 - art. 167, II, 1 ) e a respectiva publicidade:

Mas a lei, realmente, não exigiu tal providência, e requisitos essenciais, formalidades, solenidades, não se presumem.

Ao contrário, o art. 246 do Código Civil é impositivo: o produto do trabalho da mulher, auferido nos termos que enuncia, e os bens com ele adquiridos... constituem bens reservados.

Na falta de uma declaração explícita no ato de aquisição, pensamos que a condição de bem reservado pode ser provada por todos os meios admitidos em direito, ressaltando que esta prova deve ser plena, robusta, convincente. Este nosso parecer é dado diante das normas dedicadas ao assunto, mas achamos que a lei devia ter previsto, para segurança de terceiros, que a

qualificação de bem reservado de um imóvel tivesse de estar constando no registro de imóveis, embora a questão tenha perdido toda a importância,, pois entendemos que o instituto do bem reservado da mulher foi abolido, e diremos, adiante, por quê.

Para manter coerência, achamos, igualmente, que pode ser produzida prova de que determinado bem *não é reservado*, embora a declaração constasse no ato aquisitivo, para encobrir uma doação, ludibriar credores, ou subtrair o bem de herdeiros necessários, por exemplo: se a menção, na escritura de aquisição, de que o bem é reservado, tivesse um valor absoluto, a falsidade imperaria e a fraude jamais poderia ser perseguida, se se tratasse de declaração enganosa e fingida.

A jurisprudência, logo que começou a vigorar a Lei nº 4.121/62, inclinava-se pela tese de *Orlando Gomes*. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, decidiu: "Para que um bem adquirido pela mulher constitua bem reservado, faz-se mister a declaração, no ato de aquisição de que tem essa natureza". Posteriormente, o mesmo Tribunal optou pela proposição de *Caio Mário*, definindo que "a qualidade de bem reservado decorre do preenchimento dos requisitos legais, entre os quais não se encontra o de constar do título aquisitivo essa natureza e, portanto, não pode ser exigido."<sup>101</sup>

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 90.609-SP. O relator foi o Ministro *Thompson Flores*, que, em seu voto, afirmou: "A lei não exige conste, da escritura de aquisição, a condição de bem reservado, mas, sim, para excluí-lo, que o contrário resulte de pacto antenupcial". Em seguida garantiu:

"O citado art. 246, com a atual redação, não impõe, nem expressa, nem implicitamente, a necessidade da menção de ser reservado O bem adquirido pela mulher, nem que tal qualificativa conste do Registro Imobiliário para valer contra terceiros".

O voto do relator foi acolhido por unanimidade.<sup>102</sup> Triunfou, então, no Excelso Pretório, a tese defendida pelo Professor *Calo Mário da Silva Pereira*.

Estamos dando maior atenção ao bem reservado, pela importância do tema, as dúvidas que ainda suscita, as muitas questões que enseja.

Trata-se de um instituto jurídico muito interessante, fértil para pesquisa, meditação e debate, o que aconteceu, também, nos países estrangeiros que o adotaram, cabendo alertar, todavia, que o recurso ao direito comparado, neste campo, deve ser feito com muita atenção e cautela, pois o que se batizou de bem reservado em algumas legislações alienígenas, guarda poucos pontos de

contacto, tem outro significado, não é o mesmo bem reservado admitido no Brasil, com o conteúdo e a extensão conferidos pelo Estatuto da Mulher Casada.

Em 1989, meses após a promulgação da Constituição Federal, em artigo de doutrina, demos o parecer de que a figura do bem reservado tinha sido alijada de nosso Direito positivo. Mantemos o antigo entendimento e voltamos a expor, adiante, as razões de nossa convicção.

No trabalho monográfico, acima citado, *Lucy R. dos Santos* faz uma profunda análise do direito comparado. Sobre o Direito alemão, informa que o BGB, arts. 1.366 e segs., admitia que a mulher casada tivesse bens reservados (*Vorbehaltsgut*).

Com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, estabelecido o princípio de que os homens e as mulheres têm os mesmos direitos, caiu revogada toda a legislação contrária, o que foi expressamente consignado na Lei de Igualdade de Direitos, de 18 de junho de 1957.

Noutra passagem de seu livro, a autora alerta:

"Não se conhece caso em que o legislador tenha acumulado a proteção do trabalho da mulher com a paridade entre os cônjuges, seja pelo regime da comunhão parcial com administração independente, seja pelo regime da separação total. O que logramos encontrar foi uma constante: onde a igualdade entre marido e mulher é implantada, onde é derogada a administração exclusiva do marido, desaparece a instituição dos bens reservados".<sup>103</sup>

Corroborando esta lição, veja-se o que ocorreu na França: no início deste século, a Lei de 13 de julho de 1907, com o objetivo de melhorar a situação jurídica da mulher casada, determinou que o marido não teria poderes sobre os bens reservados da mesma. Em 1942, a Lei de 22 de setembro inseriu a figura dos bens reservados no *Code Napoléon*, conforme a redação determinada para os arts. 224 a 226.

Bem reservados eram os adquiridos pela mulher, sob qualquer regime matrimonial, no exercício de seu trabalho, separado do esposo, e sobre estes bens a mulher podia exercer todos os poderes - de administração, gozo e disposição. Foram conferidos poderes mais amplos do que tinha o marido sobre os bens comuns.

A Lei de 13 de julho de 1965 procurou diminuir o desequilíbrio que a existência dos bens reservados ensejava, estatuidando que a mulher teria sobre estes bens os mesmos poderes do marido com relação aos bens comuns.

Finalmente, a reforma de 1985, determinada pela Lei nº 1.372, de 23 de dezembro, relativa à igualdade dos esposos nos regimes matrimoniais, aboliu a figura dos bens reservados da mulher.

Antes disto, os irmãos Mazeaud<sup>104</sup> já apontavam que, no Direito atual, o regime dos bens reservados da mulher era anacrônico, pois havia sido

concebido numa época em que a mulher tinha uma posição inferiorizada, e o poder marital era onipotente. Na sua versão original, o art. 213 do *Code Civil* não deixava dúvidas quanto à incapacidade jurídica da mulher casada, e sua submissão ao poder marital, proclamando: *le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*. Posteriormente, com a mulher assumindo o seu verdadeiro papel na sociedade, diante do princípio da igualdade entre os cônjuges, não tinha sentido persistir uma instituição que visava a "compensar" a mulher casada.

No Brasil, dispendo a Constituição Federal, no art. 226, § 5º, que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", e sendo esta norma auto-aplicável, não temos receio de afirmar que a nova ordem constitucional não recepcionou toda a legislação anterior que faz distinções, privilegia, desigualdade em razão, exclusivamente, do sexo.

O bem reservado foi criado para a mulher casada. Representou um expediente para compensá-la das odiosas restrições que sofria na sua situação jurídica, isto há mais de trinta anos, quando a Lei nº 4.121 entrou em vigor. O marido, nas mesmas circunstâncias, não tem bem reservado. O que ele adquire, com seu esforço pessoal, com o produto do seu trabalho, entra para a comunhão (se o regime não for o da separação absoluta, é claro).

A existência do bem reservado da mulher, e que só pode ser da mulher, gera uma incompatibilidade definitiva com os princípios igualitários do Texto Magno. A desarmonia, a antinomia, o paradoxo, são evidentes e insuperáveis.

Tudo o que o Código Civil distingue entre os direitos e deveres do marido e da mulher não pode subsistir depois que a Constituição entrou em vigor. Em sede de direitos e de deveres, só se pode admitir deveres e direitos que sejam de *ambos os* cônjuges. Com o estatuto da paridade ruem, inexoravelmente, por completa e insuperável incompatibilidade com o Texto Magno, todos os preceitos infraconstitucionais que conferiam privilégios e vantagens à mulher em razão, somente, de sexo, até por terem perdido sua razão e fundamento.

A emancipação social, jurídica e econômica da mulher é uma das mais notáveis características deste século. Este nosso tempo é o da democratização, da socialização das relações jurídicas, estabelecendo-se um plano de igualdade.

As modificações - para melhor - na situação jurídica da mulher casada, o entendimento hodierno de que ela tem de ficar em posição paritária com o marido, tanto em direitos como em obrigações, trouxe alterações de vulto, algumas explícitas, outras implícitas, nas normas relativas aos regimes de bens, que refletiam a ultrapassada e caduca concepção da superioridade marital.

Impõe-se uma releitura, uma interpretação nova das regras jurídicas alusivas ao tema, mormente daquelas que discriminam, revelando a sepultada primazia do marido, ou autoridade do varão, bem como as que, numa política compensatória, conferiam alguns privilégios à mulher.

Se a Lei Fundamental aboliu o que representava prerrogativa do marido, destituindo-o, inclusive, da chefia da sociedade conjugal, não pode permitir que continue vigorando o que significava favor ou benefício da mulher; afinal, o que lhe era concedido, pontualmente, para suprir suas desvantagens, para contrabalançar a posição jurídica de inferioridade que a oprimia, deixa de ter qualquer sentido diante do princípio da igualdade entre os cônjuges.

No Direito brasileiro, após 5 de outubro de 1988, não há mais a figura do bem reservado da mulher, que revelava um desequilíbrio do sistema, como atestam *José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz*.<sup>105</sup> O art. 246 do Código Civil está revogado. Foi atingido, mortalmente, pela isonomia constitucional. Por extensão, revogado está o art. 263, XII, que excluía da comunhão os bens reservados. Há incompatibilidade ideológica entre a existência de bens reservados da mulher - e só da mulher! - e o princípio da igualdade entre os cônjuges. Sobretudo, há paradoxo insuperável em atribuir bens reservados à esposa - através de norma em que a desequiparação é evidente -, e, ao mesmo tempo, reconhecer a dignidade da mulher, sua posição de paridade com o marido, quanto aos direitos e deveres da sociedade conjugal, que é a marca inconfundível do Direito moderno.

#### **14.7 Frutos de bens incommunicáveis**

Já sabemos que o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges. Como ensina *Orlando Gomes*, tudo o que entra para o acervo dos bens do casal fica, em regra, subordinado à lei da comunhão; tudo o que cada cônjuge adquire, no mesmo momento em se se opera a aquisição, torna-se comum; os cônjuges são meeiros em todos os bens do casal, embora um deles nada trouxesse ou nada adquirisse na constância do matrimônio.<sup>106</sup>

Vimos, também, que alguns bens, obrigações e rendas, excepcionalmente, são excluídos da comunhão, conforme o elenco constante no art. 263 do Código. Esse patrimônio, que decorre do que a lei afasta da comunhão, é particular, autônomo ou próprio, do marido ou da mulher, conforme o caso.

Não obstante, a incommunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento (art. 265).

*Carvalho Santos* enuncia que se deve compreender a palavra frutos no sentido amplo, abrangendo as utilidades da coisa, como os produtos das minas, das pedreiras, as colheitas, os cortes anuais de madeiras, os aluguéis das casas, etc.<sup>107</sup>

Os frutos e rendimentos de bens comuns se comunicam; e também entram na comunhão os rendimentos e frutos de bens próprios, quando se percebam ou vençam durante a sociedade conjugal.

Por exemplo: se um dos cônjuges tem imóvel particular, que lhe foi doado com a cláusula de incomunicabilidade, e aluga o dito imóvel, os valores dos aluguéis entram na comunhão. A incomunicabilidade do bem não se estende, no caso, aos respectivos frutos.

Observe-se o disposto no art. 263, XIII, que exclui da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Parece haver contradição com o art. 265.

O inciso XIII do art. 263 foi introduzido pela Lei nº 4.121/62. Paradoxalmente, o Estatuto da Mulher Casada inovou o Código, acrescentando uma regra que, diante de nossa realidade social e econômica (especialmente há quase quarenta anos!), pode determinar grande prejuízo para a esposa. Na maioria dos casos, sobretudo nas classes menos favorecidas, é o homem que trabalha fora de casa, auferindo vencimentos, salários, dedicando-se a mulher às lides domésticas, à administração do lar, à educação dos filhos, não havendo rendas desta ingente, venerável e enormíssima tarefa.

#### **14.8 Propriedade e posse dos bens é comum**

No art. 266, *caput*, o Código exprime norma capital do casamento sob o regime da comunhão universal: "Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum".

Trata-se de condomínio e composesse, todavia, conforme já alertamos, que não decorrem do Direito das Coisas, mas condomínio e composesse de natureza especial, determinados pelo Direito de Família. Cada cônjuge é proprietário da metade ideal da massa patrimonial indivisa. A comunhão dura enquanto existir a sociedade conjugal. Nenhum cônjuge pode requerer a divisão dos bens, nem alienar a sua parte ideal.

Talvez nem fosse preciso alertar-se que esses condomínio e composesse são relativos aos bens comuns, vale dizer, aos bens que integram a comunhão. Excepcionalmente, podem os cônjuges, no regime da comunhão universal, ter bens particulares.

#### **14.9 Administração dos bens**

No parágrafo único do art. 266, dizia-se que a mulher só administrará os bens comuns por autorização do marido, ou nos casos do art. 248, nº V, e art. 251. Estes casos são os dos bens que foram doados ou transferidos pelo marido à concubina, e que a mulher reivindicou, bem como as hipóteses em que compete à mulher a direção e a administração do casal.

É verdade que o art. 240 do Código - já alterado pelo Estatuto da Mulher Casada e pela Lei do Divórcio - diz que cabe à mulher velar pela direção material e moral da família. Era o que lhe cabia: *velar*, do latim *vigilare*, ou seja, proteger, zelar, cuidar, vigiar. E mais nada.

Para exercer este poder doméstico, embora restrito e limitado, comparável ao de uma governanta, a mulher tinha de praticar alguns atos, realizar negócios. No Direito alemão, a este poder de direção do lar se denomina *Schlüsselgewalt* (poder da chave), que, segundo *Enneccerus, Kipp e Wolff*, é uma faculdade de direito patrimonial para dirigir a economia doméstica, explicando os autores que, no moderno Direito alemão, abandonada a idéia de comunidade dos cônjuges, considera-se a mulher gestora dos negócios e representante do marido.<sup>108</sup>

Com a mesma compreensão, o art. 247 do Código Civil (que, a nosso ver, está revogado) dizia que a mulher, no exercício do poder doméstico, tinha a autorização tácita ou presumida do esposo, para, exemplificando, ir à mercearia ou ao supermercado fazer compras, "ainda a crédito" - precisava o legislador ressaltar -, das coisas necessárias à economia do lar. Atualmente, a mulher, com relação a esses atos, age em nome próprio, como gestora, numa posição de igualdade com o marido, não tendo mais sentido aquele "mandato tácito" do varão (infra).

Voltando ao parágrafo único do art. 266 de nosso Código, somos forçados a dizer que ele é o fiel retrato da concepção patriarcal, da ideologia machista que ordenou a confecção de nossa lei civil, embora o nobre autor do Projeto, *Clóvis Beviláqua*, não integrasse a corrente super conservadora e passadista, que ancorou a nossa lei civil no século passado, em alguns aspectos. Na Alemanha, *Heinrich Lehmann*, que se recusou a publicar nova edição do seu famoso compêndio de Direito de Família enquanto vigorou o regime nacional-socialista, porque este alterara os fundamentos de sua obra, adverte que a comunhão universal de bens em que o marido tem a administração dos bens comuns, respondendo estes - e, portanto, também o patrimônio da mulher - por todas as dívidas do marido, implica grandes perigos para a mulher, indagando o eminente catedrático de Colônia:

"Por que razão deixar-se o destino patrimonial da mulher e dos filhos confiado, totalmente, ao marido, que pode ser um administrador indolente, um dilapidador, ou um alcoólatra?"<sup>109</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, que, além de proclamar, no art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, estatuiu, no art. 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, perderam toda a eficácia as normas infraconstitucionais que privilegiavam o homem e discriminavam a mulher.

Sem dúvida, a Carta de 88 destituiu o varão da chefia da sociedade conjugal. E se o marido não é mais o chefe, não pode exercer, sozinho, a administração dos bens do casal (nem, muito menos, dos bens próprios da esposa), que era efeito e consequência daquela acabada chefia.

Estão revogados, sem dúvida, por incompatibilidade insuperável com a letra e o espírito da Carta Magna, todos os preceitos da legislação ordinária pré-constitucional, que conferiam largos e importantes poderes ao marido, na sociedade conjugal, pelo simples fato de ele ser macho.

Toda proeminência, superioridade, supremacia entre um cônjuge e outro está abolida. Na sociedade conjugal moderna não há hierarquia; não existe mais o ser que manda e o que tem de obedecer.

Não se pode admitir, a poucos anos do início do terceiro milênio, que continuem vigendo regras codificadas em 1916, mas que expressam a mentalidade do Século XIX, e que se fundaram na concepção da inferioridade feminina, na incapacidade da mulher,

O momento atual é o da igualdade entre os sexos, e o legislador tem de estatuir a *bilateralização* dos direitos e dos deveres na sociedade conjugal.

A não ser que não se queira dar eficácia e efetividade à Constituição Federal, numa atitude que, a todo poder que se possa, deve ser repelida, tem-se de concluir que a administração dos bens comuns, no casamento, deve ser exercida paritariamente, ou seja, pelo marido e pela esposa, sem submissões, sem preferências. Quanto aos bens particulares, obviamente, cada qual cuida deles, cada cônjuge gere o que é seu.

O Direito Comparado abona e robustece estas conclusões. Em todos os países que promoveram a igualdade entre o marido e a mulher, a regra da administração compartilhada dos bens comuns é inevitável, constante, como vamos ver.

Na sua redação original, o Código Civil português, de 1966, dizia, no art. 1.678, 1:

"A administração dos bens do casal, incluindo os próprios da mulher e os bens dotais, pertence ao marido, como chefe da família."

Com a reforma introduzida pelo Decreto-Lei nº 496/77, o Código lusitano estabelece que, no tocante aos bens próprios, cada um dos cônjuges tem

deles a sua administração (art. 1.678, P); no que tange aos bens comuns, qualquer dos cônjuges tem legitimidade para a prática de atos de administração ordinária (art. 1.678, 3).

Na Itália, o art. 180 do Código Civil, com nova redação, prevê:

*"Amministrazione dei beni della comunione-L'ammirtistrazione dei beni della comunione e la rappresentanza in giudizio per gli atti ad essa relativi spettano disgiuntamente ad entrambi i coniugi (Administração dos bens da comunhão - A administração dos bens da comunhão e a representação em juízo para os atos a ela relativos, cabe, disjuntivamente, a ambos os cônjuges)."*

Na Argentina, de acordo com a concepção original do Código Civil, o marido era o administrador legal de todos os bens próprios e dos comuns. O novo sistema legal, que passou a vigor naquele país, estabelecendo a completa igualdade entre os cônjuges, conferiu-lhes o direito de administrar os bens da sociedade conjugal, particulares ou comuns. O princípio geral da gestão separada está consagrado no art. 1.276, 1, do Código argentino.

Na França, o *Code Napoléon*, originariamente, optou pela gestão centralizada (antigo art. 1.428), conferindo ao marido a administração de todos os bens do casal, gerindo, sozinho, não, apenas, os seus bens particulares, como os bens comuns e, ainda, os bens próprios da mulher. Tão extensos eram os poderes do varão que se dizia que ele era *seigneur et maitre de la communauté*, vale dizer, o senhor, o dono da comunidade.

Mas, com relação à administração dos bens comuns e dos bens próprios, houve grande alteração no Direito francês, por força da Lei nº 85-1.372, de 23 de dezembro de 1985.

A reforma introduzida por esta lei prevê três modos de gestão dos bens comuns: a) gestão *concorrente*, ou separada, na forma do art. 1.421, al. 1, do *Code Civil*, pela qual qualquer dos cônjuges tem o poder de administrar os bens comuns; b) gestão *conjunta*, ou co-gestão, mencionada nos arts. 1.422, 1.424 e 1.425, exigida para os atos mais graves, que podem ensejar conseqüências notáveis no patrimônio, como de disposição entre vivos, a título gratuito, dos bens comuns, de alienação e instituição de ônus reais sobre imóveis, etc. Como o nome indica, tais atos só podem ser praticados pelos esposos, em conjunto; c) gestão unilateral, ou exclusiva, por força do art. 1.421, al. 2: *L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administratióra et de disposition nécessaires à celle-ci* (o cônjuge que exerce uma profissão separada (= distinta), tem o poder de praticar, isoladamente, os atos de administração e disposição necessários à mesma); ou seja, tem o poder exclusivo de administração e disposição dos bens necessários ao exercício de sua profissão separada.

Quanto aos bens próprios, isto é, que não integram a comunhão, a gestão é independente, ou seja, cada cônjuge administra, isoladamente, seus próprios bens, deles podendo gozar e livremente dispor (art. 1.428).

Na Bélgica, o princípio da gestão concorrente está referido no art. 1.416 do Código Civil, embora, como ocorre em outros países, para certos atos, mais graves e importantes - como os de disposição -, exija-se a participação de ambos os cônjuges.

Portanto, estabeleceu-se, nesses países, o regime de gestão separada, o único compatível com o estatuto paritário da sociedade conjugal, com a bilateralização dos direitos e deveres do marido e da mulher.

No Brasil, diante da nova ordem constitucional, não podemos fugir à conclusão de que a administração dos bens comuns é concorrente: pode ser exercida isoladamente, num plano isonômico, tanto pelo marido, como pela mulher. *Em Lições de Direito da Família e das Sucessões* (Coimbra, 1997, p. 419), *Diogo Leite de Campos* menciona que o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges é levado, legitimamente, até às últimas conseqüências no que se refere à administração dos bens do casal.

A gestão unilateral, centralizada, conferida ao marido, por ser machista e autoritária, afronta o princípio da plena capacidade da mulher, desconhece o movimento universal e irreprimível que a eleva e dignifica, no lar e na sociedade.

Esta matéria exige uma cuidadosa regulamentação legal. Até porque a administração autônoma é a regra, tendo, porém, exceções, que devem ser expressamente consignadas, como ocorre na França e em Portugal, para ficarmos nesses sistemas, antes citados.

Infelizmente, neste tema, como em outros de Direito de Família,<sup>110</sup> o legislador ordinário tem ficado inerte, cabendo à doutrina e à jurisprudência dar a extensão e o verdadeiro conteúdo das importantes reformas produzidas pela Carta de 1988, e nem sempre as soluções são uniformes.

Merece louvores o Projeto de Código Civil, de 1975, ao estabelecer que, no regime da comunhão universal, bem como no de comunhão parcial, a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (arts. 1.691, *caput*, e 1.698), prevendo, ainda, que, em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges (art. 1.691, § 3º).

Aliás, existe norma, no Brasil, disciplinando a questão da administração dos bens do casal, em se tratando de união estável. A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal,

dispõe, no § 2º do art. 5º: "A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito".

Imaginar que continuam em vigor as disposições do Código, que privilegiam o marido e discriminam a esposa, no que tange à administração dos bens comuns, diante da recente lei que equipara, quanto ao mesmo assunto, o companheiro e a companheira, chega às raias do disparate.

#### **14.10 Extinção da comunhão - Morte de um dos cônjuges - Anulação do casamento - Casamento putativo - Separação judicial - Restabelecimento da sociedade conjugal - Divórcio - Novo casamento dos divorciados - Separação de fato**

Dissolve-se a comunhão nos mesmos casos em que se extingue a sociedade conjugal: pela morte de um dos cônjuges; pela sentença que anula o casamento; pela separação judicial; pelo divórcio (art. 267).

Com a dissolução da comunhão, divide-se, partilha-se a massa patrimonial, até então, comum.

Vivos os cônjuges, nos casos em que a extinção da comunhão se dá por nulidade ou anulação do casamento (se este for putativo!), separação judicial, ou divórcio, cada um fica com a sua meação do patrimônio, sem que se leve em consideração a origem dos bens. Por exemplo, um imóvel trazido pela mulher à comunhão, na dissolução, pode caber ao marido, e vice-versa.

Na hipótese de dissolução da comunhão por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente fica com a sua meação determinada, e a outra metade caberá aos herdeiros do *de cuius*; igualmente, não se leva em conta a procedência dos bens: pode integrar o quinhão de um herdeiro do cônjuge falecido, por exemplo, imóvel trazido à comunhão pelo cônjuge supérstite.

Faremos, em seguida, algumas observações sobre as várias causas de extinção da comunhão de bens.

Falecendo um dos cônjuges, como já mostramos, o sobrevivente é dono da meação, que, então, é concretizada. A outra metade caberá aos herdeiros do falecido. O cônjuge supérstite, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste, será nomeado inventariante, pelo juiz (CPC, art. 990, I).

Anulado o casamento, sem que os consortes estivessem de boa-fé, tudo se passa como se o matrimônio jamais tivesse existido. A sentença tem efeito retroativo, opera *ex tunc*. Tal casamento não gera qualquer efeito, salvo quanto aos filhos (art. 217).

Entretanto, o art. 221 do Código Civil prevê:

"Embora anulável, ou mesmo nulo se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, com relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória."

Se um só dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão (art. 221, parágrafo único).

Quanto aos filhos, até pela importância do assunto, registre-se a inovação introduzida pela Lei do Divórcio, art. 14, § 2º: "Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, os efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns".

Até então, a regra era a de que o casamento nulo só produziria efeitos em relação aos filhos se ambos ou, pelo menos, um dos cônjuges estivesse de boa-fé.

A partir da Lei do Divórcio, a condição de filho legítimo, no caso, não fica mais na dependência da boa-fé de seus pais, ou de um deles. Mas a distinção entre filhos não existe mais, e a matéria perdeu a importância que tinha, no passado. Em Portugal, no seu monumental *Da Boa Fé no Direito Civil* (Coimbra, 1997, p. 505), *Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro*, citando o art. 1.827 do Código Civil daquele país, menciona que, anulado, o casamento produz efeitos face aos filhos, independentemente da boa ou má-fé de ambos os cônjuges.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que, no art. 227, § 5º, ordenou a completa paridade entre os filhos, suprimindo as distinções categoriais, que tinham o peso de um verdadeiro opróbrio, no Brasil não existem mais filhos legítimos e filhos ilegítimos, mas filhos, puramente, unicamente, sem aquela adjetivação difamante, execrável e vergonhosa de outrora."<sup>111</sup>

Todavia, com relação aos demais efeitos, a boa-fé dos cônjuges, ou de um deles, é fundamental. No casamento putativo, a sentença não opera *ex tunc*, mas *ex nunc*, quer dizer, não retroage, produzindo o matrimônio seus efeitos civis até o dia da sentença anulatória.

Invalidado o casamento, mas declarada a putatividade, a sociedade conjugal se dissolve como se um dos cônjuges tivesse falecido. Há a partilha do patrimônio do casal, existente na data da anulação. Yussef Said Cahali enuncia:

"O casamento putativo deixa firmes as convenções matrimoniais, que recebem sua plena e integral execução, sendo observadas como se a anulação do casamento representasse simples dissolução; o regime estabelecido respeita-se como se o casamento tivesse sido válido."<sup>112</sup>

Mas a boa-fé pode ser de um dos cônjuges, apenas, e só este se aproveita da putatividade do casamento, tendo direito a ficar com a metade dos

bens comuns. O cônjuge de má-fé não tem direito à metade dos bens do cônjuge inocente que a ele caberiam, por força do regime de bens, se o casamento fosse válido e, quando o casamento for anulado por culpa dele, perderá todas as vantagens havidas do cônjuge inocente, ficando, ainda, obrigado a cumprir as promessas que lhe fez, no contrato antenupcial (art. 232).

Pela separação judicial, extingue-se a sociedade conjugal e a comunhão se dissolve. Mas os cônjuges podem se reconciliar, requerendo o restabelecimento da sociedade conjugal. Neste momento, não podem pretender modificar o regime de bens que vigorava antes, pois a Lei nº 6.515/77, que regula a matéria, dispõe, no art. 46, que o restabelecimento da sociedade conjugal far-se-á "nos termos em que foi constituída". A reconciliação, seguida do restabelecimento da sociedade conjugal, não é novo casamento, até porque a separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mantendo-se íntegro o vínculo matrimonial. O casamento válido apenas se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio (Lei nº 6.515/77, art. 2º, parágrafo único).

O casal que se divorciou pode se reaproximar e pretender refazer a vida em comum. Como o divórcio desconstitui o próprio casamento, os divorciados, se quiserem restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento (Lei nº 6.515/77, art. 33).

Entendemos, que, tratando-se de novo casamento - e não de mero restabelecimento da sociedade conjugal - podem os nubentes escolher, livremente, o regime do matrimônio, inclusive, regime diferente do que vigeu no casamento anterior, que foi dissolvido.

As causas de extinção da comunhão, enumeradas no art. 267, acima analisadas, são taxativas, não admitem interpretação extensiva. O elenco legal é exaustivo, *numerus clausus*.

Mas já existem julgados no sentido de que não se comunica o bem adquirido por compra pelo cônjuge que está separado de fato do outro, que, de modo algum, nem moral ou materialmente, colaborou ou ajudou para a aquisição. Se não havia mais vida em comum entre o casal, não seria justo reconhecer comunicação apenas de bens, e atribuir a metade desse bem ao outro cônjuge. (*infra*).

A separação judicial de bens, adotada em outros sistemas jurídicos (*supra*), não foi regulada em nosso Direito.

## **15. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL**

### **15.1 Noções gerais**

O regime da comunhão parcial (*communauté aux acquêts*, na França, *comunione di acquisti*, na Itália, *comunidad de adquiridos* ou *sociedad de*

gananciales, nos países de língua espanhola) é um regime misto, pelo qual alguns bens se comunicam - a propriedade deles é comum; e outros bens não se comunicam, ficam separados - a propriedade deles é exclusiva de cada cônjuge. A comunhão parcial, vista sob outro ângulo, é uma separação relativa. "Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro", expõe *Sílvia Rodrigues*.<sup>113</sup>

O clássico *Virgílio de Sá Pereira* enuncia que o regime de comunhão parcial é um misto de comunhão e de separação, em que duas massas de bens se distinguem, e a cada uma delas se aplicam, respectivamente, as regras do tipo a que se filiam - aos bens comuns as da comunhão, aos bens particulares as da separação.<sup>114</sup>

Em princípio, na comunhão parcial - também chamada comunhão limitada, comunhão restrita, ou comunhão de aqüestos -, não se comunicam os bens que cada cônjuge possui, ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão. Comunicam-se, outrossim, os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, por título oneroso, ainda que em nome de um só dos cônjuges.

Como já dissemos, o regime da comunhão parcial é o regime supletivo, no Brasil. Não havendo pacto antenupcial, ou sendo nulo - e não se tratando de hipótese de casamento que esteja submetido ao regime imperativo da separação -, o regime de bens, *ex vi legis*, é o da comunhão parcial (Código Civil, art. 258).

Num fenômeno que não ocorre, somente, em nosso País, a grande maioria dos casamentos são celebrados pelo regime legal. Entre nós, há um certo pudor, verdadeiro preconceito com relação às convenções antenupciais (supra). Os noivos - e respectivas famílias - preferem não ferir suscetibilidades, e deixam de trocar idéias sobre o regime patrimonial do futuro casamento. O assunto vira tabu. A par disto, o contrato pré-matrimonial é solene, tem de ser feito por escritura pública, implicando disponibilidade de tempo, despesas, e quase toda gente foge disto.

Na comunhão parcial pode haver três massas patrimoniais: os bens comuns, que integram a propriedade coletiva dos cônjuges, os bens próprios do marido e os bens próprios da mulher.

Neste regime, a massa comum de bens é menor, menos extensa do que a massa comum patrimonial no regime da comunhão universal.

O aspecto fundamental do regime de comunhão parcial é o de que se comunicam os bens adquiridos, onerosamente, por ambos ou por qualquer um dos cônjuges, na constância da sociedade conjugal.

Este regime, segundo *Orlando Gomes*, atende mais ao espírito da sociedade conjugal, porque assenta no pressuposto de que o casamento

estabelece uma união perfeita entre os cônjuges, uma união de almas, mas, também, uma união de interesses, e os bens adquiridos na constância do matrimônio devem ser comuns por serem fruto da estreita colaboração que se estabelece entre marido e mulher, resultando, de regra, na família de classe média, do espírito de economia da mulher, expondo o autor:

"Nada mais justo, com efeito, do que integrar no regime legal a *comunhão de aqüestos*. A comunicação dos bens adquiridos depois do casamento justifica-se, de resto, como elemento de fortificação do vínculo matrimonial.

O regime legal em vigor harmoniza-se com a igualdade dos cônjuges. O regime da comunhão universal assegurava a preponderância do marido nas relações patrimoniais entre os cônjuges, sendo tal predominância por assim dizer, da sua própria lógica."<sup>15</sup>

Justificando a "viragem histórica" que se operou no direito patrimonial da família português, diante do art. 1.717 do Código Civil de 1966, que substituiu a comunhão geral, como regime supletivo, pelo regime da comunhão de adquiridos, *Antunes Varela* oferece uma lição memorável, que adotamos, e transcrevemos:

"O vínculo matrimonial não seca as profundas raízes que ligam cada um dos cônjuges à sua família de origem e que poderosamente se refletem nos seus direitos sucessórios. Além disso, sendo certo que o casamento não une os nubentes desde a data do seu nascimento, justo é que se considerem como comuns, não todos os bens de que os cônjuges sejam ou venham a ser titulares, mas apenas os bens adquiridos na vigência do casamento, como produto da atividade conjunta de ambos eles ou como fruto do apoio, estímulo e assistência que um deles preste à iniciativa, ao esforço e à capacidade realizadora do outro.

Limitando assim o núcleo do patrimônio comum aos bens cuja aquisição assenta numa real cooperação dos cônjuges, a comunhão de adquiridos inspira-se em princípios mais sãos e mais realistas do que a comunhão geral, em face das concepções de justiça comutativa aceites no mundo contemporâneo."<sup>16</sup>

### **15.2 Bens excluídos da comunhão**

No regime da comunhão parcial, excluem-se da comunhão, portanto, são bens próprios ou particulares:

I - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão.

II - Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares.

III - Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder.

IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.

A enumeração consta no art. 269 do Código Civil. O art. 270 acrescenta mais dois casos, dispondo que, igualmente, não se comunicam; "I - As obrigações anteriores ao casamento. II - As provenientes de atos ilícitos".

O primeiro caso, referido no art. 269, dos bens excluídos da comunhão, representa o aspecto principal desse regime: os bens que cada cônjuge já possui, por ocasião do casamento, continuam na propriedade exclusiva do titular. Também não se comunicam os bens que lhe sobrevierem, na constância da sociedade conjugal, por ato gratuito, isto é, por doação ou por sucessão. No sentido específico e restrito do termo, não se consideram aqueles - e, pois, são incomunicáveis - os bens havidos por cada cônjuge, por doação, herança ou legado. No Direito latino de língua espanhola, chamam-se *gananciales* os bens adquiridos durante a constância da sociedade conjugal pelo esforço comum ou de qualquer dos cônjuges, por fato aleatório ou com o produto das rendas e frutos dos bens próprios e comuns.

Então, os bens presentes não se comunicam e também não entram na comunhão os bens futuros adquiridos gratuitamente por cada um dos cônjuges, portanto, sem a colaboração, a cooperação, o esforço comum de marido e mulher.

Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares, não se comunicam. Trata-se de sub-rogação real: uma coisa é substituída pela outra. Mesmo adquirido a título oneroso (quando, pela regra geral, entraria na comunhão), se o novo bem ocupa o lugar de outro, que era próprio do adquirente, não se dá a comunicação. É o caso, por exemplo, da mulher que já possuía um terreno, ao casar, e, posteriormente, aliena o imóvel comprando com o produto da venda um apartamento. Este apartamento, que fica no lugar do terreno, vai integrar a massa dos bens próprios da mulher. Também é bem próprio o dinheiro procedente da venda de um bem particular.

A sub-rogação real compreende a sub-rogação direta e a indireta. Pela primeira, a saída de um bem e a entrada de outro no patrimônio de um dos cônjuges ocorrem no mesmo negócio jurídico, utilizando-se único instrumento, e a troca ou permuta é exemplo expressivo deste caso. A sub-rogação indireta verifica-se quando o bem adquirido através de um negócio jurídico deu-se com o produto da alienação de um bem próprio, por outro negócio jurídico. Exemplo: o marido vende um bem particular, por escritura pública, e, com o dinheiro apurado, por meio de novo instrumento - até em data diferente - adquire outro bem. Neste caso, de sub-rogação indireta, há necessidade de ser produzida a prova da conexão, da vinculação entre os dois negócios, que a perda de uma

coisa foi compensada pela aquisição da outra, enfim, que um bem (alienado) foi substituído pelo outro (adquirido).

*Carlos H. Vidal Taquini*, em lição que se aplica ao nosso Direito, expõe que, para caracterizar a sub-rogação real, não se requer que o tempo de uma e outra operação seja o mesmo, porém, torna-se imperiosa a conexão e vinculação entre elas, com clara individualização e prova categórica que aniquile a presunção de que o bem adquirido é comum. Enfim, diz o autor: "no se *requiere una igualdad matemática de los actos ejecutados, pero sí la forzôsa correlación y encadenamiento entre uno y otro.*"<sup>17</sup>

Regulando a matéria, o Código Civil português, art. 1.723, alíneas a e b, dispõe que conservam a qualidade de bens próprios: os bens subrogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges, por meio de troca direta; o preço dos bens próprios alienados. Na alínea c, para acautelar interesses de terceiros, o Código lusitano é rigoroso quanto à prova, estatuinto que são bens particulares:

"Os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges."

A lei fala que são excluídos da comunhão os bens adquiridos com valores *exclusivamente* pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares.

Pode ocorrer, no entanto, de o cônjuge utilizar, para a aquisição do outro bem; valores decorrentes da utilização de bens particulares, acrescidos de valores provenientes de bens comuns, ou de bens particulares do outro cônjuge. Vê-se que os valores utilizados para a aquisição do novo bem não foram "exclusivos". Trata-se de assunto muito importante, mencionado na doutrina e legislação de muitos países, e pouco desenvolvido, entre nós.

Abordando o tema, *José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz* observam que o patrimônio comum pode contribuir para aquisição de um bem próprio, e que o corretivo para restaurar o equilíbrio entre as diversas massas do regime é o sistema de compensações (recompensas ou reembolsos), que reconstitui em valor o equilíbrio patrimonial, sendo o *quantum* do crédito de compensação calculado ou fixado segundo as regras de obrigação de valor, no momento da liquidação do regime.<sup>18</sup> Mas os autores, neste passo, estão falando das soluções encontradas no Direito estrangeiro, pois, em seguida, opinam que o sistema de compensações não encontra entre nós apoio no Código Civil:

"Na ausência de regras que derroguem os critérios ou princípios do regime (art. 271, I, e art. 269, II), não é possível atribuir o bem a uma só das

massas. Aplicando à hipótese os critérios ou princípios do regime, o bem será próprio e comum na proporção da contribuição de cada uma das massas."<sup>119</sup>

No Direito argentino, *Guillermo A. Borda* expõe que é bastante freqüente que um bem seja adquirido em parte com dinheiro próprio de algum dos cônjuges e em parte com rendas comuns, advertindo que a questão é delicada e tem sido resolvida pelos tribunais com um critério prático e eqüitativo: se a parte do preço paga com dinheiro próprio é maior do que a outra, o bem se considera próprio, reconhecendo-se em favor da sociedade conjugal um crédito pelo saldo, e vice-versa. Porém, alerta, se o título de aquisição é anterior ao casamento, o bem pertence ao adquirente, sem levar-se em consideração a proporção paga com dinheiro próprio e comuns, ficando a parte do preço pago com dinheiro comum como crédito a favor da comunidade.<sup>120</sup>

A questão foi resolvida pelo Código Civil português, que prevê, no art. 1.726:

"1. Os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e noutra parte com dinheiro ou bens comuns revestem a natureza da mais valiosa das duas prestações.

2. Fica, porém, sempre salva a compensação devida pelo patrimônio comum aos patrimônios próprios dos cônjuges, ou por estes àquele, no momento da dissolução e partilha da comunhão." Analisando este dispositivo, *Fernando Andrade Pires de Lima* e *João de Matos Antunes Varela* explicam que no caso mais vulgar de as prestações serem de desigual valor e de os bens adquiridos assumirem, por força do critério estabelecido, a natureza (própria ou comum) da prestação mais valiosa, o nº 2 do art. 1.726 manda, como não poderia deixar de ser, compensar o patrimônio desfalcado: a compensação dar-se-á a favor do patrimônio próprio . do cônjuge *lesado*, se a coisa adquirida é considerada comum, e a favor do patrimônio comum, na hipótese inversa, sendo esta compensação feita no momento da dissolução e partilha da comunhão.<sup>121</sup>

Na forma do art. 389 do Código Civil, o usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder. O art. 393, com a redação ordenada pela Lei nº 4.121/62, explicita: "A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido".

Os rendimentos auferidos por cada cônjuge, de bens de filhos anteriores ao matrimônio, em consequência do exercício do pátrio poder, são incomunicáveis.

Além dos antes referidos, também não se comunicam, no regime da comunhão parcial, os demais bens que se consideram excluídos da comunhão universal (arts. 269, IV, e 263, I a XIII).

O inciso IV do art. 269 foi acrescentado pela Lei nº 4.121/62. Assim, os bens comunicáveis, no regime da comunhão universal, não se comunicam, igualmente, no da comunhão parcial. Os treze incisos do art. 263, inicialmente destinados ao regime da comunhão universal, são aplicáveis aos da comunhão relativa.

Esta extensão tornou supérfluo o art. 270, que excluía da comunhão parcial as obrigações anteriores ao casamento e as provenientes de atos ilícitos, que são casos já previstos no art. 263, VI e VII.

Mas o art. 270, I, dizia que não se comunicavam as obrigações anteriores ao casamento, sem qualquer ressalva ou restrição, enquanto que o art. 263, VII, afirma que são excluídas da comunhão as dívidas anteriores ao casamento, "salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum".

Parece-nos claro, por evidente analogia e imperativo de justiça, que se aplicam ao regime da comunhão parcial as exceções mencionadas no inciso VII do art. 263. No regime da comunhão relativa, as obrigações (dívidas) anteriores ao casamento comunicam-se, se provierem de despesas com os aprestos do matrimônio ou reverterem em proveito comum.

Clóvis, muito antes da edição da Lei nº 4.121/62, com sua larga visão, e dando interpretação construtiva ao art. 270, I, expôs que, pelas dívidas anteriores ao casamento, responde, exclusivamente o devedor, prevenindo, entretanto, o excelso civilista: "salvo se o outro quiser compartilhar a responsabilidade, ou tiver lucrado com elas. Neste último caso, a sua responsabilidade é proporcional à vantagem obtida.

### **15.3 Bens que entram na comunhão**

No regime da comunhão parcial, na forma do art. 271 do Código, entram na comunhão:

I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.

II - Os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior..

III - Os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 269, I).

IV - As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

V - Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos.

VI - Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.

Inicialmente, temos que se comunicam os bens adquiridos na vigência da sociedade conjugal, por título oneroso - compra e venda, dação em pagamento, permuta, v.g. - ainda que a aquisição ocorra em nome de um só dos cônjuges.

A regra capital do regime da comunhão relativa ou limitada é a de que se comunicam os aqüestos, ou seja, de que entram na comunhão e constituem, portanto, patrimônio de ambos os cônjuges os bens adquiridos onerosamente, depois da celebração do casamento, havendo aí uma presunção de que o acréscimo bonitário decorreu do esforço comum dos consortes.

Atente-se, no entanto, para o disposto no art. 269, II. Mesmo que advindos por título oneroso, não se comunicam os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares (supra).

O inciso II do art. 271 diz que entram na comunhão os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.

*Clóvis* adverte que o critério seguido pelo Código Civil brasileiro é o de que se comunicam todas as aquisições dos cônjuges por fato eventual ou fortuito, sendo comuns as aquisições que não sejam a título lucrativo. Assim, diz o Mestre, a parte do tesouro que couber ao cônjuge como inventor (arts. 607 e 609) entra para a comunhão.<sup>123</sup> *Washington de Barros Monteiro* esclarece que, na categoria dos bens adquiridos por fato eventual, se incluem todos os ganhos provenientes de fatos eventuais ou fortuitos, como jogo, aposta, loteria, rifa, invenção, aluvião e avulsão.<sup>124</sup> A este elenco, podemos acrescentar os bens adquiridos pela usucapião, se a posse teve o seu início depois do casamento (v. arts. 550 a 553 e 618, 619, do Código Civil).

Já vimos que são excluídos da comunhão os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, por doação ou por sucessão (art. 269, I). A regra é a incomunicabilidade dos bens que cada cônjuge adquire a título *gratuito*.

Mas, é lógico, entram na comunhão os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 271, III).

Com a acuidade de sempre, *Pontes de Miranda* expõe que é escusada a regra do art. 271, III,

"porquanto tais bens não são comunicáveis: tais bens são de um e de outro cônjuge, não em virtude de direito de família, mas em virtude de direito das obrigações, ou de direito das sucessões."<sup>125</sup> Sendo a doação feita, conjuntamente, ao marido e à mulher, incide o art. 1.178 do Código Civil: "Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual".

O parágrafo único do art. 1.178 projeta-se para o Direito Sucessório e, como adverte *Agostinho Alvim*, enuncia uma regra que tem sido deslembrada na maioria dos inventários.<sup>126</sup>

Realmente, reza o aludido parágrafo único do art. 1.178: "Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente".

Este dispositivo altera a sucessão hereditária. A parte do cônjuge co-donatário que falece em primeiro lugar não passa a seus herdeiros legítimos e testamentários, mas ao cônjuge sobrevivente. *Agostinho Alvim*<sup>127</sup> observa que é freqüente o cônjuge sobrevivo declarar no inventário, para o fim de ser partilhado, um bem doado ao seu casal, seja pelos pais, seja por estranho, quando é certo que, em face da lei, o referido bem não teria que ser inventariado, visto que pertence exclusivamente ao cônjuge sobrevivo.

O aludido parágrafo único supõe doação conjunta, doação aos dois cônjuges.

Julgando o REsp. nº 6.358 - São Paulo, em 29 de abril de 1991, a Terceira Turma do STJ, por unanimidade, Relator Min. *Dias Trindade*, decidiu que o parágrafo único do art. 1.178 do Código Civil somente tem aplicação quando figurarem como donatários ambos os cônjuges. Quando, no entanto, somente um deles aceitou a doação, a comunicabilidade do bem, por força do regime da comunhão (universal) de bens, conduz à inclusão do bem doado no monte hereditário, para a composição da meação e das legítimas dos herdeiros, em caso de morte de qualquer dos cônjuges.

Ressalte-se que, se for o caso de casamento pelo regime da comunhão parcial, e a doação favorece, somente, a um dos cônjuges, o parágrafo único do art. 1.178 não se aplica, é claro, e o bem doado não entra na comunhão, sendo de propriedade exclusiva do cônjuge-donatário.

O art. 271, IV, dispõe que entram na comunhão as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

Benfeitorias são as obras ou despesas feitas na coisa, com o objetivo de conservá-la, melhorá-la, ou embelezá-la.<sup>128</sup> Classificam-se em voluptuárias, úteis e necessárias (Código Civil, art. 63). O Projeto de Código Civil (nº 634/75), externando boa doutrina, dispõe, no art. 97: "Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor", o que consta no Código vigente, art. 64.

Por que entram na comunhão as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge? O legislador pressupõe que, na constância da sociedade conjugal, as obras ou despesas feitas na coisa foram resultado do trabalho, da colaboração mútua, do esforço comum do casal.

Os frutos civis dos bens comuns entram na comunhão, bem como os frutos dos bens particulares de cada cônjuge, em ambos os casos, desde que percebidos na constância da sociedade conjugal, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos (art. 271, V). Analisando este dispositivo, *Sílvia Rodrigues* explica que só os bens, ou seja, o capital, é que constituem o patrimônio incommunicável do cônjuge:

"A escolha do regime da comunhão parcial visa, justamente, impedir a confusão do patrimônio atual e obter a confusão dos ganhos futuros. De modo que é absolutamente lógico e conseqüente o princípio segundo o qual os frutos produzidos pelos bens de cada qual dos cônjuges se comunicam."<sup>129</sup>

Por último, o art. 271, inciso VI, diz que entram na comunhão os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos. Este dispositivo está em contradição com os arts. 263, XIII, e 269, IV.

A Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) acrescentou o inciso XIII ao art. 263, determinando que, no regime da comunhão universal, são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.

Se ambos os artigos (263, XIII, e 271, VI) estivessem vigorando, simultaneamente, teríamos que, no regime da comunhão universal, não *se comunicam* os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, ao passo que, no regime da comunhão parcial tais frutos *entrariam na comunhão*.

O descuido e desatenção do legislador de 1962 são evidentes. E o intérprete tem de resolver o problema.

O art. 269, IV, foi introduzido, igualmente, pela Lei nº 4.121/62, estabelecendo que, além dos casos antes enumerados no art. 269, I a III, são excluídos da comunhão parcial os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal. Dentre esses, estão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.

A nosso ver, o art. 271, VI, está revogado, implicitamente, pois entrou em rota de colisão com os ditames da lei nova (Lei nº 4.121/62). Na forma da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, a lei posterior revoga a anterior, quando com ela seja incompatível.

#### **15.4 Incomunicabilidade dos bens cuja aquisição tiver por título causa anterior ao casamento**

No seu clássico *Direitos de Família*<sup>130</sup>, apoiando-se *em Lobão* (Not, a Melo, L. 2, T. 8, § 10, nº 14), *Lafayette Rodrigues Pereira* enunciou que "Não se consideram *aqüestos* conjugais e pois não se comunicam, os bens cuja aquisição tem por título uma causa anterior ao casamento".

Não havia proposta no Projeto Beviláqua equivalente a esta lição, mas, inspirado na mesma, o Senado aprovou emenda que redundou no art. 272 do Código Civil, que edita: "São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento".

Segundo alguns autores, a norma é obscura, ponderando *Carvalho Santos* que diria melhor o Código se assim estivesse redigido: "são incomunicáveis os bens cuja aquisição se realize na constância do casamento, porém, por título anterior."<sup>131</sup> Não obstante, o Projeto de Código Civil (nº 634/75) repetiu, literalmente, o art. 272 do Código vigente.

Alguns exemplos podem esclarecer o preceito: se um dos cônjuges vendeu um bem antes do casamento, sob condição resolutiva, e esta se verifica na constância da sociedade conjugal, o bem fica incomunicável. O mesmo ocorre se, ainda solteiro, um dos cônjuges prometeu comprar um bem, pagando o preço a prestações, e recebendo a escritura definitiva já no estado de casado. Igualmente, não entra na comunhão o bem adquirido pela usucapião, fundada em posse que teve o seu início *antes* do casamento. Idem, as prestações de venda realizada por um dos cônjuges em data anterior ao matrimônio (cf. art. 1.348 do Código Civil espanhol), e os bens comprados, pelo marido ou pela mulher, antes do casamento, com reserva de domínio.

*Carvalho Santos*<sup>132</sup> e *Antônio José de Souza Levenhagem*<sup>133</sup>, em contrário ao nosso entendimento, opinam que, se a pessoa prometeu comprar, por escritura, determinada propriedade, vindo a contrair casamento, quando vem receber a escritura definitiva, tal bem se comunica, pois, embora a causa da compra seja anterior às núpcias (a promessa de compra e venda), o título aquisitivo foi obtido já na constância do casamento, e se trata de título oneroso.

Achamos, data venia, que os ilustres mestres estão muito presos ao sentido técnico jurídico do "título de aquisição". No Código, a nosso ver, a expressão está empregada como negócio que deu origem à aquisição, ato jurídico (*lato sensu*) que produz a aquisição do bem. O momento da aquisição, o *fator temporal* é que sobreleva para o deslinde da questão.

Entendemos que basta que o título seja apto, idôneo, hábil para servir de base ou de fundamento para a futura transmissão da propriedade, e a promessa de compra e venda - que gera uma obrigação de fazer - é suficiente para tal. Aliás, tanto quanto seria a própria escritura de compra e venda, produzindo uma obrigação de dar, com eficácia, portanto, meramente obrigacional.

Se quisermos levar o rigor a seu extremo, considerando que, em nosso sistema, a transmissão da propriedade não ocorre só por força do contrato de compra e venda, porém, pela transcrição (registro) do título de transferência no Registro de Imóveis (arts. 530, I, 533, 620, 676 e 1.122 do Código

Civil), se alguém celebrasse contrato de compra e venda de um imóvel, no estado de solteiro, vindo a casar e, só então, registrasse a escritura, o bem se comunicaria. Ninguém haveria de defender esta solução.

Observe-se, ainda, que, no Direito brasileiro, o compromisso de compra e venda, desde que irrevogável, e registrado no Registro de Imóveis, atribui *direito real* ao promitente comprador, podendo este requerer, judicialmente, a adjudicação compulsória, já tendo o STJ, desviando-se da posição mais rígida que tinha assumido o STF (Súmula nº 167), definido que a adjudicação compulsória não depende mais do registro imobiliário do contrato (REsp nº 9.945-SP, 4ª Turma, Rel. Min. *Athos Carneiro*, DJ de 30/09/91, p. 13.492).

A lição do Mestre *Orlando Gomes* sobre a matéria espanca todas as dúvidas: "A execução do contrato de promessa irrevogável de venda efetiva-se de dois modos: 1º pela escritura definitiva de compra e venda; 2º pela sentença de adjudicação compulsória". Continua o civilista:

"Considerando-se esse. contrato *novum genus*, a escritura definitiva, forma pela qual se executa, não é instrumento de outro negócio jurídico, conquanto corresponda, no contexto, a um contrato de compra e venda. Configura, realmente, *um ato devido*, expressando adimplemento de obrigação oriunda de contrato no qual o intento negocial das partes foi definido e atribuição patrimonial determinada. Nessa escritura, a vinculação do contrato de compromisso de venda patenteia-se como seqüência necessária, de tal sorte que - para exemplificar - se entre o momento da conclusão da promessa e o da assinatura do instrumento público definitivo ocorrer o casamento do promitente-vendedor, a outorga do cônjuge não é exigível, nem lhe assiste direito a promover a anulação da venda sob o fundamento de que faltou seu concurso."<sup>134</sup>

Obviamente, depois da genial explanação do jurista baiano, nem que quiséssemos, teríamos o que acrescentar a respeito do assunto.

O Direito Comparado avaliza a nossa conclusão: Na doutrina, por todos, indicamos *Eduardo A. Zannoni*<sup>135</sup> Vejamos a lei.

Na Espanha, o art. 1.357, I, do Código Civil prevê:

"Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. "

O art. 1.722, 1, c, do Código Civil português considera próprios dos cônjuges, no regime da comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do matrimônio por virtude de direito próprio anterior.

No art. 1.722, 2, em enumeração exemplificativa, o Código lusitano tem como adquiridos por virtude de direito próprio anterior, "sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao patrimônio comum":

"a) os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimônios ilíquidos partilhados depois dele; b) os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento;

c) os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade;

d) os bens adquiridos no exercício de direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento."

No Chile, *Andrés Bello*, autor do Projeto que redundou no Código Civil, promulgado em 14 de dezembro de 1855, dispôs no art. 1.736 do aludido Código que o bem adquirido durante a sociedade conjugal não pertence a ela, mesmo que tenha sido adquirido a título oneroso, quando a causa ou título da aquisição tenha precedido à sociedade.

*Vélez Sársfield*, nesta matéria, não seguiu o *Esboço, de Teixeira de Freitas*, mas o Código chileno, estatuinto o art. 1.267 do Código Civil argentino:

*"La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges. "*

O título (ou causa) anterior à celebração do matrimônio é que determina a titularidade do direito de propriedade, e não os fundos empregados na aquisição do bem. Noticia Guillermo A. Borda que esta solução era aceita, pacificamente, pela jurisprudência, quando uma decisão da Sala E da Câmara Civil da Capital inovou a questão, ao decidir que tinha caráter de comum um bem adquirido por compromisso de compra e venda antes do matrimônio, por um dos cônjuges, quando a escrituração se havia feito após o casamento e se havia pago também depois uma parte muito maior do preço, parecendo ao autor que a decisão contraria o disposto no art. 1.267 e introduz um fator de dúvida num problema que, até então, tinha uma solução clara, ponderando:

*"La circunstancia de que la mayor parte del precio se haya pagado con posterioridad al matrimonio, todo lo que hace surgir es un mayor derecho a recompensas en favor del otro cónyuge "*<sup>136</sup>

### 15.5 Situação dos bens móveis

Em sua redação original, o art. 273 do Código Civil previa:

"No regime da comunhão parcial, os contraentes farão, especificadamente, no contrato antenupcial, ou noutra escritura pública anterior ao casamento, a descrição dos bens móveis que cada um leva para o casal, sob pena de se considerarem como adquiridos". Argumenta *Clóvis* que é razoável que se dispense o inventário prévio dos imóveis, cuja translação, por atos entre vivos,

consta do registro, e por atos *mortis causa* constam do respectivo processo. Como os móveis não se acham na mesma situação, diz o Mestre, devem ser minuciosamente inventariados, no pacto antenupcial ou por outra escritura pública, sob pena de se considerarem adquiridos.<sup>137</sup>

Tratava-se de uma presunção legal *juris tantum*, mas, para elidi-la, exigia-se prova limitadíssima: os bens móveis só deixavam de ser considerados comuns se estivessem descritos, especificadamente, em documento anterior ao casamento (contrato pré-matrimonial ou outra escritura pública), demonstrando-se, assim, que eram de propriedade de cada um dos nubentes.

A Lei nº 4.121/62 modificou a redação do art. 273, que ficou assim: "No regime da comunhão parcial presume-se (sic) adquiridos na constância do casamento os móveis, quando não se provar com documento autêntico, que o foram em data anterior."

Há uma nítida diferença entre os dois textos: pela redação primitiva, os bens móveis que não estivessem descritos em escritura pública anterior ao casamento eram tidos por bens comuns. Pelo dispositivo vigente, permanece a presunção de que os bens móveis são comuns, de que foram adquiridos na constância da sociedade conjugal, mas esta presunção pode ser afastada, agora, com menor dificuldade, desde que se prove, com documento autêntico, que foram adquiridos por qualquer dos cônjuges em data anterior ao casamento, podendo servir para tal os recibos, faturas, notas de venda, etc.

Os bens móveis de caráter personalíssimo, estritamente individuais, não estão incluídos na presunção do art. 273, pois são próprios, obviamente. Tanto no regime da comunhão universal, quanto no da comunhão parcial, estão excluídos da comunhão as roupas de uso pessoal (paletós, vestidos, sapatos, etc.), as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo (ou pela esposa, também), os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família (art. 263, IX c/c art. 269, IV). Em caso de separação, não teria sentido ou razão que tais bens fossem divididos com o outro consorte, nem que sejam levados a inventário pela morte do outro cônjuge.

O que o art. 273 compreende, para exemplificar, são automóveis, jóias (salvo as esponsalícias, antes citadas), lanchas, gravadores, geladeiras, televisores, computadores, mobília, telefones, aparelhos de ar refrigerado, aparelhos de som, obras de arte, antigüidades, etc.

Mas o caso concreto pode ensejar dúvidas e caberá ao juiz decidir. Se o marido vive de copiar textos, a máquina de escrever é instrumento de trabalho; se a mulher é costureira, a máquina de costurar também o é.

## 15.6 Administração dos bens

Quanto à administração dos bens do casal, vale dizer, dos bens comuns, o Código decidia que ela competia ao marido, "e as dívidas por este contraídas obrigam, não só os bens comuns, senão, ainda, em falta destes, os particulares de um e outro cônjuge, na razão do proveito que cada qual houver lucrado" (art. 274).

Por força do art. 275, a disposição do art. 274 era aplicável às dívidas contraídas pela mulher, "nos casos em que os seus atos são autorizados pelo marido, se presumem sê-lo, ou escusarem autorização (arts. 242 a 244, 247, 248 e 233, IV)".

Ao analisarmos a questão dentro do regime de comunhão universal, opinamos que esta primazia, que tal ascendência conferida ao varão reflete uma concepção já ultrapassada, tanto social quanto juridicamente, e não encontra respaldo na Carta Magna. Insistimos: estão revogados, por incompatibilidade radical com o princípio da igualdade, marcadamente proclamado na Constituição de 1988, todos os preceitos da legislação infraconstitucional que discriminam a mulher, conferindo direitos, prerrogativas, privilégios, vantagens ao marido, em razão do sexo.

O marido não é mais o chefe da sociedade conjugal e nem se pode considerá-lo o administrador soberano dos bens comuns e, até, dos bens da esposa, como se esta ainda fosse pessoa relativamente incapaz, criatura débil e imbele, submetida ao poder marital.

Não se pode ler e interpretar o Código, para acomodá-lo à Lei Fundamental, senão garantindo que cada cônjuge administrará os seus respectivos bens, e ambos - em pé de igualdade - administrarão os bens comuns, ressalvados os casos de alienação e oneração, em que a participação conjunta é exigida (cf. arts. 235 e 242).

Mas renovamos a crítica ao legislador ordinário, que, até o momento, não editou a reforma do Direito de Família, absolutamente necessária e urgente, para que as questões fiquem bem resolvidas, não dando ensejo a perplexidades, vacilações, interpretações disparatadas - conforme o espírito progressista ou passadista de cada um -, que só contribuem para a insegurança do Direito.

### **15.7 Dívidas anteriores e posteriores ao casamento**

Com relação a dívidas, temos de concluir, desde a Lei nº 4.121, de 1962, agora, diante dos termos da Constituição Federal, além das normas codificadas (algumas delas devidamente adaptadas à nova ordem jurídica), que não se comunicam as obrigações e dívidas *anteriores ao* casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum (*supra*).

As dívidas *posteriores* ao casamento são comunicáveis se tiverem sido contraídas a benefício da família; se foram tomadas, conjuntamente pelos cônjuges; ou se foram assumidas por um dos cônjuges, com o consentimento do outro.

Pelas dívidas comuns, responde o patrimônio comum, e, na falta deste, o patrimônio particular de cada cônjuge.

Na hipótese de um dos cônjuges contrair uma dívida, que não seja no interesse da família, ou a benefício do casal, responderá com seus bens, particulares e com os bens comuns, mas até o limite de sua meação, conforme o art. 3º da Lei nº 4.121/62, que se aplica a qualquer regime de bens em que haja a possibilidade de haver bens comuns (*supra*).

### **15.8 Regime supletivo dispensa pacto antenupcial**

Sendo o regime legal, supletivo, não há necessidade de os nubentes celebrarem pacto antenupcial estatuinto que o regime de bens do casamento será o da ... comunhão parcial. Estaria caracterizada superfetação, redundância, autêntico bis in *idem*.

Os nubentes, porém, podem querer casar sob o regime da comunhão limitada, com algumas modificações ou alterações no modelo legal. Com base no princípio de que é lícito aos pactuantes estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, desde que não prejudiquem os direitos conjugais, ou os paternos, nem contravenham disposição absoluta da lei, estão autorizados a fazer convenção pré-matrimonial, estabelecendo a comunhão parcial, limitando, restringindo, variando os dispositivos legais, para atender aos seus objetivos e interesses (v. arts. 256, 257).

Assim, podem estabelecer que entra na comunhão determinado imóvel, que está em nome de um dos nubentes, mas que vai servir de residência do casal; ou que entram na comunhão os bens que sobrevierem, a qualquer um deles, na constância da sociedade conjugal, por doação (salvo, é claro, se o próprio doador instituir a cláusula de incomunicabilidade, ou mesmo, a da inalienabilidade, que inclui a outra).

### **15.9 Extinção**

Como todo regime de bens, o da comunhão parcial começa a vigorar desde a data do casamento (art. 230). Aliás, principia no instante mesmo em que se declaram casados os nubentes, como ressalta *Pontes de Miranda*.<sup>138</sup>

E se extingue, como na comunhão universal, pela morte de um dos cônjuges, pela sentença que anula o casamento, pela separação judicial, pelo divórcio. Esta enumeração é taxativa e, para fugir de repetições desnecessárias,

remetemos o leitor ao que foi dito sobre a extinção do regime da comunhão universal (supra).

A mera separação de fato, em princípio, não determina a extinção do regime da comunhão.

Porém, está se firmando jurisprudência no sentido de não haver comunhão de bem adquirido por um dos cônjuges, em decorrência do seu trabalho e exclusivo esforço, sem nenhuma ajuda, cooperação ou colaboração do outro cônjuge, de quem o adquirente, por longo tempo, está separado de fato.

Os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de São Paulo e de Minas Gerais já tomaram decisões neste sentido, como expõe *Rodrigo da Cunha Pereira*.<sup>139</sup>

Julgando a apelação nº 8.307-1/89.981-5, o Tribunal de Minas assentou:

"Não viola o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento a negativa de meação de bens havidos na constância do matrimônio pelo cônjuge-varão, sem qualquer colaboração de sua ex-mulher, quando já caracterizado o rompimento fático do vínculo, por não haver, assim, uma sociedade conjugal a ser amparada pela lei" (DJ, 29/09/93, Rel. Des. *Campos Oliveira*).

A 3ª Câmara Cível do TJSP determinou:

"Afigura-se injusto, atingindo as raias do enriquecimento ilícito, considerar de ambos os cônjuges, dado o casamento sob regime de comunhão universal de bens, mas havendo separação de fato, o patrimônio adquirido durante relação concubinária, ainda que proveniente de loteria esportiva."<sup>140</sup>

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 593107535, em 2312194, Rel. Des. *Paudo Herdt*, deliberou: "Não se partilha imóvel adquirido antes da separação e cujas prestações foram pagas pela ex-mulher, durante muitos anos, com a verba alcançada a título de alimentos."<sup>141</sup>

A preservação de valores éticos e morais está na base dessas decisões. No regime comunitário pressupõe-se que a aquisição de um bem, na constância do casamento, é fruto do trabalho, do esforço comum, da colaboração de ambos os cônjuges. Ora, diante da separação de fato, e se um dos cônjuges adquiriu isoladamente determinado bem, com seu exclusivo esforço e trabalho, sem nenhum tipo de auxílio do outro - e, às vezes, com a colaboração da pessoa com quem passou a viver em união estável, constituindo nova família - seria uma iniquidade, realmente, que tivesse de partilhar o bem com o cônjuge, quanto se estaria prestigiando e favorecendo um autêntico enriquecimento sem causa.

No Direito de alguns países, como vimos (supra), a comunhão pode ser extinta pela separação judicial de bens, que, como o nome sugere,

depende de ação, e é determinada por sentença. Não existe, no Brasil, esta possibilidade de extinção da comunhão, conforme já expusemos.

**15.10 Comunhão de aqüestos na união estável - Usufruto do convivente sobrevivente e do cônjuge supérstite - Jurisprudência exclui do usufruto cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento era o da comunhão parcial**

Até o advento da Constituição de 1988, as relações patrimoniais entre os concubinos tinha na Súmula nº 380 do STF sua definição capital, *verbis*:

"Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

Como já dissemos em outro trabalho, esta Súmula tem por base o princípio que veda o enriquecimento ilícito. Não há razão moral ou jurídica para que um dos parceiros seja proprietário de todos os bens adquiridos durante a existência do concubinato.<sup>142</sup>

A Carta de 1988, digamos, constitucionalizou o concubinato, dispondo, no art. 226, § 3º:

"Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento."

A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição, estabelece, no art. 5º:

"Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito."

Esta regra, no fundo e na forma, guarda íntima semelhança com as normas do Código sobre o regime da comunhão parcial no casamento. Salta aos olhos, com toda a evidência, que o legislador quis estender o modelo da comunhão dos aqüestos às uniões estáveis, e, sem afirmar que o estava fazendo, conferiu aos conviventes um regime de bens.

Refletindo o atual estágio do Direito brasileiro, que, de forma mais segura e concludente, garante o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, o art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.278/96, decide que a administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito (*supra*).

A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Em alguns aspectos, foi derogada pela Lei nº 9.278/96, estando em vigor, todavia, seu art. 2º, que dispõe:

"As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança." Alterou-se a ordem da vocação hereditária, mencionada no art. 1.603 do Código, incluindo-se o(a) companheiro(a) na frente dos colaterais.

O usufruto concedido aos companheiros, nos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 8.971/94, é cópia do usufruto vidual, conferido aos cônjuges, na forma do § 1º do art. 1.611 do Código Civil, com a redação da Lei nº 4.121/62, e que alguns denominam legado *ex lege*.

O § 1º do art. 1.611 tem recebido atenuações da jurisprudência. O citado dispositivo menciona o cônjuge viúvo, "se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal", mas a jurisprudência tem excluído o usufruto no caso de comunhão de aqüestos. Em 25 de abril de 1994, julgando o REsp nº 34.714-6-SP, a 4ª Turma do STJ, Rel. Min. *Barros Monteiro*, decidiu;

"Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob o regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto vidual, previsto no art. 1.611, § 1º, do Código Civil."

No acórdão, mencionou-se precedente do STF, em que foi relator o Ministro Rafael Mayer.<sup>143</sup>

No REsp. nº 37.168-6-SP, em 29 de agosto de 1994, a 4ª Turma do STJ, Rel. Min. *Antônio Torreão Braz*, assentou;

"O direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo consorte, na forma do art. 1.611, § 1º, do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 4.121/62, é privativo do cônjuge casado sob o regime de separação de bens."

Considerando que o usufruto vidual é benefício concedido com o objetivo de assegurar a manutenção do cônjuge sobrevivente, tendo, uma finalidade assistencial, o STJ, 4ª Turma, em 30 de maio de 1994 Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, deliberou;

"A cônjuge supérstite, que fora casada com o *de cujus* em regime de separação de bens (art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC), não tem direito ao usufruto legal (art. 1.611, § 1º, do CC), se contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles."

Esta digressão serve para mostrar que, no tocante a este aspecto, a lei especial conferiu mais direitos aos conviventes do que aos cônjuges, sobretudo, se considerarmos as correções e limitações que os tribunais têm imprimido ao § 1º do art. 1.611 do Código Civil.

## 16 REGIME DA SEPARAÇÃO

No Brasil, o regime da separação de bens é convencional, ou seja, vigorará se os nubentes o tiverem escolhido, através de pacto antenupcial. Mas é, também, regime legal obrigatório, imperativo, no caso de casamento de pessoas mencionadas no art. 258, parágrafo único. Já abordamos o tema (supra).

Assim, em nosso Direito, o regime de separação se origina da vontade das partes (convencional) ou de imposição da lei (obrigatório). Na Inglaterra, com as transformações que começaram com o *Married Women's Property Act*, de 18 de agosto de 1882, passando pelas reformas de 1935 e 1964, o regime legal de bens do casamento é o da separação. E, de modo geral, isto ocorre nos países da *common law* - Escócia, Irlanda, Irlanda do Norte, Canadá (fora de Québec e das províncias de Direito latino, bem entendido).

Nos Estados Unidos da América do Norte, na maioria dos estados, o regime legal é o da separação. Na Austrália, o regime legal é o da separação.

No Oriente Médio, de Direito muçulmano, por influência islâmica, o regime legal é o da separação, mas a Turquia, secularizada, e europeizada por *Mustafá Kemal Atatürk*, em 1927, adotou o ZGB - Código Civil Suíço.<sup>144</sup>

No Japão e na Áustria, para citar mais dois países, o regime legal é o da separação.

Na Itália, o Código Civil, de 1865, estabeleceu como regime legal o da separação de bens, o que veio repercutir, intensamente, na formulação da jurisprudência brasileira de que, nesse regime, os aqüestos se comunicam, para atender questões relativas a casais de imigrantes italianos, que enriqueceram em nosso País, mas, como os bens constavam, geralmente, em nome do marido, nos casos de dissolução da sociedade conjugal, as mulheres ficavam na miséria, embora tivessem, nos campos, nas fábricas, na luta cotidiana pela vida, colaborado, decisivamente, para a formação do patrimônio.

O Código Civil italiano, de 1942, manteve como regime legal o da separação de bens. Porém, a Lei 151, de 19 de maio de 1975, que reformou o

Direito de Família, alterou o art. 159 do Código, determinado como regime legal o da comunhão de adquiridos, conforme regulado nos arts. 177-197 do *Codice Civile*.

No regime da separação absoluta de bens, como o nome indica, cada cônjuge é dono exclusivo de seus próprios bens, tanto dos bens que tinha por ocasião da celebração do casamento, quanto dos que lhe sobrevierem, na constância da sociedade conjugal, a qualquer título. Não existe, pelo menos, por força de normas de Direito de Família, um patrimônio comum.

Por extensão, os frutos e rendimentos dos bens (aluguéis, juros, etc.) são de propriedade exclusiva do respectivo dono.

Cada cônjuge administra - sem ingerência do outro - os bens particulares.

Além dos poderes de administração, no sentido estrito, cada cônjuge pode alienar, livremente, seus bens móveis.

Quanto aos imóveis, o vetusto princípio que vigora no direito pátrio é o de que eles só podem ser alienados ou gravados de ônus reais, mediante *outorga*, uxória ou marital, isto é, com o consentimento da mulher ou do marido, conforme o caso, qualquer que seja o regime de bens (Código Civil, art. 235, I, e 242, I).

A razão da lei, facilmente se revela, explica *Clóvis*; "Os imóveis podem oferecer uma base mais segura ao bem-estar da família ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura."<sup>145</sup>

Temos dito que o casamento, fundando uma sociedade conjugal, é uma associação financeira, determina conseqüências pecuniárias, enseja um estatuto patrimonial básico, independentemente do regime de bens. A norma em questão quer resguardar o patrimônio familiar, as expectativas dos filhos, pressupondo que a participação de um dos cônjuges nos negócios do outro, com relação a imóveis, é fator de segurança e garantia para a estabilidade econômica do casal e da prole.

Em muitas legislações estrangeiras adota-se a mesma solução, com exigências especiais para a oneração e alienação de imóveis. *Georges Ripert* e *Jean Boulanger* observam que os autores do *Code Civil* redigiram as regras dos diferentes regimes matrimoniais considerando os bens que, em 1804, compreendiam a fortuna dos esposos, e prestaram particular atenção à sorte dos imóveis. Hoje, dizem os professores da Faculdade de Direito de Paris, é preciso aplicar as regras legais a bens móveis de diferente natureza e que, muitas vezes, têm uma importância muito maior do que a dos imóveis, concluindo que a estrutura tradicional dos regimes matrimoniais de bens foi sacudida por estas novas formas de riqueza mobiliária.<sup>146</sup>

É inteiramente procedente esta lição. Não só porque, na economia moderna, grandes fortunas - talvez, as maiores - são integradas por bens móveis, como pela circunstância de que, em países pobres, todo o patrimônio de largas faixas da população se resume em alguns bens móveis.

Cada cônjuge é responsável exclusivo pelas dívidas que contrair. Nem ativo nem passivo se comunicam, no regime da separação. E só os bens do devedor podem ser executados para pagamento das obrigações por ele assumidas.

Há a possibilidade de a dívida ter sido contraída para atender necessidades e encargos do casal, da comunidade familiar. Já não se pode afirmar que o débito é pessoal. Se reverteu em benefício da família, se lucrou a sociedade conjugal, até para não incentivar um enriquecimento ilícito, a dívida assumida por um dos cônjuges, neste caso, pode ser cobrada de ambos, respondendo o cônjuge que não assumiu diretamente a obrigação, inclusive com o seu patrimônio pessoal, na proporção do proveito que obteve.

Vimos que no regime da comunhão universal forma-se uma massa patrimonial comum, indivisa, e cada cônjuge é titular da metade ideal. Sabemos que no regime da comunhão parcial há a possibilidade de haver três massas patrimoniais, integradas, respectivamente, pelos bens do marido, pelos bens da mulher e pelos bens que entram na comunhão. Na separação de bens, em regra, não se forma massa comunitária, havendo autonomia e independência entre o patrimônio da mulher e o do marido.

No Direito brasileiro, entretanto, inseriram-se alguns elementos que comprometem a pureza desse regime, o que pode, inclusive, causar surpresas e transtornos a quem não estiver suficientemente alertado e bem informado das sutilezas do sistema legal.

Antes do Código Civil, *Lafayette Rodrigues Pereira* ensinava que o pacto de simples separação de bens traz como consequência a incomunicabilidade de todos os bens que cada um dos cônjuges possui ao tempo do casamento, complementando o insigne civilista, com a concisão e clareza de estilo que lhe são peculiares: "comunicam-se, porém, os frutos e rendimentos deles provenientes e os *adquiridos* na constância do matrimônio, não havendo cláusula expressa em contrário."<sup>147</sup>

No Esboço, *Teixeira de Freitas* definiu que são aqüestos conjugais os bens que cada um dos cônjuges ou ambos adquirirem na constância do casamento por qualquer título, que não seja o de doação, herança ou legado, estabelecendo o art. 1.345 do monumental *Esboço* do Código Civil, editado entre 1860 e 1865:

"Ainda que se tenha estipulado o regime de separação, ou regime dotal, quaisquer que sejam seus pactos ou cláusulas, os aqüestos

conjugais não deixarão de ser comunicáveis, a menos que no contrato de casamento não haja declaração expressa em contrário."

*Clóvis Beviláqua*, no Projeto de Código Civil, não ofereceu disposição semelhante, mas, na Comissão dos 21, na Câmara, o relator, *Anísio de Abreu*, apresentou emenda que redundou no atual art. 259 de nosso Código, que enuncia:

"Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento."

Por força deste dispositivo, devemos ficar atentos para a circunstância de que temos dois tipos de regime de separação de bens: a separação pura, total, absoluta, e a separação limitada, simples, parcial.

A separação é absoluta quando os nubentes celebram pacto antenupcial, estabelecendo a separação de bens, mas não se limitando a dizer isto, tendo que, inequivocamente, demonstrar que a separação abrange os bens presentes, como os bens que futuramente vierem a adquirir, gratuita ou onerosamente.

Assim sendo, têm os nubentes que declarar seu desejo de casar sob o regime da separação total ou absoluta, ou especificar que a separação abrange os bens presentes e futuros, que compreende os aqüestos, ou fórmula semelhante que torne indiscutível a pretensão;

Caso contrário, se os nubentes disserem na convenção pré-matrimonial que vão casar no regime da separação, silenciando quanto aos bens futuros, incide o traiçoeiro art. 259. Na verdade, a separação será parcial, os princípios da comunhão vão se aplicar aos aqüestos e serão comunicáveis os bens que forem adquiridos, onerosamente, na constância da sociedade conjugal.

No final das contas, se as pessoas celebrarem contrato antes do casamento, escolhendo o regime de separação de bens, sem dizer mais nada, estarão, realmente, casando pelo regime da comunhão parcial. Não teriam precisado fazer pacto - com toda solenidade, formalidade, aborrecimento, perda de tempo, despesas - para que isto ocorresse, dado que este regime é o supletivo (art. 258, *caput*), e incidiria, de qualquer maneira.

A solução não foi certa, afirma *Pontes de Miranda*:

"Quem diz adotar o regime da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Código Civil não se reporta, *se bem que o permita*. Mas dada a uniformidade da jurisprudência, os nubentes prestem toda a atenção às conseqüências do que escolhem: se não dizem 'separação absoluta', 'separação de todos os bens, presentes e futuros', 'completa separação', 'separação dos bens que levam e dos adquiridos', etc., só impõem, segundo a jurisprudência, separação aos bens que têm no momento de se casarem."<sup>148</sup>

O Projeto de Código Civil (nº 634/75) não tem proposição semelhante à do art. 259 do Código, mas não deixou a situação bem clara e a salvo de quaisquer dúvidas, pelo que apresentamos sugestão para alteração do texto projetado.<sup>149</sup>

Questão muito interessante foi debatida no STF, há muitos anos, referente à interpretação de qual seria o regime de bens de um casal que havia feito pacto antenupcial de separação de bens (sem dizer que era total, sem mencionar que era absoluta). Pela regra do art. 259, tal separação só diria respeito aos bens presentes, comunicando-se os bens que, futuramente, cada cônjuge viesse a adquirir, onerosamente.<sup>150</sup>

Ocorreu, no caso concreto, que os nubentes não *tinham* bens imóveis ao tempo do casamento, embora os tivessem adquirido, na constância da sociedade conjugal.

A considerar-se, textualmente, o art. 259, houve silêncio dos contraentes quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Porém, se prestarmos atenção para o art. 85, e obedecermos à sua prescrição, de que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem, não podemos ter a mais mínima dúvida de que os nubentes estavam estatuindo para o futuro, pela singela razão de que eles não tinham bens imóveis ... no presente. Não se pode deixar de concluir, com toda a tranqüilidade e segurança, que aquelas pessoas estavam determinando para a época posterior à celebração do casamento, prevendo a possibilidade futura da aquisição de bens, pois não tinham nada antes do matrimônio.

Transformar este pacto de separação em regime de comunhão, pela comunicação dos aqüestos, não seria interpretar a lei com inteligência e espírito de justiça. *Summum jus, summa injuria*, bradaria Cícero, redivivo; e devemos julgar humanamente as coisas humanas, como já disse um jurista francês, dando-se interpretação sociológica, progressista e democrática às leis, para que, afinal, apliquemos direito o Direito.

O art. 276 do Código afirma que, no regime da separação, permanecerão os bens de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele. Esta solução - intuitiva, racional, lógica - representa, não obstante, um avanço com relação ao direito anterior, quando ao marido cabia, como chefe da sociedade conjugal ou cabeça-de-casal, qualquer que fosse o regime de bens do casamento, a administração de todos os bens, particulares da mulher, inclusive.<sup>151</sup> Pelo Código Civil português anterior, de 1867, igualmente, embora estabelecido o regime de separação, a administração dos bens próprios da mulher competia ao marido (art. 1.189).

No art. 277, nosso Código dispõe que a mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na

proporção de seu valor, relativamente aos do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial.

A emancipação social, econômica e jurídica da mulher, o novo *status* que ela conquistou na sociedade moderna confere-lhe direitos e faculdades outrora inimagináveis. Mas o princípio da igualdade implica a contrapartida de deveres.

Depois da Constituição de 1988, a não ser que se queira fingir que ela não foi editada, ou que não ocorreram as profundas reformas que ela determinou, não se pode ler o Código Civil brasileiro como se ele ainda afirmasse que compete ao marido, como chefe da sociedade conjugal, representar legalmente a família, administrar os bens comuns e os particulares da mulher, fixar o domicílio da família, prover a manutenção da família (art. 233). Não tem o marido a "obrigação" de sustentar a mulher, nem, muito menos, tal dever cessa quando a mulher abandonou, sem justo motivo a habitação conjugal, e, "insubmissa e desobediente" a esta se recusa a voltar (art. 234).

Na forma e no fundo, tudo isto é deprimente, romantismo tardio, retrato de um tempo, absoluta e irremediavelmente, superado. Ainda se encontra no texto do Código, é verdade, mas representa simples tinta e papel. Deixou de ser regra, não é mais preceito, nem é norma, muito menos, princípio; e, somente, uma terrível omissão do legislador infra-constitucional explica (mas não justifica) que, quase uma década depois da promulgação da Carta de 88, ainda não se tenha feito a reforma global e sistemática do Direito de Família brasileiro.

Pelo casamento, qualquer que seja o regime de bens, num plano de igualdade, ditado constitucionalmente, homem e mulher, marido e esposa são responsáveis, mutuamente, na proporção de seus haveres, de suas disponibilidades, de suas possibilidades, pelos encargos e despesas da família, pela manutenção do lar, pela guarda, sustento e educação dos filhos.

Portanto, a regra do art. 277, editada em 1916, neste limiar do terceiro milênio, tem de ser interpretada como aplicável a todos os casamentos, independentemente do regime de bens, como norma básica e fundamental do estatuto patrimonial primário dos cônjuges.

Já dissemos que, em regra, no regime da separação convencional de bens, separação pura, absoluta, há duas massas de bens: os bens particulares da mulher; os bens próprios do marido.

Entretanto, pode haver a formação de uma massa patrimonial comum, que decorra não das relações conjugais, no sentido estrito da expressão, mas de aplicação das regras do Direito das Coisas ou do Direito das Obrigações.

Assim, não obstante serem casados sob o regime da absoluta separação, nada impede que os cônjuges, reunindo economias, comprem em

conjunto um imóvel. Nem se proíbe que alguém faça doação de uma coisa a ambos os cônjuges, em partes iguais ou desiguais.

Portanto, há a possibilidade de existir um patrimônio em *condomínio* (v. art. 623 do Código Civil).

Não se trata de *comunhão*, como a que decorre dos regimes matrimoniais de bens, mas *de compropriedade*, tanto que submetida a outras normas: cada cônjuge pode alhear a respectiva parte indivisa, bem como, a todo tempo, exigir a divisão da coisa comum.

Devemos alertar, como arremate do estudo sobre o regime convencional da separação, que, mesmo sendo absoluta ou total a separação de bens entre os cônjuges, e cada um deles o senhor, possuidor e administrador do que é seu, não se deve deduzir que não existe repercussão econômica em tal casamento.

O fato de o matrimônio estar submetido ao regime da completa separação não implica, obviamente, que não se forme uma sociedade conjugal, e, como toda sociedade, determinando relações econômicas,

No início deste livro, já dissemos que, independentemente do regime de bens, o casamento representa uma associação financeira. Há um estatuto patrimonial mínimo, elementar e necessário entre o homem e a mulher que decidem unir as suas vidas e seus destinos, constituindo uma família.

Aliás, nem precisam ser casados formalmente, pois esta associação, que sempre gera efeitos econômicos, também se verifica entre os concubinários (ou "concubinos", como se tem preferido chamar), e, até, entre pessoas do mesmo sexo que, rendendo-se aos apelos de sua natureza, e atendendo a sua opção sexual, têm vida em comum, estando em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.151, de 1995, de autoria da deputada *Marta Suplicy*, com o objetivo de disciplinar a "parceria civil", protegendo os direitos de propriedade e sucessão entre os conviventes homossexuais, prevendo-se, inclusive, usufruto para o parceiro sobrevivente, à semelhança do usufruto vidual e do usufruto do companheiro sobrevivente, na união estável. Estabelece, ainda, o aludido projeto, a presunção de que o patrimônio auferido durante a parceria é comum, se for provado que houve colaboração de ambos os figurantes para a sua constituição, o que representa extensão da antiga Súmula n, 380 do STF aos casais homossexuais. E usamos a expressão casais, sem aspas, porque a origem etimológica da palavra é do latim: casa = morada, vivenda, habitação, residência, que deu origem, também, a acasalamento, casaleta, casamata, casebre, casario, caseiro, casamento, casório, descasar, e outras, permitindo, portanto, a utilização *de casais* para designar as pessoas de mesmo sexo, que vivem juntas, sob o mesmo teto, imitando a situação em que se acham

o marido e a mulher, o concubinário e a concubina, que, em regra, habitam a mesma casa.

Mas, voltando ao nosso tema específico, todo e qualquer casamento está submetido a uma série de normas que disciplinam a organização e o funcionamento da vida do lar, prevendo o atendimento de necessidades básicas, de cunho econômico, e a esse conjunto de preceitos, que se aplica de maneira idêntica a todos os casais, a doutrina chama de "estatuto patrimonial de base" ou "regime matrimonial primário" (supra), embora, em nossa literatura jurídica, apesar de sua importância, o assunto ainda não tenha recebido a atenção e o desenvolvimento que merece.

Ao dissertarmos sobre o regime obrigatório da separação de bens, mostramos que a jurisprudência estendeu à mesma o princípio contido no art. 259, editando o STF a Súmula nº 377: "No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Manifestamos nosso entendimento de que, neste caso, os aqüestos que se comunicam são os que forem adquiridos pelo trabalho conjunto, pela colaboração mútua, pelo esforço comum do casal (supra).

Já emitimos parecer, entretanto, diante de caso concreto, sustentando a comunicação dos aqüestos, mesmo em se tratando de regime *convencional* de total separação de bens, porque ficou provado que a esposa colaborou, efetivamente, para a aquisição desses bens, caracterizando-se a sociedade de fato, verificando-se o esforço comum, matéria que tem sede no direito obrigacional. Se é vedado o enriquecimento ilícito quando os parceiros são concubinários - e a construção da jurisprudência brasileira, neste aspecto, é notável, e louvável -, não enxergamos motivo para aceitar o enriquecimento sem causa quando os conviventes são ... casados.

Esta tese não viola o princípio da autonomia da vontade, consagrada no pacto antenupcial dos nubentes (Código Civil, art. 256), nem afronta a regra da imutabilidade do regime de bens entre os cônjuges (art. 230), porque a matéria não está sendo resolvida pelas normas atinentes ao regime patrimonial de bens, decorrente do casamento, mas pelos preceitos que informam a sociedade de fato.

Não se trata de atos inerentes ao cumprimento do dever de mútua assistência, de prover a manutenção da família e atender a seus encargos, mas da exploração econômica, numa *affectio societatis*, de uma conjugação de esforços, um trabalho comum em atividade lucrativa, que resulte na aquisição de bens, embora tenham sido eles colocados em nome, apenas, de um dos cônjuges. Achamos que o fato de existir um casamento celebrado sob o regime da absoluta separação de bens não afasta o multissecular princípio: *Nemo locupletari debet*

*cum aliena injuria vel jactura* (Ninguém deve locupletar-se com o dano de outrem, ou com a jactura alheia).

Analisando o art. 226 do Código, que estipula ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento contraído com infração do art. 183, XI a XVI, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro, *Pontes de Miranda* adverte que isso não quer dizer que, fora do regime matrimonial, os cônjuges não possam negocialmente pôr em comum bens, ou adquirir em comum (comunhão simples), distinguindo-se os dois patrimônios, segundo tal comunhão negocialmente estabelecida.<sup>152</sup>

Note-se que o Mestre está dissertando diante do regime de separação cogente, obrigatório, e haveria de ter maior razão, ainda, se o regime fosse contratual, pactuado. Por sinal, lecionando sobre a imutabilidade dos pactos antenupciais, o autor registra;

"A irrevogabilidade do regime de bens do casamento não obsta a que venham aos cônjuges, em partes desiguais, por força de ato de terceiro, os mesmos bens, ou só um deles os receba, a despeito da comunhão universal; nem a que, sendo de separação o regime matrimonial dos bens, ambos adquiram o mesmo ou os mesmos bens, estabelecendo-se condomínio, composesse, ou qualquer outra comunhão, ainda que tácita, não regida pelo direito de família".<sup>153</sup> Se, mesmo no regime da separação imperativo, forçoso, que tem caráter penal, feição punitiva, a jurisprudência dominante, inclusive do STF (Súmula nº 377), com base na equidade, determina que se comunicam os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, por que se haveria de pensar diferentemente no caso da separação convencional, diante da prova robusta e convincente da existência de uma sociedade de fato entre os cônjuges, sendo determinado bem adquirido com o produto do trabalho comum?

Seria apegar-se com extremado rigor à literalidade do preceito permitir que um dos cônjuges se locuplete, indevidamente, ilicitamente, imoralmente, às expensas do outro.

Entendemos, portanto, que, fora do regime matrimonial de bens, e, até, com a utilização de normas que nem estão no Direito de Família, pode haver comunhão de aqüestos. Isto ocorrerá, por exemplo, se os cônjuges - embora casados sob o regime da absoluta separação de bens - constituem uma sociedade de fato, que é regida pelo Direito das Obrigações, e a respectiva comunhão vulgar disciplinada pelo Direito das Coisas.

No Brasil, estamos diante de uma situação curiosa, que tem chamado a atenção de juristas e sociólogos: os direitos conferidos às concubinas acabaram por colocá-las, sob alguns aspectos, em situação mais vantajosa do que a esposa, casada sob o regime da separação total de bens.<sup>154</sup> A posição ficou invertida: agora são as esposas que, por analogia, invocando uma interpretação

alternativa e humanitária dos preceitos, almejam que alguns direitos das companheiras sejam estendidos às mulheres casadas, como o que determina a partilha do patrimônio adquirido com esforço comum.

Se um homem e uma mulher que vivem em união estável resolvem casar-se e celebram pacto antenupcial de separação de bens, dissolvida, futuramente, a sociedade conjugal, como fica a situação dos bens adquiridos antes do matrimônio?

As opiniões são divididas. Uns acham que o estatuído pelos nubentes, no pacto, incide sobre todos os bens, mesmo para os adquiridos anteriormente, já que isto estaria tacitamente definido pelos interessados, Outros entendem que o regime de separação de bens convencional do casamento não se projeta retroativamente, sendo possível a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum dos concubinários, ao tempo em que viviam em união estável. O Tribunal de Justiça de São Paulo tem decisões num e noutro sentido.<sup>155</sup>

Adotamos a última posição, o pacto antenupcial, por sua natureza, rege as relações patrimoniais dos *cônjuges*, nada tendo a ver com os efeitos pecuniários de concubinato existente em época anterior ao casamento. Até porque haveria o risco de um dos nubentes impor o pacto de separação ao outro, justamente para locupletar-se dos bens adquiridos outrora, pelo esforço comum de ambos, embora constassem tais bens em nome, apenas, de um dos parceiros.

Coerentemente, se ex-companheiros casam sob o regime da comunhão parcial, o imóvel que era de propriedade exclusiva de um deles, adquirido antes de iniciada a vida em comum, não entra na comunhão.

## 17 OUTROS REGIMES DE BENS

### 17.1 Regime dotal

O Código Civil, nos arts. 278 a 311, disciplina, longa e minuciosamente, o regime dotal, que, no começo deste século, já representava uma velharia. A concepção patrimonialista de nosso legislador tem, neste aspecto, uma atestação evidente.

O dote é de origem romana. Em Direito romano, regra geral, a mulher era recebida na família do marido *loco filiae*, isto é, como se fosse filha, ficando submetida à *manus maritalis*, ao poder do marido, tão amplo e extenso, que incluía o *jus vitae* et necis (direito de vida e de morte). Naturalmente, a esposa não podia ter bens próprios. Todo o patrimônio tinha um único titular: o marido, o *pater familias*. Dentro deste quadro, não se pode falar na existência de um regime de bens.

Mas o casamento podia ser *sine manu*, lecionando *Sílvio Meira*:

"No fim da República e começo do Império, o casamento *cum manu* entrou em decadência, dando lugar ao casamento *sine manu*, em que a mulher não saía de sua família natural, continuando sob a ação de seu *pater* ou a tutela de seu tutor, conforme a hipótese. Não estava *loco filiae*, como no casamento *cum manu*. Se era *sui juris* os seus bens ficavam fora da ação do marido."<sup>156</sup>

No casamento *sine manu*, sendo os patrimônios separados, distintos, havia separação absoluta de bens. Mas esta situação foi amenizada, desde cedo, pela instituição do dote. O regime dotal, seguindo a lição de *José Carlos Moreira Alves*, ocorre quando a mulher (se *sui juris*), seu *pater familias* (se ela for *alieni juris*) ou um terceiro transfere ao marido bens - o dote (*dos* ou *rex uxoriae*) - para ajudá-lo na sustentação dos ônus decorrentes do matrimônio (*ad sustinenda onera matrimonii*).<sup>157</sup>

O regime dotal não ingressou em nossos costumes. Não conhecemos uma só pessoa que tenha casado sob esse regime. Participamos de três Congressos Nacionais de Notários, com a presença de centenas de tabeliães, de todas as regiões do País, fizemos a indagação, e nenhum deles, jamais, havia lavrado um pacto antenupcial instituindo o dote.

O declínio do regime dotal é conseqüência da ascensão da mulher na sociedade, de sua participação, cada vez mais efetiva, na atividade econômica, da equiparação entre ela e o marido, deixando este de ser o chefe e senhor da sociedade conjugal, nem tendo mais o dever de, sozinho, prover e atender todas as necessidades do casal.

Não há razão nem motivo para dedicar muito espaço a uma figura jurídica cuja importância é exclusivamente histórica. Daremos, apenas, um noção geral desse regime.

Como foi no Direito romano, pelo regime dotal, uma porção de bens é transferido ao marido, pela mulher ou por terceiro, para que, com os frutos e rendimentos deste patrimônio, ele atenda às despesas e encargos do lar e da família. Os chamados bens dotais têm essa destinação específica, ficam incomunicáveis.

O art. 310 de nosso Código Civil dispõe que a mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernais; não pode, todavia, alienar os imóveis (art. 276).

Parafernais (*bona parapherna*) - a palavra é de origem grega são os bens extradotais, os demais bens da esposa, que não integram o dote, bens particulares, portanto, incomunicáveis.

O Projeto de Código Civil (nº 634/75) não regulou o regime dotal. Na França, na Itália e na Espanha, com as reformas de 1965, 1975 e 1981, respectivamente, ele foi abolido como regime convencional. O Código Civil

italiano, art. 166-bis, é radical: *Divieto di costituzione di dote - È nulla ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione di beni in dote.*

Em Portugal, o Código Civil de 1966 ainda regulou o regime dotal, arts. 1.738 a 1.752, que, no entanto, foram revogados pela reforma de 1977 (Decreto-Lei nº 496/77). A partir de 1º de abril de 1978, não podem ser celebrados, naquele país, casamentos sob o regime dotal, com o entendimento de que este regime é incompatível com o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, que é uma das afirmações mais solenes da nova Constituição portuguesa.

### 17.2 Regime de participação final nos aqüestos

O Projeto de Código Civil (nº 634/75) introduz este regime, como convencional, dispendo, no art. 1.700:

"No regime de participação nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante o disposto no artigo seguinte, cabendo-lhe, todavia, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento."

Em outros sistemas, que já descrevem este regime, a participação não é nos bens adquiridos, em si; portanto, não se forma uma massa a ser partilhada, e o que ocorre é um crédito em favor de um dos cônjuges, contra o outro, para igualar os acréscimos, os ganhos obtidos durante o casamento.

O Código Civil espanhol, com as reformas de 1981, passou a regular o regime (convencional) de participação, editando, no art. 1.411:

"En *él régimen de participación* cada uno de los *cónyuges* *adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo em que dicho régimen haya estado vigente*"

O art. 1.417 dispõe que, com a extinção do regime, os aqüestos serão determinados pela diferença entre o patrimônio inicial e final de cada cônjuge. Naturalmente, o passivo entra nesta conta.

Como está regulado na maioria das legislações que o adotam, vemos que, pelo regime de participação, no momento da dissolução da sociedade conjugal, há que ser feita a apuração dos aqüestos, para que a partilha se promova. Cada cônjuge tem o direito de participação na diferença entre o patrimônio originário e o patrimônio final do outro cônjuge. Após tentar explicar, através de um gráfico, como a equação seria alcançada, *Phillipe Malaurie e Laurent Aynés* confessam. *Ce régime est trèspeu pratiqué*.<sup>158</sup>

No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge mantém, como patrimônio próprio, os bens que possuía ao casar, assim como os que vier a adquirir, isoladamente, após a realização do casamento.

Ele foi imaginado como uma fórmula transacional, como regime híbrido, misto, objetivando somar as vantagens da comunhão com as da separação. Os bens ficam separados, mas a comunicação (participação) é feita nos ganhos, nos lucros, nos sobejos, nos acréscimos.

Há muitas formas possíveis para ocorrer a participação final nos aqüestos, variando as soluções.

A origem do regime de participação nos aqüestos está no Direito costumeiro húngaro. Em seguida, foi adotado pelos países escandinavos: Suécia (onde é regime legal, desde 1920), Finlândia, Dinamarca, Noruega, embora com denominações diferentes. Na Alemanha, é o regime legal supletivo, por força da Lei de 18 de junho de 1957, que substituiu os arts. 1.363 a 1.390 do BGB.

Na França, o regime da participação nos aqüestos, como regime convencional, foi introduzido no *Code Civil* (arts. 1.569 a 1.581) pela Lei de 13 de julho de 1965, a "título experimental", como anotam *Philippe Malaurie e Laurent Aynés*.<sup>159</sup> O legislador francês regulou este regime inspirando-se no modelo alemão, que, por sua vez, afastou-se, em muitos aspectos, da lei sueca.

Dizem os irmãos *Mazeaud* que o regime de participação nos aqüestos associa, ou tenta associar, as regras de dois regimes diametralmente opostos: o regime da separação de bens e o de comunhão dos adquiridos (comunhão parcial, no Direito brasileiro). Mais exatamente, dizem os autores, este regime é, sucessivamente, de separação e de comunhão; explicando:

*"Pendant le mariage, les époux vivent comme s'ils étaient séparés de biens: Ils administrent, disposent et jouissent librement de leurs biens; à la dissolution du mariage, on crée une masse commune - une 'communauté posthume', écrivait Josserand - qui comprend tous les biens acquis par les époux pendant le mariage autrement qu'à titre gratuit, et qui est partagée entre eux, d'où le nom de 'communauté différée' parfois donné à ce régime (Durante o matrimônio, os esposos vivem como se estivessem separados de bens: administram, dispõem e desfrutam, livremente, de seus bens; com a dissolução do casamento, cria-se uma massa comum - uma 'comunhão póstuma', como escreveu Josserand - que compreende todos os bens adquiridos pelos cônjuges durante o matrimônio, exceto os havidos a título gratuito, e que se repartem entre eles, daí o nome de 'comunhão diferida' dado, às vezes, a este regime)."*<sup>160</sup>

A crítica mais constante e contundente que este regime recebe refere-se às dificuldades e complicações de sua liquidação, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. Os notários franceses mostram-se muito hostis a ele, afirmando-se que a complexidade de sua liquidação reservam-no, somente, ... aos professores de Direito.

## 18 CONTRATOS ENTRE CÔNJUGES

Uma das questões mais complexas e debatidas na doutrina estrangeira que, estranhamente, não é muito desenvolvida pelos nossos escritores, refere-se à possibilidade de serem realizados contratos entre os cônjuges.

Antes de abordarmos o problema, à luz do Direito pátrio, e darmos a nossa opinião, iremos analisar, para efeito comparativo, alguns sistemas jurídicos europeus e um sul-americano, para vermos como o tema tem sido tratado, no passado e no presente.

Na França, expõem *Philippe Malaurie e Laurent Aynés*, durante muito tempo, não se admitiu a validade dos contratos entre esposos, salvo algumas exceções; atualmente, porém, a regra é inversa: o Direito francês admite a validade de contratos entre cônjuges, salvo as exceções que resultam dos princípios gerais.<sup>161</sup>

A doação, por exemplo, no antigo Direito francês, era proibida entre cônjuges, mas o Código Napoleão permitiu-as, declarando, não obstante, que elas são livremente revogáveis (art. 1.096, al. I), aproximando este contrato do testamento.

O Direito francês anterior ao *Code Civil* vedava a compra e venda entre esposos, proibição que o Código de 1804 manteve, embora admitindo este contrato entre marido e mulher nos três casos que mencionava (art. 1.595). A Lei nº 85-1372, de 23 de dezembro de 1985, revogou o citado artigo, estando, desde então, permitida a compra e venda entre marido e mulher.

Por um longo tempo, mencionam *Henry, Léon e Jean Mazeaud*, a jurisprudência francesa, fundando-se, dentre outros motivos, na imutabilidade do regime de bens, proibiu a sociedade entre cônjuges. Pela Ordenança nº 1.258, de 19 de dezembro de 1958, que acrescentou os §§ 2º, 3º e 4º ao art. 1.841 do *Code Civil*, introduziu-se o princípio da validade das sociedades entre marido e mulher, que deve ser aplicado tanto às sociedades em que os cônjuges sejam os únicos sócios, como às que em que tenham terceiros como consócios, embora se proibisse que os esposos sejam responsáveis, ilimitada e solidariamente, em uma sociedade mercantil.<sup>162</sup>

O art. 1.832-I, al. I, do Código Civil francês, cuja redação atual foi determinada pela Lei nº 82-596, de 10 de julho de 1982, dispõe:

*"Même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale* (Mesmo que eles empreguem apenas bens da comunidade para o capital de uma sociedade, ou para a

aquisição de partes sociais, dois esposos, sozinhos, ou com outras pessoas, podem se associar e participar, em conjunto, ou não, da gestão social)."

Sobre a possibilidade de ser conferido mandato entre cônjuges, havia algumas opiniões divergentes, na França, até que interveio o legislador, em 22 de setembro de 1942, modificando o art. 218 do Código Civil, e estabelecendo como princípio o da validade de mandato geral entre os cônjuges. O art. 218, posteriormente, foi modificado pela Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965, passando a declarar: *Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue* (Um cônjuge pode conferir mandato ao outro, para representá-lo no exercício dos poderes que o regime de bens lhe atribui). Finalmente, a Lei nº 85-1372, de 23 de dezembro de 1985, acrescentou ao art. 218 o seguinte: *Il peut, dans tous les cas, révoquer librement ce mandat* (Ele pode, em todo caso, revogar livremente este mandato). Portanto, sendo esta regra de ordem pública, o mandato entre esposos é sempre revogável; a cláusula de irrevogabilidade está vedada, nesta hipótese.

Na Argentina, sobre o assunto que estamos analisando, *Guillermo A. Borda* faz uma abordagem inicial perfeita, sendo sua lição aplicável ao nosso País:

"El problema de los contratos entre esposos ha cobrado actualidad en los últimos tiempos con motivo del aflojamiento de los vínculos matrimoniales. En una unión perfecta, cuando se ha producido algo así como una fusión de personalidades, el contrato entre marido y mujer resulta inútil y casi Incomprensible. "

E conclui o emérito Professor e ex-Ministro da Corte Suprema de Justiça, daquele país:

"Pero la emancipación de la mujer, la igualdad con el marido, su participación activa en los negocios, su importante colaboración en el sostén del hogar, todo, en fin, ha confluído para poner sobre el tapete este problema. La necesidad del contrato nace de la debilidad del matrimonio. "<sup>163</sup>

O Código Civil argentino, art. 1.358, veda, terminantemente, o contrato de venda entre cônjuges, explicando *Carlos H. Vidal Taquini* que a vedação se baseia no temor de que, sob as aparências de uma venda, um cônjuge beneficie o outro, prejudicando os seus herdeiros necessários; que o contrato seja aproveitado para subtrair bens da ação dos credores; ou que um dos cônjuges se prevaleça do outro.<sup>164</sup>

Salvo a doação *propter* nupcias, as doações não se podem fazer entre cônjuges, durante o matrimônio (arts. 1.807, 1, e 1.820). O Código Civil argentino proíbe, ainda, que entre esposos sejam celebrados a permuta (art. 1.490), a cessão de crédito (art. 1.441), a locação (art. 1.494).

Sobre a locação de coisas, *Eduardo A. Zannoni* pondera que o art. 1.494 do Código argentino determina que todo o disposto sobre o preço, consentimento e demais requisitos essenciais da compra e venda são aplicáveis ao contrato de locação, e, por interpretação desta norma se tem sustentado que não é permitida a locação de coisas entre cônjuges. O autor se insurge contra este entendimento, aliás, defendido por expressivos segmentos da doutrina argentina, argumentando, em primeiro lugar, que se tem de concordar que toda incapacidade de direito ou proibição da lei deve interpretar-se com critério restritivo: *no hay incapacidades por vía analógica ni extensiva*, e este princípio geral é aplicável, sem dúvida, às incapacidades para contratar entre os cônjuges, apontando que nenhuma norma proíbe o contrato de locação entre os esposos.<sup>165</sup>

No Direito argentino, estão permitidos entre os cônjuges os seguintes contratos, além de outros: mandato, fiança, mútuo, comodato, depósito e sociedade (civil e comercial).

Na Espanha, com a reforma de 1981, o art. 1.323 do Código Civil, sem deixar margem para qualquer dúvida, prevê; *El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*. Regulando a compra e venda, o Código espanhol dedica preceito especial: "Art. 1.458; *El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente*".

Em Portugal, as doações entre casados são reguladas nos arts. 1.761 a 1.766 do Código Civil. Só podem ser doados bens próprios do doador, e os bens doados não se comunicam, seja qual for o regime de bens. Tais doações obedecem ao princípio da livre revogabilidade, portanto, podem ser revogadas a todo o tempo pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a este direito. As doações de mão comum são vedadas, isto é, os cônjuges não podem fazer doações recíprocas no mesmo ato. A doação entre casados caduca: a) se o donatário falecer antes do doador, salvo se este confirmar a doação nos três meses subseqüentes à morte daquele; b) se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulado, sem prejuízo do disposto em matéria de casamento putativo; c) ocorrendo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa, do donatário, se este for considerado único ou principal culpado. E nula a doação entre casados, se vigorar imperativamente entre os cônjuges o regime da separação de bens.

Opina Antunes Varela que os cônjuges não podem realizar entre si contratos de compra e venda, através dos quais facilmente poderiam iludir o princípio da imutabilidade, a menos que se encontrem judicialmente separados de pessoas e bens.<sup>166</sup>

Quanto à sociedade entre cônjuges, em geral, estava proibida, mas considerava-se lícita a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade

de capitais, bem como a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte (Código Civil português, art. 1.714).

Entretanto, com a entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei nº 262, de 2 de setembro de 1986), a situação passou por radical transformação, editando o art. 8º, 1, do aludido diploma: "é permitida a constituição de sociedades entre cônjuges, bem como a participação destes em sociedades, desde que só um deles assumira responsabilidade ilimitada".

Cheguemos ao Brasil. Já dissemos que a matéria não tem sido tratada com profundidade pelos nossos autores, salvo algumas exceções. A opinião clássica é a de que não pode haver contratos entre os cônjuges, e outra não poderia ser, considerando que, até há pouco tempo, a mulher era tida como relativamente incapaz, o regime legal supletivo era o da comunhão universal, a sociedade matrimonial apresentava-se hierarquizada, submetida à chefia do marido, que tinha o poder, inclusive, de administrar os bens particulares da esposa.

Diante de todas as transformações ocorridas, desde a Lei nº 4.121, de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), passando pela Constituição de 1988, que podemos chamar "Lei Áurea da Mulher Brasileira", estabelecido como regime-regra o da comunhão parcial, com a absoluta igualdade entre os cônjuges e a participação, cada vez mais saliente e ativa, da mulher na economia doméstica e social, nossa opinião é a de que, em princípio, nada impede, nada proíbe ou obsta que os cônjuges celebrem contratos entre si. Quaisquer contratos. Logicamente, a possibilidade de contratação entre os esposos dependerá do regime matrimonial de bens, e o contrato não valerá se tiver por objetivo fraudar a lei, com vistas a mudar o regime de bens, mas esta circunstância não se presume, e dependerá de prova cabal.

Afirma nosso Mestre *Caio Mário*, sobre os contratos entre esposos, que o princípio da imutabilidade do regime de bens deveria ter como consequência a interdição de realizarem os cônjuges quaisquer contratos: "Celebrando-os, poder-se-ia insinuar a fraude ao regime legal". Pondera o civilista que a proibição não pode ser considerada em termos tão severos, expondo:

"É óbvio que, no regime da comunhão universal, não tem sentido a transferência de bens de um a outro cônjuge. No da separação compulsória, a natureza do regime não a permite. Fora daí, será lícita a contratação de sociedade, a doação, a constituição de renda, o aluguel, etc., principalmente se a mulher exercer ou passar a exercer profissão autônoma."<sup>167</sup>

Dado, já, nosso entendimento de que, entre nós, regra geral, são admissíveis os contratos entre cônjuges, cabe referir alguns aspectos dos principais contratos.

O mandato é o contrato mais comum entre os esposos, utilizado com freqüência. O marido, por exemplo, pode constituir a esposa procuradora, conferindo-lhe poderes gerais e especiais, inclusive para praticar atos de disposição ou oneração de bens (compra e venda, permuta, doação, dação em pagamento, hipoteca). E a recíproca é verdadeira.

Aliás, num tempo em que a inferioridade da mulher e sua posição de subalternidade eram patentes, o legislador teve de prever casos, na sua ideologia patriarcal, em que se considerava dispensada a autorização do marido, que ficava presumida, *juris et de jure*, para que a mulher exercesse o poder doméstico, o "poder da chave" do Direito germânico (supra), e pudesse praticar, com *mandato tácito* do esposo, as atividades mais simples e corriqueiras, como as compras das coisas necessárias à economia doméstica; para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir; para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercer com autorização do marido, ou suprimento do juiz, como dizia o antigo art. 247 do Código Civil.

Registra *Caio Mário* que um dos setores em que mais sensíveis mudanças ocorreram nos últimos tempos é este, dos direitos e deveres da mulher: "Em meio século, aproximadamente, a evolução foi mais acentuada e radical do que nos dois mil anos anteriores"<sup>168</sup>. *Orlando Gomes*, que no Anteprojeto de Código Civil, apresentado em 1963, já estabelecia o princípio da paridade dos direitos dos cônjuges, veio a falecer na madrugada de 29 de julho de 1988, meses antes da promulgação da Constituição, que corporificou tantas de suas idéias e sugestões, c o saudoso Mestre afirmava que a concepção autoritária da família está perempta, prosperando a tendência para estruturar a sociedade conjugal com perfeita igualdade dos seus componentes.<sup>169</sup>

Não existe pessoa de bom senso que possa defender que algumas normas civis, recheadas de preconceito, que imbecilizam a figura da mãe e da esposa, ainda estejam vigorando no Brasil. Seria desconhecer o fenômeno mais marcante do Século XX, em termos universais, que é o da emancipação da mulher, no lar e fora dele.

A esposa não precisa mais de "autorização" do ex-chefe da família para praticar aqueles atos. A bilateralização dos direitos e deveres na sociedade conjugal não pode admitir discriminações, desnivelamentos.

A mulher, atualmente, gestora da vida e da economia do lar, exercendo o chamado poder doméstico por *direito próprio*, num plano de eqüidade, com atribuições pessoais, e paralelas às do marido, não precisa mais da aveniência e da concordância do esposo para exercer os poderes inerentes à organização, administração e sustento do lar, Enfim, a mulher só carece do consentimento do marido para os mesmos atos em que este precisa do assentimento da esposa. Fora disto, estar-se-á dando ao Código Civil

interpretação dissonante com a Constituição Federal, e com *os princípios* da mesma.

Com relação ao mandato, todavia, entendemos que uma procuração geral, contendo amplos poderes, incluindo a administração, oneração e disposição de bens móveis e imóveis, com a cláusula da *irrevogabilidade*, conferida, por exemplo, pela mulher ao marido, não é válida, embora, a cada momento, nos deparamos com instrumentos desse teor.

A invalidade decorre de duas razões principais: o outorgante está abrindo mão de sua própria personalidade jurídica, anulando-se como pessoa, desde que autorize o outro cônjuge a praticar *todos e quaisquer atos, indeterminadamente* e de maneira *irrevogável*. Por outro lado, procuração com este conteúdo, com tal extensão, denuncia o propósito de fraudar o princípio da imutabilidade do regime de bens.

A compra e venda entre esposos é possível, desde que se acomode aos princípios do regime de bens do casamento: a) se o regime for o da comunhão universal, a compra e venda é impossível; b) sendo o regime da comunhão parcial, e havendo massas de bens próprios, nada impede que um cônjuge venda ao outro um bem particular, utilizando o comprador recursos próprios para pagar o preço da venda; c) se o regime for o da separação convencional, absoluta, por existirem duas massas patrimoniais distintas, nada obsta a que um cônjuge adquira bens do outro; finalmente, d) se o regime for o da separação obrigatória, não havendo lei que a proíba, a compra e venda entre os cônjuges é possível, porém, neste caso, as doações entre os esposos são vedadas (supra), e a compra e venda pode ser anulada se ficar provado que ela disfarçou uma doação.

O Projeto de Código Civil (nº 634/75) dispõe, no art. 499: "É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão".

A outros contratos onerosos, como permuta, cessão de créditos, dação em pagamento, aplica-se nosso parecer, acima dado, aproveitando-se a lição *de Henri, Léon e Jean Mazeaud*:

"*Les contrats à titre onéreux conclus entre les époux pendant le mariage sont en principe valables, puisque, comportant une contrepartie, ils ne risquent pas de modifier l'équilibre des conventions matrimoniales*"(Os contratos, a título oneroso, celebrados entre os esposos durante o casamento são, em princípio, válidos, na medida em que, implicando uma contraprestação, não há o risco de modificar as convenções matrimoniais.<sup>170</sup>)

Como vimos, o Direito francês permite a doação entre cônjuges, mas considera-as revogáveis; o Direito argentino proíbe-as. No Brasil, em princípio, as doações entre cônjuges são permitidas, desde que sejam

compatíveis com o regime de bens (supra), aplicando-se, *mutatis mutandis*, o que dissemos a respeito da compra e venda, observando, novamente, que a doação entre esposos, se o regime de bens é o da separação obrigatória, não é possível (supra).

Atente-se para que, em qualquer caso, estão vedadas as doações inoficiosas. O doador tem de respeitar a legítima dos herdeiros necessários, sendo nula a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (cf. arts. 1.176, 1.576, 1.721, 1.722, 1.788 e 1.789 do Código Civil).

No seu famoso *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, J. X. Carvalho de Mendonça<sup>171</sup> emitiu opinião, predominante, por muitos anos, na doutrina e jurisprudência, de que não é lícito aos cônjuges celebrarem sociedade comercial, "por ofender-se, antes de tudo", o instituto do poder marital, produzindo, necessariamente, a igualdade de direito, incompatível com os direitos do marido como chefe do casal, sendo nulas, portanto, as sociedades entre os esposos.

Os argumentos do notável tratadista, expostos em tempo já recuado, dentro de outra realidade cultural e social, são, hoje, inconcebíveis. No Brasil, não há lei proibindo a sociedade entre cônjuges, nem há vedação a que os esposos participem de uma sociedade. Não se pode concluir, aprioristicamente, que existe o objetivo de mudar o regime de bens, com ofensa à lei imperativa, até porque a fraude à lei não se pode presumir *juris et de jure*, como expôs, com felicidade, Egberto Lacerda Teixeira.<sup>172</sup>

No Supremo Tribunal Federal, considerando que não são nulas de pleno direito as sociedades entre os cônjuges, há os famosos casos julgados no RE nº 9.903, em 1947, Relator Min. *Hallnemann* Guimarães<sup>173</sup> e no RE nº 61.582, em 1968, Relator Min. *Victor Nunes Leal*.<sup>174</sup>

João Eunápio Borges leciona que, embora seja dominante entre nós, a repulsa às sociedades entre cônjuges, é aceitável a opinião intermediária, expondo o autor que, não proibindo a lei expressamente tais sociedades, deve ser examinado cada caso concreto, a fim de se verificar se a sociedade ofende ou não qualquer dos princípios em nome dos quais ela deve ser condenada, exemplificando o autor: 1) se o regime for o da comunhão de bens, antes da Lei nº 4.121/62, a sociedade em nome coletivo e a sociedade por quotas de responsabilidade limitada eram vedadas, mas, com o advento da aludida lei, tornaram-se insubsistentes as objeções que se apresentavam, nada impedindo tais sociedades entre esposos; 2) se o regime for o de separação, a sociedade em nome coletivo, ou outra qualquer de que resulte a responsabilidade ilimitada de um dos cônjuges, não deve ser permitida, "porque ofenderia o princípio da irrevogabilidade do regime de bens, na constância do matrimônio", porém, a

sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ou qualquer outra, em que não seja ilimitada a responsabilidade dos sócios, é admissível."<sup>175</sup>

Rubens *Requião*, sobre o tema, aponta que a tendência da jurisprudência de nossos tribunais é de admitir a sociedade limitada entre os cônjuges, desde que não constitua ela um instrumento de fraude ou de alteração do regime matrimonial, visando a excluir do marido a direção da sociedade conjugal, concluindo:

"Após o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1962), o problema tomou nova dimensão, para se admitir, iniludivelmente, segundo sustentamos, a sociedade entre cônjuges." O autor cita acórdão do STF, no RE nº 104.597-PR,<sup>176</sup> cuja ementa é a seguinte:

"Sociedade por quotas. Marido e mulher. Sócios exclusivos. Legitimidade. Sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos defeitos invalidantes de sua formação."<sup>177</sup>

A sociedade civil ou comercial, que os esposos constituem e desenvolvem, nada tem a ver com a sociedade conjugal. Não é a união de casa, mesa e leito, em que se compartilha uma vida. Não se exige a *affectio maritalis*, mas a *affectio societatis*, expressão cunhada por *Ulpiano*, designando a intenção de somar recursos e energias para um fim societário comum. Trata-se de um acordo, de um contrato, de um negócio, autônomo do regime matrimonial de bens, com objetivos os mais diversos - civis e mercantis, econômicos, ou não -, que duas pessoas estranhas podem criar e manter, entre si, nada impedindo que seja realizado, em conjunto, pelos cônjuges.

## 19. BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 2. ed., 1972.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2. ed., atual. 1972.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 3. ed., São Paulo: RT, 1996.
- AZEVEDO, Philadelpho. *Um triênio de judicatura*, 1948.
- BARROS, Hermenegildo. Do direito das sucessões. In: Manual *Lacerda*, 1918, v. XVIII.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: 1917, Francisco Alves. / *Direito da família*. 3. ed., 1908.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil - Família*. 9. ed., Buenos Aires, 1993.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed., 4. tir. 1991.
- BUSSADA, Wilson *Código Civil brasileiro interpretado pelos tribunais*, 1981, v. 2, t. II e IV
- CAHALI, Yussef Said. *O Casamento putativo*. 2. ed., 1979.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed., 1953.
- COELHO DA ROCHA. *Instituições de direito civil português*. 7. ed., Lisboa, 1907.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CORNU, Gérard. *Droit civil - La famille*. 4. ed., Paris. Montchrestien, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Direito de família*, 5. ed., 1989, v. V.

- ENNECCERUS, KIPP E WOLFF. *Tratado de derecho civil* - Derecho de familia. Trad. espanhola da 20. ed. alemã, t. IV.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. São Paulo, 1954.
- FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed., 1896. / *Esboço* - Código Civil. Min. da Justiça, 1983.
- GILISSEN, John *Introdução histórica ao direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta. 2. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., 1997, c/ atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. / *Direito de família*. 4. ed., 1981. / *Introdução ao direito civil*. 7. ed., 1983. / *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*. Departamento de Imprensa Nacional, 1963. / *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.
- GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Trad. espanhola da 2ª ed. alemã, Madri, 1953.
- LEVENHAGEM, Antonio José de Souza. *Código Civil* - Comentários didáticos, 1979.
- LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- MALAURIE, Philippe, e AYNÉS, Laurént. *Cours de droit civil, les régimes matrimoniaux*. 3. ed., Paris, Cújas, 1994, t. VII.
- MAZEAUD, Henri, Léon e Jean *Leçons de Droit Civil*, - Régimes matrimoniaux, Cl a participação de Juglart. 5. ed., Paris: Montchrestien, 1982. t. IV, v, V.
- MEIRA, Sílvio. *Instituições de direito romano*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* - Direito de família. 32. ed., 1995. / *Dos regimes matrimoniais de bens*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. 1. ed., 1979.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família* (direito matrimonial). 1. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed., 1996.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 5. ed., 1956.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 3. ed., 1996.
- PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*, 2. ed., 1959.
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado* Coimbra: Ed. Coimbra, 1975.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 18. ed., 1988.
- RIPERT e BOULANGER. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Delia Garcia Daireaux, Buenos Aires.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil* - Direito de família. 19. ed., 1994, v. VI.
- SANTOS, Lucy R. dos. *Bens reservados* - Proteção ao patrimônio da mulher casada, 1980.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *Direito patrimonial de família no Projeto do Código Civil Brasileiro e no direito português*. *Revista Direito e Justiça*, Lisboa, 1980.
- TAQUINI, Carlos H. Vidal. *Régimen de bienes en el matrimonio*. 3. ed., Buenos Aires, 1993.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Sociedades por quotas*.
- VARELA, Antunes. *Direito da família*. 4. ed., Lisboa, 1996.
- VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. / *Direito brasileiro da Filiação e paternidade*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, / *Emendas ao Projeto de Código Civil*. 1. ed., Belém: Grafisa, 1985. / *Testamentos*. 2. ed., Belém: Cejup, 1993. / *União estável*. I. ed., Belém: Cejup, 1997.
- VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980. / *O direito de família no Senado*, Belo Horizonte: UFMG, 1985.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro* - Direito de família. 7. ed., São Paulo: RT, 1990.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian,
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil* - Derecho de familia. 2. ed., Buenos Aires, 1993.

## 20. NOTAS

1. REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 106.
2. MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Leçons de droit civil, Régimes matrimoniaux, com a participação de Juglart*. 5. ed., Paris: Montchrestien, 1982, t. IV, v. I n. 3, p. 4.
3. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (Direito matrimonial)*. 1, ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 340.
4. Cf. CORNU, Gérard. *Droit civil - La famille*. 4.ed., Paris: Montchrestien, 1994, n. 33, p. 59; MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Leçons de droit civil, Régimes matrimoniaux*, t. IV, v. 1, cit. n. 13, p. 23, MALAURIE, Philippe, e AYNÉS, Laurent. *Cours de droit ctvtl. Les régimes matrimoniaux*. 3. ed., Paris: Cujas, 1994, t. VII, n, 16, p. 20.
5. Cf. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 48.
6. ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no dvreito civil brasileiro*. São Paulo: 1954, nota 31, p. 311.
7. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, e MUNIZ, Francisco José Feaeira. *Op. cit.*, p. 373.
8. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. II. ed., 1996, v. V, n. 399, p. 121.
9. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. VIII, § 889, p, 260.
10. COELHO DA ROCHA. *Instituições de direito civil português*. 7. ed., Lisboa: 1907, t. I, § 242, p. 165.
11. GOMES, Orlando, *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*. Departamento de Imprensa Nacional, 1963, p. 57.
12. MALAURIE, Philippe e AYNÉS, Laurent. *Cours de droit civil*. 3. ed., Paris: Cujas, 1994, t. VII, n. 577, p. 261.
13. MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Op. cit.*, n. 361, p. 419.
14. PON1'ES DE MIRANDA. *Op. cit.*, t. VIII, § 878, p. 233.
15. GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4.ed., 1981, n. 105, p. 183.
16. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - Direito de, família*. 32. ed., 1995, v II, p. 155.
17. RF 124:105
18. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Direito de família*. 5.ed., atual, 1989, v. V, p. 112.
19. Cf. BUSSADA, Wilson. *Código civil brasileiro interpretado pelos tribunais*, 1981, t. II, v. 2, n. 866, p. 316.
20. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Dos regimes matrimoniais de bens*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. I. ed., 1979, p. 166.
21. ESPÍNOLA, Eduardo. *Op. cit.*, nota 35, p. 313.
22. ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2. ed., atual., 1972, p. 129.
23. PONT'ES DE MIRANDA. *Op. cit.* t. LX, § 5.993, p. 250.
24. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, v. VI, n. 489, p. 304.
25. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917, v. II, p. 167.
26. BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, v. IV, p. 259.
27. BARROS, Hermenegildo. *Do direito das sucessões*. /n: *Manual Lacerda*, 1918, v XVIII, n. 299, p. 488.
28. GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 85.
29. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 5. ed., 1956, § 54, p. 167.
30. PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, t. XXXVIII, § 4.208, p. 127.
31. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro-Direito de família*. 7,ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. IV, n. 34 p. 107.
32. MONTEIRO, Washington de Barros. *Dos regimes...*, *Op. cit.*, p. 158.
33. CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed., 1953, v. V, p. 48.
34. VELOSO, Zeno, *Testamentos*. 2. ed., Belém: Cejup, 1993, n. 163, p. 90 s.
35. Ver PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, §§ 875, 880, p. 227, 240.
36. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, v. V, n. 399, p. 122.

37. VELOSO, Zeno. *Emendas ao Projeto de Código Civil*. 1. ed., Belém: Grafisa, 1985, p. 99
38. VILLELA, João Baptista. *O direito de família no Senado*. Belo Horizonte: UFMG, 1985, n. 73, p. 35.
39. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., § 875, p. 226.
40. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., § 883, p. 248.
41. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 371.
42. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 358.
43. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1975, p. 368.
44. Cf. TAQUINI, Carlos H. Vidal. *Régimen de óienes en el matrimonio*. 3. ed., Buenos Aires, 1993, § 78, nota 159, p. 86.
45. CORNU, Gérard. *Droit civil-La famille*. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994, n. 33, p. 59.
- 46.. SILVA, Clóvis do Couto e. *Direito patrimonial de família no Projeto do Código Civil brasileiro e no direito português*. *Revista Direito e Justiça*, Lisboa, 1980, v. I, p. 139.
47. FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed., 1896, art. 88, nota 16.
48. RIPERT e BOULANGER. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires, t. IX, n. 41, p. 45.
49. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit. n. 120, p. 211.
- 50.. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 891, p. 275.
51. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. II, p. 25.
52. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 891, p. 278.
53. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil-Direito de família*. 19. ed., 1994, v. VI, n. 79, p. 163.
54. VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, n. 7, p. 35.
55. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., n. 107, p. 185.
56. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 117.
57. VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Cejup, 1997, n. 51.
58. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., v. II, p. 173.
59. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., v. VIII, § 891, p. 280.
60. VILLELA, João Baptista. *O Direito...*, cit., p. 31.
61. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. 11, p. 173.
62. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., v. II, p. 174.
63. CARVALHO SANTOS, J. M. Op. cit., v. V, p. 54.
64. RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., v. 6, n. 80, p. 165
65. AZEVEDO, Philadelpho, *Um triênio de judicatura*, 1948, v. 1, n. 130, p. 308.
66. CARVALHO SANTOS, J.M. Op. cit., v. V, p. 203.
67. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Op. cit. § 97, p. 247.
68. COELHO DA ROCHA. *Instituições de direito civil português*. 7. ed., Lisboa, 1907, t. II, § 768, p. 610.
69. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 941 p. 429.
70. Cf. STJ, Segunda Seção, Ação Rescisória n. 310-O-PI, j. em 26/05/93. Rel. Min. Dias Trindade, vencidos os ministros Athos Carneiro e Eduardo Ribeiro.
71. CARVALHO SANTOS, J.M. Op. cit., v. IV, p. 288.
72. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. II, p. 262.
73. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* cit., v. III, n. 231, p. 170; e v. V, n.404, p. 137.
74. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., n. 11 I, p. 192.
75. LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1964, v. III, n. 292, p. 417.
76. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito...*, cit., v. 11, p. 200. *Revista dos Tribunais* 167/689 e 470/267.
77. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., v. V, p. 131.
78. RF, 112/460
79. RT, 174/679.

80. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., v. IV, p. 490.
81. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil - Derecho de familia*. Trad. da 20. ed., alemã, 2. ed., espanhola, t. IV, V, I, § 40, p. 281.
82. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. II, p. 171.
83. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 395.
84. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., v. IV, p. 401.
85. RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., n. 85, p. 179.
86. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., n. 115, p. 200.
87. SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit., v. I, p. 150.
88. Cf. RTJ761171; 80/510; 81/564; 90/1075; 105/779; 116/413.
89. Cf. STJ, 4ª Turma - RT, 673/182.
90. Cf. STJ 3ª Turma - RT, 667/189.
91. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 18. ed., 1988, v. I, n. 46, p. 84,
92. RSTJ, 8/385.
93. RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., n. 75-A, p. 153.
94. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., n. 115, p. 201.
95. AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de família*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 158.
96. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., v. V, p. 131.
97. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., nº 114, p. 198.
98. GOMES, Orlando. Op. cit., nº 114, p. 197.
99. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., v. V, nº 398, p. 109.
100. SANTOS, Lucy R. dos. *Bens reservados - Proteção ao patrimônio da mulher casada*, 1980, nº 63 e 64, p. 140 e segs.
101. *Revista dos Tribunais*, 427/246 e 481/208.
102. RTJ, 90/706.
103. SANTOS, Lucy R. dos. Op. cit., nº 51, p. 119.
104. MAZEAUD, Henry, Léon e Jeanº Op. cit., nº 25-2, p. 40.
105. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira, Op. cit., p. 436.
106. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., nº 117, p. 207.
107. CARVALHO SANTOS, J.M. Op. cit., v. V, p. 75.
108. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. Op. cit., § 43, p. 313.
109. LEHMANN, Heinrich. *Derecho de família*. Trad. espanhola da 2. ed. alemã, por José Maria Navas. Madri, 1953, § 12, p. 121.
110. Cf. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
111. VELOSO, Zeno. *Direito...*, cit., n. 43.
112. CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed., 1979, n. 66, p. 145.
113. RODRIGUES, Sdvio. Op. cit., v. VI, n. 87, p. 182.
114. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 2. ed., 1959, p. 458.
115. GOMES, Orlando. *O novo direito de família*, Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 17.
116. VARELA, Antunes. *Direito de família*. 4. ed., Lisboa, 1996, v. I, n. 99, p. 451.
117. TAQUINI, Carlos H. Vidal. *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., § 197, p. 211.
118. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., nota, 124, p. 414.
119. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit. p. 420.
120. BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil - Familia*. 9. ed., Buenos Aires, 1993, v. I, n. 296, p. 236.
121. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., v. IV, p. 390.
122. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. 11, p. 195.
123. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. II, p. 197
124. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. II, p. 178.

125. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 906, p. 336.
126. ALVIM, Agostinho, Op. cit., p. 211.
127. ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 212.
128. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., v. 1, nº 75, p. 276; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7.ed., 1983, nº 150, p. 206.
129. RODRIGUES, SMvio. Op. cit., nº 89, p. 186.
130. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Op. cit., § 82, p. 220.
131. CARVALHO SANTOS, J.M. Op. cit., v. V, p. 98.
132. CARVALHO SANTOS, J.M. Op. cit., v. V, p. 99
133. LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. *Código Civil - Comentários didáticos*, 1979, v. II, p. 149.
134. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., com atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997, nº 191, p. 248.
135. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil - Derecho de familia*. 2.ed., Buenos Aires, 1993, t. 1, § 362, p. 451.
136. BORDA, Guillermo A. Op. cit., v. 1, nº 302, p. 241.
137. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. II, p. 200.
138. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 908, p. 341.
139. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 76
140. RT 6741111
141. *RJTJ*RGs 1641296.
142. VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Cejup, 1997.
143. RTJ, 1101808.
144. Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A.M. Botelho Hespanha Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 568; GILISSEN, John *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 123.
145. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, cit., v. II, p. I 18
146. RIPERT, Georges e BOULANGER, Jean. Op. cit., t. IX, nº 17, p. 28
147. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Op. cit., § 68, p. 195
148. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 912, p. 348.
149. VELOSO, Zeno. *Emendas ao Projeto de Código Civil*, cit., p. 100.
150. BUSSADA, Wilson. Op. cit., v. II, t. IV, nº 1.469-a, p. 409.
151. Cf. BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito da família*. 3. ed., 1908, § 42, p. 282; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Op. cit., § 71, p. 201.
152. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 866, p. 217.
153. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VIII, § 888, p. 260.
154. VELOSO, Zeno. *União estável*. Pará: Cejup, 1997.
- 155 RT, 566/197 e 712/147.
156. MEIRA, Sílvio. *Instituições de direito romano*. 4. ed., São Paulo, v. I nº 101 p, 177.
157. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 2.ed., 1972, v. II, n, 292, p. 308.
158. MALAURIE, Phillipe e AYNÉS, Laurent. Op. cit., nº 28, p. 30.
159. MALAURIE, Phillipe e AYNÉS, Laurent. Op. cit., nº 850, p. 348.
160. MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. Op. cit., t. IV, v. I, nº 560, p. 599.
161. MALAURIE, Philippe e Aynés, Laurent. Op. cit., nº 100, p. 71.
162. MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. Op. cit., nº 45-2, p. 72.
163. BORBA, Guillermo A. Op. cit., nº 416, p. 341.
164. TAQUINI, Carlos H, Vidal. Op. cit., § 274, p. 308.
165. ZANNONI, Eduardo A. Op. cit., v. I, § 466, p. 576.
166. VARELA, Antunes. Op. cit., nº 93, p. 432.
167. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., v. V, nº 399, p. 120.
168. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., nº 398, p. 111.
169. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., nº 93, p. 155.
170. MAZEAUD Henri, Léon e Jean Op. cit., t. 1V, v. 1, nº 45-2, p. 71.
171. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed., v. III nº 646, p. 118,

172. TEIXEIRA, Egbert Lacerda, *Sociedades por quotas*, p. 45.  
173. RF, 122/1393.  
174. RTJ, 48/254.  
175. BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed., 1991, nº 149 e 150, p. 152.  
176. RTJ, 113/1374.  
177. REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. I, nº 260, p. 341.

**(in, Direito de Família Contemporâneo, Coordenador  
Rodrigo da Cunha Pereira, Editora Del Rey, 1997, p. 79/220)**