

JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA

**O CASAMENTO, O REGIME DE BENS À LUZ
DO DIREITO COMPARADO E O NOVO
REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS
AQUESTOS**

DOUTORADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
São Paulo - 2006**

JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA

**O CASAMENTO, O REGIME DE BENS À LUZ
DO DIREITO COMPARADO E O NOVO RE-
GIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS A-
QÜESTOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Prof. Doutor Geraldo José Guimarães da Silva.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
São Paulo - 2006

BANCA EXAMINADORA

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

São Paulo, janeiro de 2006

Dedico este trabalho às seguintes pessoas: a Rodolpho, meu saudoso pai; à Helena, minha mãe; à Conceição, minha esposa; às queridas filhas Renata, Alessandra, Viviane e Izabela; ao Dr. Geraldo José Guimarães da Silva.

RESUMO

Examinando nesta tese de doutoramento dois aspectos do casamento: 1) o regime matrimonial de bens à luz do direito comparado; 2) o novo regime de bens instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

A tese foi dividida em seis capítulos. No primeiro capítulo, discorro sobre a família em geral no direito brasileiro, fazendo expressa alusão à Constituição Federal de 1988, uma vez que a ordem constitucional vigente deu proteção não só à família proveniente do casamento como também à família nascida da união estável entre homem e mulher.

No Capítulo II, examino o regime de bens disciplinado pela legislação brasileira, tomando por base exclusivamente o instituto do casamento. Embora se saiba que a união estável também seja geradora de relações patrimoniais entre os companheiros, achei por bem centrar os estudos sobre o regime de bens instituído pelo casamento. Ainda no Capítulo II destaquei – entre outras coisas – a novidade consistente na mutabilidade justificada ou temperada do regime de bens. Mercê do disposto no art. 1.639, § 2º, do novo Código, o legislador permitiu, a requerimento de ambos os cônjuges, a alteração do regime de bens.

Em seguida, reservei o Capítulo III para estudar o regime matrimonial de bens à luz do direito comparado. O exame principiou pelo direito romano, avançando para o direito alemão, italiano, português, mexicano e espanhol. É muito importante o conhecimento da legislação de outros países. Conta-se que Sólon, o grande legislador de Atenas, teria viajado durante dez anos para outros lugares não só com a intenção de fomentar relações de comércio, como também para buscar modelos mais adiantados de leis para o seu país. Daí a importância do estudo do direito comparado para o aperfeiçoamento da legislação dos povos.

Abri o Capítulo IV para tratar do novo regime de participação final nos aquestos instituído pelo legislador pátrio. Alemanha, Áustria, Suíça, França e Argentina são países que conhecem o regime que, em 2003, foi efetivamente implantado no Brasil. A peculiaridade desse novo regime de bens é a sua hibridez, uma combinação de regime comunitário com regime não comunitário. Enquanto subsistir a sociedade conjugal, os cônjuges se comportam como se fossem casados pelo regime da separação de bens (regime *não comunitário*). No entanto, uma vez finalizada a sociedade, os bens adquiridos a título oneroso, durante o casamento, adquirem comunhão (regime comunitário).

Nos dois últimos capítulos (Capítulos V e VI) cuido, respectivamente, dos pactos antenupciais e da sociedade civil ou comercial entre cônjuges. São assuntos que se relacionam direta ou indiretamente com o regime matrimonial de bens. Quanto ao Capítulo VI, vem a pêlo dizer que o art. 977 do Código Civil autorizou, com algumas restrições, a contratação de sociedades entre cônjuges, assunto que, no passado, despertou no apaixonadas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais.

SUMMARY

I examined in this doctor's degree thesis two aspects of the marriage: 1) the matrimonial community of goods according to the compared Law; 2) the community of goods instituted by the Law n. 10.406, dated January 10th, 2002 (Civil Code).

The thesis was divided into six chapters. In the first chapter I discourse about the family in general, according to the Brazilian Law, referring to the 1988 Federal Constitution, once the current constitutional order protected not only the family deriving from the marriage but also the family deriving from the stable union between a man and a woman.

In the second chapter, I examine the community of goods imposed by the Brazilian legislation, considering exclusively the institution of marriage. Although it is known that the stable union also proceeds inheritance relations between the spouses, I decided to focus on the studies about the community of goods established by the marriage. Also in the second chapter I emphasized, among other things, the novelty related to the justified or tempered mutability of the community of goods. In favor of the clause 1.639, § 2º, in the New code, the legislation allowed, in request of both spouses, the modification of the community of goods.

Later on, I left the third Chapter to study the matrimonial community of goods related to the compared Law. The examination started with the Roman Law, going through German, Italian, Portuguese, Mexican and Spanish Law. Having knowledge about other countries legislation is indispensable. It has been told that Sólon, the great legislator from Athens, would have traveled for ten years to other places not only thinking about developing business relations, but also thinking about seeking more advanced models of law for his country. Thence the importance of the compared Law study to improve the peoples legislation.

I started the fourth chapter discoursing about the new regim of the final participation in the taken possessions instituted by the native legislator. Germany, Austrian, Switzerland, France and Argentina are countries that know the new community of goods which, in 2003, was effectively introduced in Brazil. The peculiarity of this new community of goods is its hybridity, a combination of communitarian and non-communitarian regim. As long as the conjugal society exists, the spouses behave as if they were married under the legal separation of property regim between husband and wife (non-communitarian regim). However once the partnership is finished, the goods acquired in an onerous way, during the marriage, receive communion (communitarian regim).

In the last two chapters (fifth and sixth Chapters) I deal, respectively with antinuptial agreements and civil or business partnerships between the spouses. These are issues that are directly or indirectly related to the matrimonial community of goods. In reference to the sixth Chapter, I give prominence to the clause 977 of the Civil Code that authorized, with some restrictions, the agreement of society between spouses, that, in the past, aroused enthusiastic dogmatic and jurisprudential polemics.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	4
HISTÓRICO: FUSTEL DE COULANGES, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES E LINO DE MORAIS LEME	9
CAPÍTULO I: A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	20
1. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM CONSTITUCIONAL.....	20
2. FAMÍLIA DECORRENTE DO CASAMENTO CIVIL	28
2.1. <i>Conceito de casamento</i>	29
2.2. <i>Natureza jurídica do casamento</i>	34
3. FAMÍLIA DECORRENTE DE UNIÃO ESTÁVEL.....	42
3.1. <i>Conceito de união estável</i>	48
3.2. <i>Elementos da união estável</i>	53
3.2.1. Diversidade de sexo.....	53
3.2.2. Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial.	56
3.3.3. Unicidade de vínculo	57
3.3.4. Convivência pública, contínua e duradoura.....	58
3.3.5. Lealdade ou fidelidade.....	63
3.3.6. Coabitação	64
3.3.7. Objetivo de constituição de família	66
4. FAMÍLIA MONOPARENTAL	67
CAPÍTULO II: REGIME MATRIMONIAL DE BENS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	70
1. REGIME DE BENS NA HISTÓRIA DO DIREITO E NA ATUALIDADE	70
2. CONCEITO DE REGIME DE BENS.....	74
3. NATUREZA JURÍDICA	79
4. IMPORTÂNCIA DO REGIME DE BENS.....	81
5. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME DE BENS	84
5.1. <i>Considerações preliminares</i>	85
5.2. <i>Atos praticados pelos cônjuges</i>	86
5.2.1. Atos não sujeitos a outorga conjugal	86
5.2.2. Atos sujeitos a outorga conjugal.....	96
6. PRINCÍPIOS RELATIVOS AO REGIME DE BENS NO DIREITO BRASILEIRO	108
6.1. <i>Variedade do regime de bens</i>	109
6.2. <i>Liberdade dos pactos antenupciais</i>	111
6.3. <i>Mutabilidade do regime adotado</i>	112
6.3.1. Competência.....	116
6.3.2. Procedimento	118
6.3.2.1. Pedido formulado por ambos os cônjuges	118
6.3.2.2. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público	119
6.3.3. Mutabilidade nos casos de separação obrigatória	126
6.3.4. Retroação dos efeitos.....	130
6.3.5. Direito intertemporal	133
6.3.6. Publicidade	139
7. MODALIDADES	140
7.1. <i>Regime da comunhão parcial de bens</i>	141
7.1.1. Bens excluídos da comunhão.....	143
7.1.2. Bens incluídos na comunhão	152
7.1.3. Administração do patrimônio comum	155
7.2. <i>Regime da comunhão universal de bens</i>	157

7.2.1. Bem excluídos da comunhão	159
7.2.2. Bens incluídos na comunhão	166
7.2.3. Administração do patrimônio comum	167
7.3. <i>Regime da participação final nos aqüestos</i>	167
7.4. <i>Regime da separação de bens</i>	168
7.4.1. Separação de bens por imposição legal	168
7.4.1.1. Casuística	169
7.4.1.2. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.....	177
7.4.2. Separação de bens decorrente de convenção	186
7.4.3. Administração dos bens.....	190
8. TÉRMINO DO REGIME DOTAL	191
9. REGIME LEGAL DISPOSITIVO NO BRASIL	195

CAPÍTULO III: REGIME MATRIMONIAL DE BENS NO DIREITO COMPARADO 200

1. IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO	200
2. DIREITO ROMANO	202
3. DIREITO ALEMÃO	206
3.1. <i>Regime de bens da comunhão de aqüestos</i>	208
3.2. <i>Regime da Separação de bens</i>	211
3.3. <i>Regime da comunhão de bens</i>	213
4. DIREITO ITALIANO.....	216
4.1. <i>Regime de comunhão legal</i>	218
4.2. <i>Regime de separação de bens</i>	223
5. DIREITO PORTUGUÊS	224
5.1. <i>Convenções antenupciais</i>	224
5.2. <i>Administração dos bens do casal</i>	228
5.3. <i>Regime de bens</i>	229
5.3.1. Regime da comunhão de adquiridos.....	230
5.3.2. Regime da comunhão geral	233
5.3.3. Regime da separação	236
6. DIREITO MEXICANO	237
6.1. <i>Sociedade conjugal</i>	237
6.2. <i>Separação de bens</i>	241
7. DIREITO ESPANHOL	242
7.1. <i>Regime de la sociedad de gananciales</i>	244
7.1.1. Obrigações e deveres de la sociedad de gananciales	246
7.1.2. Administração de bens de la sociedad de gananciales	247
7.1.3. Dissolução e liquidação de la sociedad de gananciales	250
7.2. <i>Regime de participação</i>	253
7.3. <i>Regime de separação de bens</i>	255

CAPÍTULO IV: REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQÜESTOS 258

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O NOVO REGIME DE BENS	258
2. SIGNIFICADO DO VOCÁBULO AQÜESTOS	261
3. SISTEMÁTICA LEGAL DO NOVO REGIME MATRIMONIAL.....	264
4. QUESTÃO TERMINOLÓGICA	266
5. MISTURA DE REGIMES	268
6. ADMINISTRAÇÃO E DISPOSIÇÃO DOS BENS.....	269
7. DÍVIDAS DOS CÔNJUGES	273
8. EXTINÇÃO DO REGIME DE BENS	275
8.1. <i>Extinção por separação judicial ou divórcio</i>	276
8.1.1. Abertura de procedimento judicial	276

8.1.2. Risco de fraude na partilha	278
8.1.3. Medidas cautelares	280
8.2. Extinção por morte	283
8.2.1. Abertura de inventário ou arrolamento	283
8.2.2. Meação do <i>de cujus</i>	285
8.2.2.1. Monte a ser inventariado	285
8.2.2.2. Direito do cônjuge sobrevivente à parte da herança	286
9. APURAÇÃO DO MONTANTE DOS AQUÊSTOS.....	288
9.1. <i>Termo a quo da apuração em caso de separação ou divórcio.....</i>	<i>298</i>
9.2. <i>Termo a quo da apuração em caso de morte</i>	<i>300</i>
10. MEAÇÃO: DIREITO IRRENUNCIÁVEL, INCESSÍVEL E IMPENHORÁVEL	302
11. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O NOVO REGIME DE BENS	303
CAPÍTULO V: PACTOS ANTENUPCIAIS.....	306
1. EXIGÊNCIA LEGAL DE PACTO ANTENUPCIAL	306
2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO PACTO	310
3. LIBERDADE DE PACTUAR	313
4. CAPACIDADE PARA PACTUAR	319
5. MOMENTO E LUGAR DA CELEBRAÇÃO DO PACTO.....	322
6. FORMA DOS PACTOS	326
7. OBJETO DOS PACTOS.....	329
8. NULIDADE E INEFICÁCIA DOS PACTOS	334
9. CADUCIDADE DOS PACTOS	340
10. PUBLICIDADE DOS PACTOS	342
CAPÍTULO VI: SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES	347
CONCLUSÕES	354
BIBLIOGRAFIA.....	361

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é tratar das questões matrimoniais de bens à luz do direito comparado, bem como discorrer sobre o novo regime de participação final nos aqüestos instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil).

Antes de versarmos, porém, sobre o tema central da tese, fizemos considerações históricas sobre a família antiga (na Grécia e em Roma), tomando por base os estudos de Fustel de Coulanges, José Reinaldo de Lima Lopes e Lino de Moraes Leme.

Em seguida, examinamos no Capítulo I a família no direito brasileiro. A ninguém é dado relativizar a importância da família no seio da sociedade. Com efeito, a família tem capital importância na vida de qualquer ser humano, do mais humilde ao mais abastado.

Quando se diz que a família é a base da sociedade, não há erro nem exagero nessa afirmação. É no pequeno núcleo chamado *família* que o ser humano nasce, se desenvolve, recebe carinho, amor, atenção, assistência, aconchego, educação, orientação, tornando-se apto a, mais tarde, ter contato com as pessoas da sociedade.

As Constituições brasileiras anteriores a 1988 somente se referiam à família como entidade familiar oriunda do casamento. Não faziam menção à união estável, como se esta não passasse de pura imaginação novelesca, sem existência real. Tudo mudou a partir de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Carta Política vigente. O constituinte não considerou *família* apenas a comunidade formada entre marido e mulher e seus descendentes, mas também a união estável, sem vínculo matrimonial, entre homem e mulher e seus descendentes. E também não olvidou a *família monoparental*, assim considerada a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Depois do estudo da família no direito brasileiro, abrimos o Capítulo II para examinar o regime matrimonial de bens na legislação brasileira. O ordenamento jurídico não poderia ficar indiferente à nova comunidade de vida formada a partir do casamento. Afinal, como afirma Beatriz Pallarés ¹, a nova comunidade de vida reclama um sistema jurídico que regule as relações de cada um de seus membros, direitos e deveres, bem como o aspecto econômico.

O regime de bens sofreu influência do direito germânico e do direito português, sobretudo em matéria de comunhão de bens, a mais difundida modalidade entre nós. O Capítulo II examina, entre outras coisas, o conceito de regime de bens, a sua natureza jurídica, os seus princípios e a sua importância para os cônjuges e para terceiros. Novidade introduzida no direito positivo é a

¹ Derecho Matrimonial Patrimonial, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 8, p. 73.

relativa ao princípio da mutabilidade temperada do regime de bens. Antes da vigência do novo Código, o regime de bens, a teor do art. 230, não permitia alteração. A nova codificação rompeu com o sistema legal anterior e passou a admitir a mutabilidade justificada ou temperada do regime de bens. Mutabilidade sujeita, inexoravelmente, à apreciação da autoridade judiciária.

Fizemos ligeira referência, ainda no Capítulo II, ao novo regime de bens adotado pelo legislador (participação final nos aqüestos), mas preferimos abrir um capítulo (Capítulo IV), para tratar minudentemente do tema.

No Capítulo III enfocamos o regime matrimonial de bens à luz do direito comparado. É com base no estudo do direito comparado que podemos extrair importantes lições, bem como técnicas legais, para o aperfeiçoamento de nossa legislação. Aliás, como afirmava René David havia muito tempo “el método comparativo puede servir, por otra parte, a aquellos que buscan perfeccionar el Derecho de su país, bien sea el legislador propiamente dicho, bien aquellos otros agentes (Tribunales, autores y tratadistas) que pueden concurrir a la elaboración del Derecho”². Fizemos incursões pela legislação da Alemanha, Itália, Portugal, México e Espanha, e pudemos notar que o regime comunitário é adotado, à unanimidade, por tais nações. O mesmo se diga em relação ao regime não comunitário (separação de bens).

Alemanha, Áustria, Suíça, França, Espanha e Argentina são países que conhecem, por outro lado, um regime misto – *não comunitário* enquanto sub-

² *Tratado de Derecho Civil Comparado*, p. 39.

sistir o casamento, e *comunitário* por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. Trata-se do regime que, aqui no Brasil, mercê da nova codificação civil, foi acolhido pelo nome de *participação final nos aqüestos*. Sobre esse peculiar regime patrimonial – até então desconhecido de nosso direito –, lembramos que o Capítulo IV enfoca-o com mais detalhes ao longo dos seus doze itens. Trata-se de regime de bens de natureza híbrida, uma mistura de separação e comunhão de bens. Durante a subsistência da sociedade conjugal, o novo regime equivale ao de separação total, cada cônjuge tendo o seu próprio patrimônio e se incumbindo de administrá-lo da maneira que melhor lhe convier. No entanto, dissolvida a união conjugal – por separação, divórcio ou morte, o regime assume feição comunitária, com a conseqüente comunicabilidade dos aqüestos, bens adquiridos a título oneroso durante a constância do casamento.

No penúltimo capítulo foram feitas considerações sobre os pactos antenupciais. A comunhão parcial de bens é, entre nós, o regime legal ou supletivo, somente deixando de sê-lo se os nubentes escolherem, mediante pacto antenupcial, um outro regime patrimonial. Assim, sendo o pacto o instrumento pelo qual os nubentes escolhem o estatuto patrimonial a vigorar durante o casamento, nada melhor do que abrir um capítulo para tratar do assunto.

Reservamos o Capítulo VI para versar sobre um assunto que, na vigência do vetusto Código Civil, ensejava acaloradas discussões: a constituição de sociedade entre cônjuges. O novo Código acabou com a polêmica, autorizan-

do expressamente a formação de sociedade entre marido e mulher, desde que o regime de bens não seja o da comunhão universal de bens ou o da separação obrigatória de bens (CC, art. 977). Achamos por bem incluir tal tema nesta tese de doutoramento, porque a constituição de sociedade envolve questões eminentemente patrimoniais, podendo dar margem a práticas fraudulentas com a intenção de lesar credores.

Finalmente, abrimos um tópico para emitir as nossas conclusões sobre os principais aspectos versados na presente teste de doutoramento.

HISTÓRICO: FUSTEL DE COULANGES, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES E LINO DE MORAIS LEME

Em Roma e na Grécia, a religião foi o princípio constitutivo da família antiga. Essa assertiva está bem clara em Fustel de Coulanges ³, para quem cada casa possuía um altar e, ao redor deste altar, a família se reunia para as orações.

Fora da casa, túmulos havia, próximos a esta, edificadas com o escopo de cultuar os antepassados, dando-lhes oferendas e solicitando-lhes especial proteção. Entre a parte viva e a parte morta da família existia tão-somente uma distância de alguns passos que separava a casa dos vivos dos túmulos dos mortos.

Segundo o escólio de Fustel de Coulanges, “o que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento e que a força física: foi a religião do fogo doméstico e dos ancestrais, a qual fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga era mais uma associação religiosa que uma associação natural (...) Não há dúvida que não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi ela que lhe deu suas regras, daí resultando que a família antiga recebeu uma constituição diferente daquela que teria recebido se os sentimentos naturais não tivessem constituído por si sós seus fundamento (...) Uma família era um grupo de

³ *A Cidade Antiga* – Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma, p. 39

peçoas a quem a religião permitia invocar o mesmo fogo doméstico e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos ancestrais”⁴.

O pensamento de Fustel de Coulanges coincide com a opinião de Lino de Moraes Leme, uma vez que esse último autor, tecendo importantes considerações sobre a família romana antiga, já dizia, em seu excelente livro sobre direito civil comparado, que “a família era uma unidade legal, econômica e religiosa”⁵ (destacamos).

Ao lado da família exsurgia a instituição do casamento, considerado por Fustel de Coulanges⁶ como a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica. O casamento trazia mudanças importantes na vida das pessoas, sobretudo na vida das mulheres. Uma jovem, ao celebrar casamento, era obrigada a abandonar definitivamente o fogo doméstico paterno e abraçar o fogo doméstico do marido⁷. Tal abandono, é curial ressaltar, não significava simplesmente transferir-se da casa de seu pai para a casa de seu marido. O abandono do fogo doméstico era muito mais do que isso. A mulher era obrigada, por força dos costumes da época, a mudar de religião, a praticar outros ritos religiosos, a fazer outras orações, enfim, a sacrificar a sua religião para poder ingressar na religião de seu marido. Vale dizer, a mulher desligava-se completamente da família de seu pai e passava a integrar uma outra família, a família

⁴ Ob. cit., p. 40.

⁵ *Direito Civil Comparado*, p. 227.

⁶ Ob. cit., p. 41.

⁷ Explica Fustel de Coulanges o que significava esse fogo doméstico: “A casa de um grego ou de um romano continha um altar. Sobre este altar ele devia manter sempre um pouco de cinza e carvões acesos. Tratava-se de uma obrigação sagrada para o chefe de toda casa conservar o fogo dia e noite. (...) Esse fogo era qualquer coisa de divino. Era adorado, a ele rendia-se um verdadeiro culto. Dava-se a ele em oferenda tudo que se acreditava pudesse ser agradável a um deus: flores, frutas, incenso, vinho. Imploravam-lhe sua proteção;

do marido, com a obrigação de cultuar, doravante, tão-somente os ancestrais de seu marido. Afinal, a mulher passava com o casamento a pertencer unicamente à família do marido. O desligamento da família natural simbolizava a morte.

A importância do casamento como instituição foi bem notada e proclamada por Roberto de Ruggiero⁸, segundo quem o casamento é o eixo de todo o sistema jurídico familiar, na medida em que se revela também fora do âmbito restrito dos direitos familiares.

Mas o casamento, tanto na Grécia quanto em Roma, exigia o nascimento de filhos. Todos tinham um imenso interesse em deixar um filho atrás de si, convencidos de que com isso poderiam contar com uma feliz imortalidade. Aliás, trata-se até de um dever para com os ancestrais, já que a felicidade destes estava inexoravelmente ligada à duração da família. Segundo os costumes da época, os homens acreditavam que a felicidade do morto não se vinculava à conduta dele quando vivo, mas sim à conduta de seus descendentes em relação a ele. Cultuar os antepassados, oferecendo-lhes o repasto fúnebre, era

acreditava-se que era poderoso. Eram-lhe dirigidas orações fervorosas visando obter dele esses eternos objetos dos desejos humanos, a saber, saúde, riqueza, felicidade” (ob. cit., p. 26-27).

⁸ *Instituições de Direito Civil*, vol. II, p. 74. E mais adiante, o mesmo autor acrescenta: “Tal como é na família, que se encontra a primeira raiz do Estado, da mesma forma no casamento, que é a origem daquela, repousa a solidez do próprio organismo social. Base e condição da convivência civil, sem ele não se compreende – nem se entende nunca na história da civilização – qualquer organização duradoura da sociedade. Ainda hoje se pode repetir, com Cícero, que ele é *principium urbis et quase seminarium republicae*. O casamento é um instituto não só jurídico, mas ético, social e político e é tal a sua importância que a própria estrutura do organismo social depende da sua regulamentação. Impera nele não só o direito, mas também o costume e a religião: todos os três grupos de normas se contêm no seu domínio e uma das características mais salientes da história do instituto é a luta tratada entre o Estado e a Igreja para obter a competência exclusiva para o regular” (ob. cit., p. 74).

condição necessária para que os mortos tivessem repouso e felicidade. Daí a grande expectativa pela procriação.

Ademais, como explica José Reinaldo de Lima Lopes, “o efeito visado pelo casamento era gerar filhos legítimos, que continuavam a servir tanto à família quanto à cidade. Aulus Gellius conta o caso célebre de um Carvilius Ruga que, embora amando afetosamente sua mulher, vê-se obrigado a pedir-lhe o divórcio para cumprir o juramento de gerar filhos, pois ela era estéril. O casamento não é, portanto, um instrumento de realização pessoal, mas o vínculo que constitui a família, por sua vez unidade produtiva”⁹.

Em Atenas, a lei impunha ao primeiro magistrado da cidade o encargo de zelar pela procriação, de tal sorte que nenhuma família viesse a desaparecer. A lei romana, por seu turno, não permitia que nenhum culto doméstico cessasse de ser praticado. Foi dito, alto e bom som, por um orador ateniense: “Ele não é homem que, ciente de que deve morrer, tenha tão pouco zelo consigo mesmo a ponto de querer deixar sua família sem descendentes, pois assim ninguém haveria para lhe render o culto que é devido aos mortos”¹⁰.

Sendo a procriação muito importante, o celibato era execrado pela lei e pelos costumes da época. O celibato devia constituir a um só tempo impiedade grave e desgraça. Impiedade, porque o celibato punha em perigo a felicidade de cada família; desgraça, porque o celibatário não receberia nenhum

⁹ *O Direito na História – lições introdutórias*, p. 60.

¹⁰ Iseu, VII, *De Apollod. hered.*, 30, *apud* Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 46.

culto após a sua morte. Segundo Fustel de Coulanges, Dionísio de Halicarnasso, manuseando os velhos anais de Roma, descobriu uma antiga lei que obrigava os jovens a se casarem.

Em Esparta, a legislação de Licurgo punia severamente o homem que não se casava.

Por outro lado, segundo uma passagem de Pólux, III, 48, citada por Fustel de Coulanges, em muitas cidades gregas a lei considerava o celibato como crime.

E mesmo depois que deixou de ser proibido pelas leis, o celibato continuou a receber a mais profunda reprovação social. Os costumes impediam o celibato. O homem – dizia-se naquela época – não se pertencia, pertencia à família. Ele veio para este mundo para cultuar os antepassados, dando prosseguimento ao culto doméstico; assim, nada mais justo que, ao deixar este mundo, estivesse certo de receber de seus descendentes o culto salvador de sua alma.

Mas não bastava gerar um filho, era necessário que ele fosse fruto de um casamento religioso. Afinal de contas, a procriação, como já dito acima, se destinava a dar continuidade ao culto doméstico. O bastardo não podia desempenhar o papel cometido ao filho proveniente de casamento religioso. E a razão era bem simples: se a mulher não se associasse ao culto de um esposo pela cerimônia do casamento, o filho fruto desse relacionamento não estava

autorizado a participar do culto doméstico e a oferecer o repasto fúnebre aos ancestrais. Eis a razão pela qual o casamento era, na época, obrigatório. A finalidade do casamento, longe de ser a união de dois seres que se amavam, consistia em unir dois seres no mesmo culto doméstico, permitindo que dessa união nascesse um filho em tudo apto a continuar tal culto.

Como a finalidade da união era perpetuar a família com o escopo de possibilitar a obediência ao culto religioso, o casamento podia ser dissolvido se a mulher fosse estéril. Mas se a esterilidade partisse do marido, prevalecia o princípio absoluto da continuidade da família. Nesse caso, um irmão ou um parente do marido tinha autorização para deitar-se com a mulher para fins exclusivos de procriação. A mulher tinha a obrigação de entregar-se a esse homem. E o filho nascido desse congresso carnal era, então, considerado filho do marido.

Os gregos e os romanos davam muita importância ao nascimento de filhos homens. Só estes podiam dar continuidade ao culto doméstico, diferentemente das filhas, que não podiam fazê-lo porque, ao se casarem, eram obrigadas a renunciar ao culto de seus pais, passando a pertencer à família e à religião de seus maridos.

O descendente esperado avidamente era, portanto, o filho, chamado pelos antigos de salvador do fogo doméstico paterno.

A entrada desse filho na família era marcada por uma cerimônia religiosa, realizada alguns dias após o nascimento. A criança, apresentada aos deuses domésticos, se via carregada por uma mulher que corria ao redor do fogo doméstico. Dupla era a finalidade dessa cerimônia: purificar a criança e iniciá-la no culto doméstico.

O dever de perpetuar o culto doméstico era tão intenso que, na hipótese extrema de não ser possível a concepção de um filho, recorria-se à adoção. Adotar um filho significava, pois, ser cioso com a perpetuidade da religião doméstica, com a salvação do fogo doméstico e com a continuidade das oferendas fúnebres. Mas para que ocorresse a adoção era preciso que o filho adotivo se desligasse de sua família de origem e de sua religião, passando a cultuar o fogo doméstico da nova família.

Por aí se vê que tudo girava em torno da religião. O homem que não rendia culto ao fogo doméstico e tampouco cultuava os seus ancestrais não encontrava paz e felicidade no outro mundo – no mundo espiritual. A religião era, portanto, o centro de tudo, até mesmo no tocante à propriedade.

Duas coisas estavam interligadas nas crenças e nas leis antigas: o culto de uma família e a propriedade dessa família. Quer no direito grego, quer no direito romano, não se podia adquirir a propriedade sem o culto religioso nem o culto religioso sem a propriedade. Os bens e os cultos de cada família eram inseparáveis.

Da mesma forma, a regra para a herança no direito antigo seguia o culto religioso. É dizer: como a filha não se mostrava apta a dar continuidade à religião paterna, porque, com o casamento, renunciava ao culto do pai e passava a adotar o culto do marido, ela não detinha qualquer título à herança. Nas palavras de Fustel de Coulanges, “a filha não poderia nem sequer cumprir o primeiro dever do herdeiro, que é continuar a série de repastos fúnebres, já que é aos ancestrais de seu marido que ela oferece sacrifícios. A religião, então, a proíbe de herdar do pai”¹¹.

É bem verdade que, solteira, a lei não privava formalmente a mulher de receber uma pequena parte na herança. Mas é preciso indagar até que ponto ela tinha aptidão para ser herdeira. Com efeito, morrendo o pai, a filha era colocada sob a tutela de um irmão, permanecendo nessa condição durante toda a vida, salvo se viesse a se casar. Ademais, não era dado a ela dispor dos bens recebidos por morte de seu pai. Ao ser casar (casamento condicionado à concordância de seu tutor), havia o rompimento do elo com a sua família natural, pois ela passava a integrar a família de seu marido.

Por conta de tais considerações, é mais sensato dizer que a mulher, no estado de solteira, recebia por ocasião da morte de seu pai um dote (e não propriamente herança).

A inferioridade da mulher, naquela época, era abissal, pois somente o homem tinha direitos. Ela, ao revés, jamais poderia possuir um fogo domésti-

¹¹ Ob. cit., p. 65.

co próprio ou então ser chefe do culto. Como tudo girava em torno da religião, a mulher não era livre ou senhora de si mesma. Encontrava-se sempre junto ao fogo doméstico de outra pessoa (ou do pai ou do marido). Para todos os atos da vida religiosa necessitava de um chefe religioso; para todos os atos da vida civil, de um tutor. Dizia a Lei de Manu: “A mulher, durante sua infância depende de seu pai; durante sua juventude, de seu marido; com a morte do marido, depende de seus filhos; se não tiver filhos, dos parentes próximos do marido; pois uma mulher não deve nunca governar-se por sua vontade”¹².

Somente o homem, mais propriamente o pai – o chefe supremo da religião doméstico –, possuía poder ilimitado. Enfeixava em suas mãos os poderes de pai de família, chefe religioso, senhor da propriedade ou juiz.

A ele tudo era possível, porque, como foi dito há pouco, seu poder se mostrava absoluto e ilimitado.

Estes eram alguns de seus direitos:

- Direito de reconhecer o filho por ocasião do nascimento, ou então rejeita-lo.
- Direito de repudiar a mulher, seja em caso de esterilidade, seja em caso de adultério.
- Direito de autorizar o filho ou a filha a unir-se em matrimônio.

¹² Leis de Manu, V, 147, 148, *apud* Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 76, nota de rodapé 147.

- Direito de emancipar, isto é, direito de excluir um filho da família e do culto.
- Direito de adotar, ou seja, direito de trazer para sua casa um estrangeiro.
- Direito de designar tutor para sua mulher e filhos.

A propósito de seus poderes, as leis de Atenas outorgavam ao pai o direito de vender o próprio filho. Havia uma explicação para tanto: como o pai tinha o poder de dispor de toda a propriedade da família, o filho era considerado com propriedade, podendo ser objeto de venda ou cessão.

Naquela época, a propriedade era concebida como um direito de família indivisível. Em cada família só podia haver um proprietário, a própria família, e um só usufrutuário, o pai. Não podendo ser a propriedade dividida, e sendo o pai o único com aptidão para desfrutar dela, a mulher e os filhos nada possuíam de próprio. O dote da mulher pertencia ao marido, a quem o antigo direito grego e romano conferia o título de administrador e proprietário desse dote ¹³.

Quisemos mostrar com este histórico que o direito antigo era extraordinariamente diferente do direito contemporâneo. A mulher, por exemplo, dentro ou fora do casamento, não tinha direitos nem poderes. O direito antigo outorgava apenas ao homem o poder total – o poder de chefe de família, de che-

¹³ Essas regras foram modificadas posteriormente, permitindo a devolução do dote em casos de dissolução do casamento, conforme veremos oportunamente (Capítulo III, item “2”).

fe religioso, de senhor absoluto da propriedade. O homem era o centro de poder daquela época. A submissão da mulher à autoridade do pai, do marido ou do tutor era irrestrita e perene. Ela não era senhora de si mesma, pois vivia para obedecer ao comando de tais pessoas e honrar a religião doméstica de seu subordinador. Quanto aos bens, a desigualdade saltava aos olhos. Era não tinha direito à herança. Mas quando recebia algum dote do pai, levando-o para o casamento, seu marido se apressava em se apossar desse bem, fazendo-o sua propriedade.

De lá para cá muitas coisas mudaram! Prova disso é o nosso direito pátrio. A mulher conquistou, no casamento, os mesmos direitos e deveres do homem. Ela compete com ele, agora, em igualdade de condições, seja no terreno das relações pessoais, seja no terreno das relações patrimoniais. Nos regimes comunitários, a administração dos bens conjugais compete a ambos. Tudo isso será examinado nesta tese de doutoramento.

CAPÍTULO I: A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

1. Considerações de ordem constitucional

A família é a célula mãe da sociedade, recebendo especial proteção da Constituição Federal de 1988. Como bem obtempera Espínola, “a despeito das críticas e das vicissitudes que, em alguns períodos da história, e ainda recentemente, lhe têm posto à prova os alicerces, a família subiste, e é considerada em todos os países e em todos os sistemas legislativos como instituição necessária, cercada, no momento atual da civilização, de favores inspirados pela religião e pela moral e aos quais a lei confere garantia coercitiva” ¹⁴.

A família é a base da sociedade, conforme está dito no art. 226, *caput*, da Constituição Federal. Nas palavras de Ney de Mello Almada, a família é o “organismo humano básico, em cujo seio vem à vida o ser humano, depois aí criado e educado, de tal sorte que, atingindo a idade de validez social, possa ser recepcionado em seu ‘habitat’ coletivo para sua participação e cooperação como elemento de uma universalidade gregária” ¹⁵.

¹⁴ *A Família no Direito Civil Brasileiro*, p. 15.

¹⁵ *Direito de Família*, vol. 1, p. 24.

Referindo-se à importância da família, Pinto Ferreira ¹⁶ assinala que todo ser humano, ao nascer, passa a ser membro de uma família, pertencendo à unidade política de importância que é o Estado.

Mas a família brasileira dos últimos tempos é muito diferente da família que se formou sob a égide do vetusto Código Civil de 1916. Nossa sociedade passou por lentas e profundas transformações sociais, transformações que atingiram em cheio a família.

Para atender a essas profundas modificações sociais, a Constituição Federal de 1988, atenta à justa expectativa do povo brasileiro, abriu um capítulo (Capítulo VII, Seção III, Título VIII) ¹⁷ para falar da família, do casamento, da união estável, da criança e do adolescente e, por fim, do idoso.

As nossas Constituições anteriores, de uma maneira geral, também se preocuparam com a família ¹⁸, dando-lhe *status* constitucional.

Com efeito, a Carta Política de 1934, promulgada em 16 de julho, dispunha sobre a família no Capítulo II (do Título V), sob o lacônico nome de *Da família*. Seu art. 144, *caput*, consignava: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado”. A Constituição Federal de 1937, decretada em 10 de novembro, tratou da família nos arts. 124 a 127, preceituando o art. 124: “A família constituída pelo casamento indissolúvel,

¹⁶ *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 7, p. 338.

¹⁷ Arts. 226 *usque* 230.

¹⁸ Embora em grau mais reduzido, porque não faziam menção à figura da *união estável*. Somente a família proveniente do casamento recebia a proteção constitucional.

está sob a proteção especial do Estado. As famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. Na sequência, a Carta Magna de 1946, promulgada em 18 de setembro, abriu um capítulo (Capítulo I do Título VI), com o nome *Da família* (arts. 163 a 165). Por fim, tivemos a Constituição Federal de 1967, promulgada em 24 de janeiro, que voltava a sua atenção para a família, a educação e a cultura nos arts. 167 a 172. Da mesma forma se comportou a CF de 1967 após a promulgação da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, porquanto o constituinte abriu um título (Título IV) denominado *Da família, da educação e da cultura* (arts. 175 a 180).

As únicas Constituições que nada disseram sobre a família, omitindo-a completamente, foram: a Constituição Política do Império, jurada em 25 de março de 1824¹⁹, e a primeira Constituição Federal republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891²⁰.

A Constituição Federal de 1988 realça a figura do casamento, mas nem por isso lhe garante hegemonia na formação da família, pois também estende a proteção constitucional à união estável. Assim, como bem observa Euclides de Oliveira²¹, a atual Constituição reconhece, ao lado da família resultante do casamento, a família de fato, oriunda de união estável.

¹⁹ Não havia nenhum título ou capítulo destinado à família. Ou melhor: havia um capítulo (Capítulo III do Título 5º, arts. 105 a 115) voltado exclusivamente à família imperial, com o nome de *Da Família Imperial, e sua Dotação*.

²⁰ A Constituição de 1891 também não deu tratamento constitucional à família.

²¹ *União Estável – Do concubinato ao casamento*, p. 29.

Foi no seio da Carta Republicana de 1988 que brotou o novo conceito de *Direito de Família*; foi no seio da atual Constituição que o *Direito de Família* ganhou novos contornos, uma vez que o constituinte reconheceu não só a igualdade entre os cônjuges, como também a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, além de ter reconhecido a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, dando-lhe proteção.

A igualdade dentro da sociedade conjugal é corolário da dignidade da pessoa humana. Como preleciona Flavia Piovesan, “o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”²².

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana é, acima de tudo, uma exigência de justiça. No regime da lei anterior, infelizmente, não havia esse senso de justiça, tendo em vista que o ordenamento jurídico colocara a mulher em outro patamar, em tudo incompatível com a dignidade da pessoa humana. Basta recordar que a mulher casada era considerada relativamente incapaz, situação que só veio a se modificar com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962). A sociedade conjugal, no regime anterior, era profundamente patriarcal, resquício do direito romano, cabendo ao homem comandar o lar, os negócios e tudo o mais, ficando a mulher relegada

²² Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana, p. 40.

a cuidar da casa e dos filhos, o que, de certa forma, contribuiu para o aviltamento de sua condição feminina.

Felizmente, as coisas mudaram. A Constituição Federal de 1988, já no seu primeiro artigo, consagrou *a dignidade da pessoa humana* como valor fundamental a ser respeitado por todos, em especial pelo próprio Estado. Ao lado da soberania, da cidadania, do trabalho e do pluralismo partidário, o constituinte inseriu, no art. 1º, inc. III, da Carta Magna a dignidade da pessoa humana como valor de suma importância para as presentes e futuras gerações. O constituinte percebeu que a melhoria das condições sociais de um povo é proporcional ao respeito a ser dado à dignidade da pessoa humana.

José Joaquim Gomes Canotilho ²³, discorrendo sobre a dignidade da pessoa humana, ensina que ela se condensa em cinco esferas: 1) afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; 2) garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento; 3) liberdade da *angústia da existência* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, incluindo-se a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; 4) garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito; 5) igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo (igualdade perante a lei).

²³ *Direito Constitucional*, p. 367.

E Alexandre de Moraes, escrevendo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, destaca que

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. (...) O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever funda-

mental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. (...) Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” ²⁴.

No âmbito das relações familiares, são exemplos preciosos do respeito constitucional à dignidade da pessoa humana os seguintes: a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; a igualdade social entre cônjuges e companheiros; a igualdade de direitos entre os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção; a vedação de designações discriminatórias entre os filhos provindos de casamento e os nascidos de união estável ou de simples relacionamento sexual entre seus pais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana faz valer os direitos dos cônjuges, os direitos de crianças e adolescentes, os direitos de idosos, enfim, os direitos de todas as pessoas, sem

²⁴ *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 60-61.

distinção de raça, cor, credo, sexo, condição social, nível de escolaridade, ideologia política, etc.

Ora, se as leis são normas jurídicas feitas pelas pessoas e para as pessoas, e têm a finalidade precípua, na justa advertência de Franco Montoro²⁵, de dirigir a vida social dos seres humanos e assegurar, sempre, o bem comum por meio de medidas positivas e, se necessário, repressivas, esse bem comum somente será admiravelmente alcançado se a dignidade da pessoa humana estiver colocada em primeiro plano, acima de interesses meramente individuais.

Não por outra razão, as relações estritamente familiares, dentro do lar, também merecem a especial atenção do Estado, até porque, diga-se, é no seio da família que as pessoas nascem, crescem, aprendem e absorvem valores morais e sociais. É por isso que a nossa Carta Magna vigente, a exemplo das anteriores, dedicou um capítulo para tratar da família, mas foi além, dissolvendo a assimetria existente entre marido e mulher, e reconhecendo constitucionalmente a união estável.

Portanto, a Constituição Federal vigente protege a família em geral, quer a família nascida do casamento, quer a família nascida da união estável, quer a família monoparental (CF, art. 226, § 3º). Isso fez com que Gustavo Tepedino proclamasse, com integral razão, que “as normas que têm a sua *ratio* vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer

²⁵ *Introdução à Ciência do Direito*, p. 315.

entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem da família; tenha sido ela constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com os seus descendentes”²⁶.

Nos itens “2”, “3” e “4” faremos considerações sobre essas três entidades familiares.

2. Família decorrente do casamento civil

A Constituição Federal conhece o casamento religioso, mas só lhe empresta efeitos civis se forem observados os termos da lei (CF, art. 226, § 2º)²⁷.

Sendo assim, o casamento religioso somente será equiparado ao casamento civil se forem cumpridas as formalidades ditadas pela lei. Do contrário, trata-se de união estável e não de casamento civil, ainda que sob a ótica canônica os companheiros possam ser considerados marido e mulher.

Vamos tratar neste item apenas da família decorrente do casamento civil. Se o casamento for apenas religioso, a situação se encaixará no item “3”.

²⁶ A disciplina civil-constitucional das relações familiares, em *Temas de Direito Civil*, p. 359.

²⁷ Diz o art. 226, § 2º, da Carta Magna: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. A lei a que se refere a Constituição é o Código Civil, art. 1516.

2.1. Conceito de casamento

Encontramos nos livros de doutrina as expressões *casamento* e *matrimônio*. Trata-se de palavras sinônimas, podendo ser utilizadas indistintamente²⁸. Entram também nesse rol as seguintes palavras: núpcias, bodas e enlace matrimonial. O novo Código Civil emprega ora o vocábulo *casamento* (exemplo: art. 5º, inc. II; art. 10, inc. I; art. 546; art. 1.511; art. 1.514), ora o vocábulo núpcias (exemplo: art. 1.489, inc. II; art. 1.588; art. 1.598; art. 1.636), não fazendo nenhuma referência à palavra *matrimônio*.

A palavra matrimônio origina-se do latim *mater* e *munium* ou *munus*, significando ofício de mãe, no qual se dá ênfase ao papel desempenhado pela mãe: cuidar, alimentar e educar a prole.

Os romanos reconheciam o instituto da *manus*, assim entendido o poder do marido sobre a mulher. Bem por isso, havia no direito romano duas espécies de casamento: o *cum manu* e o *sine manu*, conforme veremos oportunamente (v. Capítulo III, item “2”).

O jurista italiano Ruggiero enfatiza que “o conceito mais adequado do casamento é dado pela idéia da ‘sociedade conjugal’: uma união que não é apenas de corpos, mas de espíritos, que tem caráter de permanência e de perpetuidade, visto o vínculo durar toda a vida; que se baseia no amor e se consolida pela afeição serena fora de toda a paixão ou excitação dos sentidos; que

²⁸ Ver *Dicionário Aurélio Eletrônico*, verbete *casamento*; ver também *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, verbete *matrimônio*.

tem por fim não só a procriação dos filhos e a perpetuação da espécie, mas também a assistência recíproca e a prosperidade econômica; que cria uma comunhão indissolúvel de vida; que gera deveres recíprocos entre os esposos e de ambos para com a prole. Estes caracteres e estes fins, que são de todos os casamentos, seja qual for o direito positivo que se considere e o período histórico, foram magistralmente assinalados pelo grande orador romano [Ruggiero refere-se a Cícero], *nam, quum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso conjugio est, proximo in liberis, deinde um domus, communia omnia*, e aparecem sempre nas definições, que o juristas e filósofos da antiguidade deram do casamento”²⁹.

Heinrich Lehmann, por sua vez, escreve que “El matrimonio es una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, em orden a la comunidad de vida indivisa y duradeira”³⁰.

Guillermo A. Borda, ao discorrer sobre o instituto, faz o seguinte registro: “Según la clásica definición de PORTALIS, el matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. Más brevemente, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida. El matrimonio es la base necesaria de la familia legítima. Basta recordado para comprender su transcendencia em todo el Derecho de familia y más aun en toda la organización

²⁹ Ob. cit., p. 74.

³⁰ *Derecho de Familia*, vol. IV, p. 43.

social. Por ello decía CICEREON que el matrimonio es *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”³¹.

Modestino define o casamento como “a união de homem e mulher, sociedade total de vida, associação de direito divino e humano (*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* – Digesto, 23, 2, 1)”³². Ruggiero, a propósito da definição de Modestino, assevera que “a conjunção designa o elemento físico da relação, o consórcio por toda a vida o elemento moral e o caráter perpétuo do vínculo, a comunhão de direito humano e divino o traço mais nobre e mais ideal da sociedade conjugal, que é considerada aqui na sua forma mais elevada e perfeitamente romana do casamento *cum manu*”³³.

Planiol e Ripert³⁴, por sua vez, definem matrimônio como o ato jurídico por meio do qual o homem e a mulher estabelecem entre si uma união que a lei sanciona, não podendo eles romper por vontade própria.

Luís Díez-Picazo e Antonio Gullón definem matrimônio como “la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la obser-

³¹ *Tratado de Derecho Civil – Familia*, I, p. 45-46.

³² José Cretella Junior, *Curso de Direito Romano*, p. 122.

³³ Ob. cit. p. 75.

³⁴ “El matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones reciprocas; pero, su objeto esencial es la creación de la familia. En el fondo, no es otra cosa que la unión sexual, reconocida por la ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes para los padres. La legislación canónica hacia de la unión sexual la esencia del matrimonio. En la legislación civil, esse carácter se halla disimulado por la multiplicidad de los efectos jurídicos del matrimonio, pero el carácter fundamental del matrimonio no ha podido cambiar” (*Tratado Practico de Derecho Civil Frances*, tomo 2, p. 59).

vancia de determinado ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia”³⁵.

Para Theodor Kipp e Martin Wolff, “matrimônio é a união de um homem e de uma mulher, reconhecida pelo direito e investida de certas consequências jurídicas”³⁶. E mais adiante Kipp e Wolff³⁷ acrescentam: a união é dirigida ao estabelecimento de uma plena comunidade de vida. Daí o matrimônio se distinguir de outras uniões sexuais juridicamente reconhecidas.

Na doutrina brasileira, Pontes de Miranda diz que o “casamento é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”³⁸. Washington de Barros Monteiro define o casamento “como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”³⁹. Silvio Rodrigues, por sua vez, preleciona que “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”⁴⁰.

Maria Helena Diniz, baseando-se no conceito de Gangi, diz que “casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mú-

³⁵ *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/2, p. 43.

³⁶ *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Familia*, 4º tomo, vol. 1, p. 10.

³⁷ Ob. cit., p. 11.

³⁸ *Tratado de Direito de Família*, vol. I, p. 96.

³⁹ *Curso de Direito Civil*, 2º vol., p. 22.

⁴⁰ *Direito Civil*, vol. 6, p. 19.

tuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família“⁴¹.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz conceituam o casamento como “o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”⁴².

O Código Civil brasileiro não define o casamento. Aliás, não é tarefa da lei, mas sim da doutrina, definir institutos. À lei competente tão-somente regular direitos e obrigações, com vistas a aperfeiçoar as relações humanas e proteger as pessoas que vivem em sociedade. Não obstante tal assertiva, o Código Civil português agiu diferentemente, conceituando o casamento no art. 1577, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 496, de 25 de novembro de 1977: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

Dos conceitos ora trazidos, podemos intuir que o casamento é um negócio jurídico solene por meio do qual o homem e a mulher se unem perante a autoridade competente com o escopo de estabelecer uma comunhão de vida duradoura, lastreada no afeto, no respeito mútuo e na união de corpos para

⁴¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 39.

⁴² *Direito de Família – Direito Matrimonial*, p. 121.

satisfação dos desejos sexuais. É erro dizer que o fim maior do casamento é a procriação, porque nem sempre ocorre o nascimento de filhos. Se fosse verdadeira a assertiva segundo a qual o matrimônio persegue a procriação, pessoas estéreis ou idosas não poderiam se unir em matrimônio.

2.2. Natureza jurídica do casamento

A concepção clássica depara no casamento uma relação puramente contratual, firmada por acordo entre os cônjuges. Essa concepção contratualista, originária do direito canônico (Cânon 1.012: *Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos*), via no consentimento o elemento mais essencial na formação do vínculo matrimonial.

A manifestação convergente de vontades dos nubentes, segundo a corrente contratualista, é a nota mais característica da natureza contratual do casamento. Por conta dessa concepção, a intervenção do sacerdote, a despeito de incluir-se no rol de formalidades, situa-se em plano manifestamente secundário.

O Código Napoleão acolheu a concepção contratualista do casamento, considerando-o um contrato civil ao qual se aplicavam todas as disposições

comuns aos contratos ⁴³. Aperfeiçoava esse contrato mediante o simples consentimento dos nubentes.

Endossando a concepção contratualista, os doutrinadores portugueses Pires de Lima e Antunes Varela prelecionam que a natureza jurídica do casamento é a de um contrato, a despeito de seus efeitos serem fixados na lei, tendo em vista a proteção dos direitos assegurados. A sua maior característica – e que lhe dá substância contratual – é o consentimento, tanto que na sua falta a celebração resta invalidada. Dizem eles: “Esse caráter fundamental do casamento reflete-se não só nas fórmulas sacramentais da prestação do consentimento (art. 189º, n. 1, al. “f”, e n. e, do Cód. Reg. Civil), mas também nos princípios da atualidade e do caráter pessoal do mútuo consenso (arts. 1617º e 1619º). O casamento por rapto ou por meio de compra da noiva pertencem, como diz Lechmann (ob. cit., p. 23), a épocas culturais ultrapassadas” ⁴⁴.

Cunha Gonçalves, outro doutrinador português, põe em destaque a natureza contratual do casamento: “A prova evidente de que o casamento é um *contrato* está em que ele tem por base o mútuo consenso, e lhe são aplicáveis algumas das normas relativas à capacidade, aos vícios de consentimento, às nulidades. (...) Além disso, o casamento é um contrato solene, porque só tem

⁴³ Após a eclosão da Revolução Francesa de 1789, a Assembléia Constituinte instalada proclamou que a lei considerava o casamento como um contrato civil.

⁴⁴ *Código Civil Anotado*, vol. IV, p. 23.

existência legal quando celebrado pelo oficial do registro civil e com todas as minuciosas formalidades legais”⁴⁵.

Como já foi dito, o Código Civil português em vigor, no art. 1577, confere ao casamento a natureza jurídica de contrato: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código” (grifamos).

A exemplo de Cunha Gonçalves e dos doutrinadores Pires de Lima e Antunes Varela, outros autores estrangeiros também comungam do pensamento segundo o qual o casamento é, em essência, um contrato.

Por outro lado, uma outra corrente doutrinária considera o casamento como uma instituição, na medida em que o matrimônio constitui uma grande instituição social. A concepção institucionalista, afastando a natureza contratual do casamento, defende a idéia de que os nubentes, ao celebrarem matrimônio, ingressam em estado sob o qual ficam indiscutivelmente sujeitos a normas preestabelecidas. O homem é livre para escolher a mulher com quem quer se casar. A mulher, por sua vez, é livre para escolher o homem a quem vai desposar. Porém, uma vez ajustada a realização do casamento, não é dado aos nubentes discutirem direitos e deveres conjugais, e tampouco é-lhes facultado o direito de criarem hipóteses de resolução da sociedade conjugal. É dizer, pois: as partes não têm liberdade para modificar a disciplina legal de suas

⁴⁵ *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, tomo I, p. 93.

relações. É a posição, entre outros, de Ripert e Boulanger⁴⁶ e de Guillermo A. Borda⁴⁷.

Ripert e Boulanger criticam a concepção contratual do matrimônio, ao argumento de que enquanto o contrato pode ser revogado a qualquer momento por consentimento mútuo, o matrimônio não, pois exige a intervenção da autoridade judicial e a presença de causas determinadas. É por isso que o casamento, segundo esses autores, “es una institución. Los esposos deciden llevar una vida en común, constituir un hogar, crear una familia. Constituyen así una agrupación con un cierto fin, lo que constituye el carácter propio de la institución, de lo que resulta que las voluntades individuales deben ceder ante el interés general de la familia que se creó”⁴⁸.

Uma terceira corrente sustenta a natureza mista ou eclética do casamento, ao unir o elemento volitivo ao elemento institucional. Daí a natureza mista ou eclética do matrimônio – a um só tempo um contrato e uma instituição. A lição de Planiol e Ripert é no sentido de que o casamento constitui um ato complexo, simultaneamente um contrato e uma instituição⁴⁹. No mesmo sentido encontramos a lição de Mazeaud *et* Mazeaud⁵⁰.

Ruggiero, após dizer que a concepção contratual, introduzida pelos canonistas, prevaleceu entre italianos e franceses, combate tenazmente a nature-

⁴⁶ *Tratado de Derecho Civil* – según el tratado de Planiol, tomo II, vol. I, p. 177.

⁴⁷ Ob. cit., p. 52. Mais adiante, citando Velez Sarsfield, Borda escreve: “como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entornces las peculiaridades de sua naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución”.

⁴⁸ Ob. cit., p. 177.

⁴⁹ Ob. cit., p. 57.

⁵⁰ *Lecciones de Derecho Civil*, vol. I, n. 711.

za contratual do matrimônio. A seu ver, o casamento não é nem um contrato nem uma instituição, mais sim um negócio jurídico complexo, a exigir o consenso dos nubentes e a vontade do Estado. Mas não chega a dizer que o casamento é um misto de contrato e instituição, mesmo porque ele abomina a idéia de contrato.

Os argumentos do mestre italiano merecem transcrição: “Abandonando portanto a concepção contratual, resta apenas considerar o casamento como um negócio jurídico completo, formado pelo consenso da vontade dos particulares e da vontade do Estado. Que não é um ato meramente privado, resulta da ineficácia do simples acordo dos esposos; que não é um simples ato administrativo ou um ato público prova-se pela combinação e conjugação do acordo dos cônjuges com a declaração do funcionário público, representante do Estado. Assim se explica facilmente a razão porque, ao passo que, bastando o consenso inicial, a vontade dos cônjuges não seja suficiente para dissolver o vínculo. A sua irrevogabilidade e imutabilidade depende do fato de, sendo combinada com a do Estado, não poder já operar sozinha. A indissolubilidade do vínculo, importada no nosso direito pelo casamento canônico, tem fundamento diverso, pois que não repousa já sobre o caráter sacramental do matrimônio, mas decorre da intervenção do Estado que, tendo constituído a relação e reconhecendo necessário, devido a um alto interesse, imprimir-lhe um cará-

ter de perpetuidade, o subtrai à livre vontade dos esposos, assim como lhe subtrai os outros poderes e vínculos familiares”⁵¹.

Entre nós, encontramos partidários tanto da corrente contratualista quanto da corrente institucionalista. Alinham-se à primeira corrente os seguintes autores: Espínola⁵², Pontes de Miranda⁵³, Orlando Gomes⁵⁴, Caio Mário da Silva Pereira⁵⁵, Washington de Barros Monteiro⁵⁶, Jefferson Daibert⁵⁷, Hélio Borgui⁵⁸, Carlos Alberto Bittar⁵⁹. Mas alguns desses autores afirmam que o casamento é dotado de consequências peculiares. Trata-se, pois, de um contrato de Direito de Família. Orlando Gomes⁶⁰ ressalva, com base na doutrina de Degni, que à relação matrimonial se aplicam as regras de interpretação dos contratos de direito privado.

Alinham-se à segunda corrente (institucionalista), entre outros, os seguintes autores: Lafayette Rodrigues Pereira⁶¹, Silvio Rodrigues⁶², Maria Helena Diniz⁶³, Arnaldo Rizzardo⁶⁴.

⁵¹ Ob. cit., p. 87-89.

⁵² Ob. cit., p. 50.

⁵³ *Tratado de Direito de família*, vol. I, p. 96.

⁵⁴ *Direito de Família*, p. 48.

⁵⁵ *Instituições de Direito Civil*, vol. V, p. 40.

⁵⁶ Ob. cit., p. 25.

⁵⁷ *Direito de Família*, p. 25.

⁵⁸ *Casamento e União estável* – formação, eficácia e dissolução, p. 36.

⁵⁹ *Direito de Família*, p. 68-69.

⁶⁰ Ob. cit., p. 49.

⁶¹ *Direitos de Família*, p. 34.

⁶² *Direito Civil*, p. 21. Quanto à posição de Silvio, é mister registrar que esse autor considera o casamento como um *contrato* de direito de família (p. 19). Contudo, ao desenvolver o tema, afirma que se trata, na realidade, “de uma instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei” (p. 21).

⁶³ Ob. cit., p. 44.

⁶⁴ *Direito de Família*, p. 21.

A lição de Lafayette Rodrigues Pereira traduz, em essência, a opinião dos autores que verberam a natureza contratualista do casamento. Entende Lafayette que o contrato difere profundamente do casamento, seja em sua constituição, seja em seu modo de ser, seja em sua duração e seja enfim em relação ao alcance de seus efeitos. O casamento – acrescenta Lafayette ⁶⁵ – abrange a personalidade humana inteira, cria a família, dá nascimento a relações que só se extinguem com a morte, ao passo que os contratos, ao contrário, têm por objeto atos individuais e temporários, e regulam interesses materiais, efêmeros e suscetíveis de apreciação monetária.

Vistas as três correntes (contratualista, institucionalista e mista ou eclética), entendemos que a natureza jurídica do casamento é mista: é um contrato na sua celebração e uma instituição no seu desenvolvimento. Em algumas situações, podemos aplicar regras relativas aos contratos em geral. Em outras, porém, tais regras não têm aplicação, prevalecendo a sua natureza institucional.

O casamento repousa sobretudo na manifestação de vontade dos nubentes (isso porque, se apenas o homem quiser casar, não se forma o consenso indispensável à celebração do matrimônio), mas esse consenso, apesar de primordial, não é suficiente para a concretização do casamento, ficando ele sujeito a várias disposições que se afastam da concepção exclusivamente contratualista. Ainda que ambos os nubentes estejam plenamente de acordo com a

⁶⁵ Ob. cit., p. 34-35.

sua celebração, a verdade é que, na falta de observância de certas exigências legais, não haverá casamento. A exibição de documentos necessários à instauração do procedimento de habilitação de casamento – com a ulterior expedição de certidão de habilitação, válida por 90 (noventa) dias – é, por exemplo, uma dessas exigências legais. Há outras: não basta a convergência de vontades dos nubentes, pois ainda é preciso que a autoridade celebrante observe rigorosamente o disposto no art. 1.535, declarando efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

Por outro lado, os nubentes, na fase pré-matrimônio, não recebem permissão legal para firmar convenções livres acerca dos direitos pessoais que emanam do casamento. Quando muito, poderão firmar convenção acerca das relações patrimoniais, escolhendo o regime matrimonial. É o máximo que a lei lhes faculta (CC, art. 1.639, *caput*). Assim mesmo, em determinadas hipóteses, os nubentes não estão autorizados sequer a escolher o regime patrimonial (CC, art. 1.641).

A lei não lhes faculta, ademais, firmar, no curso do casamento, cláusulas permissivas da dissolução da sociedade conjugal. As hipóteses ensejadoras da dissolução do casamento estão expressamente previstas na lei, não sendo permitido aos cônjuges ampliá-las ou reduzi-las.

Por aí se percebe que o casamento contém facetas: uma delas apresenta feição contratual, consubstanciada no acordo de vontades quanto à celebração do casamento; a outra, porém, congrega natureza institucional, na medida em que a convergência de vontades não leva, por si só, ao casamento. Portanto, o casamento é a um só tempo um contrato e uma instituição. Ou, como dizem Planiol e Ripert, é um ato complexo, simultaneamente um contrato e uma instituição.

3. Família decorrente de união estável

A Constituição Federal cuidou de regular a união estável no § 3º do art. 226: “Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Não era dado ao constituinte desconhecer a situação e tampouco fechar os olhos para uma realidade consolidada muito tempo antes de 1988.

A indissolubilidade do casamento, sistema que vigorava ao tempo da Carta Magna de 1967 (e também sob a égide das Constituições anteriores), contribuiu sensivelmente para o aumento de uniões sem casamento entre ho-

mens e mulheres ⁶⁶. É lógico que outras causas também concorreram para a existência desses relacionamentos afetivos ⁶⁷, mas, a par de tais causas, a indissolubilidade do vínculo matrimonial teve papel importante no recrudescimento de uniões afetivas.

As pessoas legalmente separadas (na época, a lei empregava a expressão “desquite”) não podiam celebrar novo casamento, pois o vínculo da indissolubilidade matrimonial fazia com que os “desquitados” ficassem presos permanentemente a seus ex-consortes. A Constituição não autorizava a ruptura do cordão da indissolubilidade matrimonial. O casamento terminava, mas o vínculo, não. Apenas a morte, e somente ela, permitia a ruptura e a possibilidade de novo matrimônio. A Igreja Católica se opôs tenazmente à dissolução do vínculo matrimonial. Dessa forma, era natural que os casamentos de fato (uniões) fossem ganhando terreno entre nós ⁶⁸.

Nesse sistema tão rígido e ao mesmo tempo tão irreal, era evidente que as uniões entre homem e mulher aconteciam com frequência espantosa. Nem mesmo as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do “desquite” e da correlata permanência do dever de fidelidade entre os ex-cônjuges eram suficientes para impedir a profusão dessas uniões.

⁶⁶ Em 1977, a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho, alterou o art. 175 da Constituição Federal de 1967, instituindo o divórcio entre nós. Em razão dessa modificação constitucional, o divórcio permitiu a dissolubilidade do vínculo matrimonial.

⁶⁷ Como bem pondera José Carlos Barbosa Moreira, nas classes mais pobres e socialmente marginalizadas sempre se proliferaram uniões informais, cujos partícipes, por falta de recursos ou de interesse, não tomavam a iniciativa de casar-se (O novo Código Civil e a união estável, p. 52).

⁶⁸ Silvio Rodrigues anota, sem minhas palavras, que “a Igreja Católica sempre se apresentou como a grande batalhadora contra a admissão do divórcio, lutando contra ele no Parlamento, nas ruas e nos púlpitos, cada vez que se cuidou em admiti-lo. Basta examinar os anais do Congresso, ou o noticiário da imprensa por ocasião dos debates, para se verificar seu denodado esforço para lhe impedir a instituição” (*O divórcio e a lei que o regulamenta*, p. 7).

Essas uniões não contavam com o apoio da lei, pois o Código Civil de 1916 só conhecia a família legítima, oriunda do casamento. Às uniões e às famílias formadas à margem do casamento, o legislador lançava-lhes a pecha de ilegítimas. Somente os filhos nascidos de pais casados entre si eram considerados *filhos legítimos*; os demais, *filhos ilegítimos*.

Desse modo, quando homens legalmente separados passavam a manter relacionamento estável com mulheres também separadas, o filho advindo dessa união era considerado ilegítimo e, como tal, não podia ser reconhecido por ambos os pais ⁶⁹.

Tínhamos então duas classes de filhos: os legítimos e os ilegítimos ⁷⁰. Os últimos recebiam a classificação de naturais e espúrios. Os naturais eram filhos de pais que não apresentavam impedimento para o casamento. Tanto isso é verdade que poderiam unir-se em matrimônio a qualquer momento. Ocorrendo as bodas, esses filhos eram legitimados pelo subsequente casamento dos pais. E ainda que não ocorresse enlace matrimonial entre eles, a lei permitia o reconhecimento dos filhos naturais. Já os espúrios, subdivididos em incestuosos e adulterinos, não podiam ser reconhecidos pelos pais ⁷¹. Incestuosos eram os filhos cujos pais apresentavam parentesco próximo (ou afi-

⁶⁹ Só em 1942, o art. 1º do Decreto-lei n. 4.737, de 27 de setembro, permitiu o reconhecimento dos filhos de cônjuges desquitados. Mas esse diploma legal ainda era insuficiente, pois só possibilitava o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio *depois do desquite*, não se referindo a outras causas de terminação da sociedade conjugal. Em 1949, a Lei n. 883, de 21 de outubro, autorizou o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento *depois de dissolvida a sociedade conjugal*, situação que abrangia não só o desquite como também outras hipóteses.

⁷⁰ O Código Civil de 1916 também cuidava dos filhos legitimados, equiparando-os aos filhos legítimos. A legitimação resultava do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de nascido o filho (art. 353).

⁷¹ Era este teor o art. 358 do Código Civil de 1916: “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

nidade), não podendo se casar (CC de 1916, art. 183, incs. I a V), ou como pontificava Carlos Dayrell, eram os filhos que procediam de uniões à margem da lei de pessoas que, por motivo de parentesco natural, civil ou afim, não podiam contrair casamento entre si”⁷²; os adulterinos eram os filhos oriundos de pais já casados – o nascimento decorria de um relacionamento extraconjugal⁷³. Quanto a esses últimos, a doutrina ainda falava em filiação unilateralmente adulterina, quando apenas um dos genitores era casado, e aí tínhamos adulterinos *a patre* (apenas o pai era casado) e adulterinos *a matre* (apenas a mãe era casada); quando ambos eram casados, dizia-se filiação bilateralmente adulterina, isto é, adulterinos *a patre* e *a matre*.

Em lenta evolução legislativa, o legislador permitiu, primeiro, o reconhecimento de filhos espúrios após a consumação do desquite (Decreto-lei n. 4.737/1942); depois, veio a Lei n. 883/1949, que ampliou as hipóteses de reconhecimento, permitindo o reconhecimento do filho havido fora do casamento não só após a decretação do *desquite*, mas também após a *dissolução da sociedade conjugal*. Em 1977 veio a Lei do Divórcio e, com ela, a alteração da Lei n. 883/49. O legislador acrescentou um parágrafo ao art. 1º da Lei n. 883/49, admitindo, ainda na vigência do casamento, o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio⁷⁴.

⁷² *Da Filiação Ilegítima no Direito Brasileiro*, p. 146.

⁷³ Carlos Dayrell definia os adulterinos como “os filhos gerados por pessoas não casadas uma com a outra e impossibilitadas de se consorciarem por motivo de impedimento decorrente de vínculo matrimonial não dissolvido” (ob. cit., p. 159).

⁷⁴ Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 883/49: “Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

Embora o legislador pátrio, com a edição de tais leis, tivesse a clara intenção de autorizar o reconhecimento de filhos ilegítimos em algumas hipóteses antes vedadas pelo Código Civil de 1916, havia ainda muito preconceito e muita discriminação legal em relação a essa filiação, pois o espúrio não podia ser reconhecido pelo pai ou mãe cujo casamento continuasse a subsistir. Portanto, enquanto a sociedade não estivesse dissolvida, o reconhecimento voluntário estava legalmente proibido, assim também a ação investigatória para declarar a filiação. Essa situação perdurou até 1988, quando a Constituição Federal proclamou, no art. 227, § 6º, entusiasticamente, a equiparação de todos os filhos: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Pronto, encerrava-se definitivamente o ciclo de discriminação e de intolerância do legislador infraconstitucional. Todos os filhos, a partir da Carta Magna de 1988, passaram a receber o mesmo tratamento, sendo vedadas as tão conhecidas e vexatórias designações discriminatórias, algumas delas empregadas pelo legislador de 1916 (*filhos ilegítimos, filhos adulterinos, filhos incestuosos, filhos bastardos, filhos sacrílegos*, etc.). Em 1989, a Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, revogou o art. 358. Vieram mais tarde as Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996, a primeira disciplinando o direito dos companheiros a alimentos, a segunda regulamentando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Portanto, a união estável foi, paulatinamente, ganhando espaço no ordenamento jurídico até receber completa proteção do Estado. Foi erigida pela Carta Magna em entidade familiar (CF, art. 226, § 3º) ao lado da família proveniente do casamento. E mais: mercê de enunciado constitucional (CF, art. 227, § 6º), os filhos nascidos de pessoas vivendo em união estável passaram a ter os mesmos direitos que os filhos nascidos de pessoas unidas pelo matrimônio.

Disso resulta a seguinte constatação: o nosso ordenamento jurídico prevê duas modalidades de família, uma decorrente do casamento, outra, da união estável. Apesar de ambas receberem tratamento constitucional, não é possível igualá-las, na medida em que casamento não é união estável e união estável não é casamento.

Nem foi a intenção do constituinte igualar os institutos. Tanto isso é verdade que a própria Carta Magna baixou recomendação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a união estável em casamento (CF, art. 226, § 3º). Ora, fossem iguais os institutos, não haveria razão para o Texto Constitucional tratar tanto de casamento quanto de união estável. Se o fez é porque há diferença entre eles.

Essas diferenças são sentidas principalmente nas questões patrimoniais entre conviventes. Quanto às relações pessoais, o art. 1.724 do novo Código Civil dispõe que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação

dos filhos. Lealdade, respeito e assistência material são deveres impostos tanto aos cônjuges quanto aos conviventes em suas relações interpessoais. Da mesma forma, o sustento e a educação dos filhos menores constitui deveres de ambos os pais, pouco importando se vivam em união estável ou estejam unidos pelos laços matrimoniais.

Em apertada síntese, podemos dizer que a união estável, sobre ser uma realidade social, conta com a proteção do Estado. Em todos os segmentos da população encontramos pessoas vivendo em união estável, mas é na camada mais pobre que o instituto vem ganhando adeptos.

3.1. Conceito de união estável

Antes do advento do novo Código Civil, a doutrina, de um modo geral, empregava *concubinato* e *companheirismo* ou *união estável* como palavras sinônimas. Havia, é certo, algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto ⁷⁵, mas era possível a utilização de *concubinato* e *união está-*

⁷⁵ Enquanto Pinto Ferreira não via distinção entre *concubinato* e *união estável*, conceituando o concubinato como “a união estável e prolongada de homem com mulher, vivendo no mesmo teto ou em teto diferente, que não estão ligados entre si pelo casamento, revestindo-se, porém, de notoriedade, fidelidade da mulher e continuidade de relacionamento sexual” (*Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*, p. 108), Adelina Bitelli Dias Campos, citando jurisprudência do STF e artigo de Mário Aguiar Moura, sustentava que as expressões não eram sinônimas (Distinção entre companheira e concubina. Efeitos patrimoniais, *Revista Justitia*, 156, p. 93). A nosso ver, as expressões podiam ser empregadas indistintamente, apesar de a palavra *concubinato*, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, suportar, em época distante, carga de conotação inequivocamente pejorativa, suscitando a idéia de ligação clandestina, mantida em geral por homem casado à margem da lei e do contexto social (Ob. cit., p. 51). Curioso é que, segundo informa Vandick Londres da Nóbrega, o concubinato não consistia, no direito romano, numa união transitória, repelida pela moral. “A *concubina* romana – salienta Nóbrega – diferia da *meretrix*, e não constituía qualquer estigma para a mulher ser uma *concubina* (*História e Sistema do Direito Privado Romano*, p. 498).

vel indistintamente, sobretudo se se tratasse de *concubinato puro*. Para Silvio Rodrigues ⁷⁶, união estável é o nome dado pelo constituinte ao concubinato.

Hoje em dia, contudo, depois da promulgação do novo Código Civil, não há mais falar em expressões sinônimas. O companheirismo decorre de uma união estável amparada pelo direito, enquanto o concubinato, diferentemente, é considerado uma relação ilícita entre homem e mulher. Isso porque o art. 1.727 do novo Código Civil diz ser *concubinato* as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar.

A lei quis diferenciar a união estável do concubinato, mas não foi muito feliz nesse desiderato. A interpretação meramente literal do dispositivo encerra uma contradição: com efeito, o art. 1.723, § 1º, no novo Código impede a configuração da união se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ⁷⁷, salvo em relação às pessoas casadas que se acharem separadas de fato ou judicialmente. Ora, como os separados de fato e os separados judicialmente, vivendo em regime de união estável, também estão impedidos de celebrar matrimônio, poderiam ser enquadrados na categoria de concubinos, a teor do disposto no art. 1.727 do novo Código. Mas não foi essa a intenção da lei ao empregar as palavras *impedidos de casar*, tanto que permitiu a união estável de pessoas judicialmente separadas ou separadas de fato. Bem por isso, no dizer de Eu-

⁷⁶ *Direito Civil*, p. 299.

⁷⁷ O art. 1.521 dispõe: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

clides de Oliveira ⁷⁸, comporta reparo a menção aos “impedidos de casar”, uma vez que existe a previsão do art. 1.723, § 1º, do novo Código.

Portanto, impõe-se a alteração do art. 1.727, com a substituição da expressão *impedidos de casar* por outra mais adequada e compatível com o novo perfil legal.

Em síntese, *concubinato* e *união estável* não são expressões sinônimas, na medida em que a primeira traduz o relacionamento não eventual (relacionamento fora do casamento ou da união estável) entre homem e mulher, isto é, o relacionamento não eventual entre homem e mulher que se dá paralelamente ao casamento ou à união estável.

Pois bem, feitas essas considerações iniciais, é preciso repisar que a Constituição Federal cuidou no art. 226 e parágrafos tanto da família proveniente de casamento quanto da oriunda de união estável. As duas receberam a proteção constitucional do Estado.

A nossa Constituição anterior não se referia à união estável, tratando tão-somente do casamento, e a razão dessa omissão era simples: somente a união proveniente de casamento contava com o apreço da Igreja Católica e de alguns segmentos conservadoristas. Logo, não era conveniente que a união estável também figurasse no Texto Constitucional. No entanto, os tempos mudaram, as pessoas mudaram e a legislação também mudou.

⁷⁸ Ob. cit., p. 107. Rodrigo da Cunha Pereira também critica a expressão *impedidos de casar*, fazendo a seguinte proposição: “Essa expressão deveria ser modificada para traduzir com mais clareza o sentido e o espírito do referido dispositivo” (Da união estável, *Direito de Família e o Novo Código Civil*, p. 264).

A proteção constitucional, antes voltada exclusivamente ao casamento, foi estendida à união estável, considerando-a entidade familiar formada pela ligação entre o homem e a mulher. Depois da Constituição de 1988, duas importantes leis vieram a tratar da união: a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.728/96. A primeira lei disciplinou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, enquanto a segunda regulou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. O art. 1º dessa última lei estabeleceu o seguinte: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Qual o conceito de união estável? Washington de Barros Monteiro diz: “União estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes dessa relação de companheiros” ⁷⁹. Edgard de Moura Bittencourt fornece este conceito: “Concubinato é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio” ⁸⁰. Irineu Antonio Pedroti, por sua vez, preleciona que o “concubinato consiste na união de um homem com uma mulher, sem ligações pelos vínculos matrimoniais, durante tempo duradouro, sob o mesmo teto, ou diferente, com aparência de casados – *more uxorio*” ⁸¹. Para

⁷⁹ Ob. cit., p. 30.

⁸⁰ *Concubinato*, p. 14.

⁸¹ *Concubinato e União Estável*, p. 5.

Semy Glanz ⁸², união estável é a união duradoura entre homem e mulher formadora de família, sem casamento.

A par de tais conceitos, Silvio Rodrigues apresenta um conceito diferente, que leva em conta a fidelidade da mulher ao homem. Diz o mestre que a união estável é “a união do homem e da mulher, fora do casamento, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem” ⁸³. Mas o saudoso mestre fez questão de advertir que, depois da promulgação das Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, o campo de realidade do conceito sofreu alteração.

De fato, com o advento de tais diplomas legais, em especial do último deles (Lei n. 9.278/96), não merece subsistir o conceito de Silvio Rodrigues. A união estável não implica apenas a presumida fidelidade da mulher ao homem, mas também a deste àquela.

Para finalizar este item, podemos dizer que união estável é a união, sob o mesmo teto, de homem e mulher, sem vínculos matrimoniais entre si, união essa revestida de publicidade, continuidade e durabilidade, com o objetivo de constituição de família.

⁸² União estável. *O Direito na década de 1990: novos aspectos*, p. 189.

⁸³ *Direito Civil*, p. 287.

3.2. Elementos da união estável

Visto o conceito, é mister anotar agora que a união estável exige a concorrência dos seguintes elementos ⁸⁴:

3.2.1. Diversidade de sexo.

Não há união estável entre pessoas do mesmo sexo, pelo menos do ponto de vista constitucional e legal. A diversidade de sexo é um dos elementos essenciais à configuração da união estável. Com efeito, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal fala em união estável entre homem e mulher, e não em união estável entre duas pessoas. É certo que, não raro, encontramos homossexuais vivendo sob o mesmo teto, em ambiente marcado pelo respeito, lealdade e assistência material. Contudo, essa convivência não configura, sob a ótica estritamente constitucional e legal, união estável, mas sim simples sociedade de fato, dando ensejo à divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo não configura união estável, senão sociedade de fato. Eis a ementa do acórdão:

⁸⁴ No dizer de Pedro A. Talavera Fernández, a caracterização da união, de acordo com a doutrina espanhola, exige os seguintes elementos: a) relación monogámica no matrimonial; b) comunidad de vida; c) estabilidad; d) relaciones sexuales; e) ausencia de formalización constitutiva; f) notoriedad: publicidad de la relación; g) cumplimiento espontáneo de los deberes recíprocos de solidaridad” (*La unión de hecho y el derecho a no casarse*, p.54-70).

*“Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do CCivil” (Recurso Especial n. 148.897-MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10-2-1998 – RSTJ 110/313)*⁸⁵.

Não obstante tal decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem assentado, em vários precedentes jurisprudenciais, que a união entre homossexuais configura união estável, pois não há razão para a lei diferenciar a união entre homem e mulher e a união entre homossexuais. Pede-se vênia para transcrever a seguinte ementa:

“Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios gerais do direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002. Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com

⁸⁵ www.stj.gov.br.

o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas” (Apelação Cível n. 70005488812, 7ª Câ., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 25-6-2003)⁸⁶.

Como se trata, na visão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de união estável, competente para dirimir os litígios daí resultantes é, sempre, o juiz da vara de família. Vejamos, a propósito, a seguinte ementa:

“Relações homossexuais. Competência da vara de família para julgamento de separação em sociedade de fato. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo é das varas de família, conforme precedentes desta câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais,

⁸⁶ No mesmo sentido: Apelação Cível n. 70006542377, 8ª Câ., rel. Des. Rui Portanova, j. 11-9-2003; Apelação Cível n. 70007243140, 8ª Câ., rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 6-11-2003. Todas essas decisões podem ser encontradas no site www.tj.rs.gov.br.

*pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto à opção sexual, sendo incabível, assim, quanto à sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido” (Conflito de competência n. 70000992156, 8ª Câ., rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 29-6-2000)*⁸⁷.

Apesar de tais decisões, o nosso entendimento é no sentido de que, no Brasil, somente a união entre homem e mulher configura união estável, excluídos, assim, os homossexuais, embora a proteção constitucional se estende a eles, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio princípio da isonomia.

Diferentemente do Brasil, outros países consideram união de fato a estabelecida entre duas pessoas independentemente do sexo⁸⁸.

3.2.2. Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial.

A lei civil impede a formação da união estável se estiverem presentes um dos impedimentos do art. 1.521. Assim, a teor do mencionado dispositivo,

⁸⁷ www.tj.rs.gov.br.

⁸⁸ Em Portugal, por exemplo, a Lei n. 7/2001, de 11 de maio, adotou medidas de proteção às uniões de fato. O art. 1º desse diploma legal estabelece: “A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de fato há mais de dois anos”. Portanto, a legislação lusitana protege tanto a união entre homem e mulher quanto a união entre dois homossexuais.

a união de um irmão com uma irmã não configura união estável (CC, art. 1.521, IV). O mesmo se passa com as pessoas casadas: se um dos conviventes for casado, a lei não empresta ao relacionamento a validade de união estável, salvo na hipótese do art. 1.723, § 1º, do Código Civil (pessoas separadas judicialmente ou de fato).

3.3.3. Unicidade de vínculo

Unicidade de vínculo é, também, um elemento caracterizador da união estável. *Unicidade de vínculo* significa o estabelecimento de união apenas entre duas pessoas. O vínculo deverá se formar apenas entre duas pessoas de sexos diferentes. Sendo assim, não é dado ao homem, por exemplo, manter união simultânea com duas ou mais mulheres, freqüentando a casa delas alternadamente e com assiduidade.

Ora, como a união estável é, grosso modo, um casamento de fato, não é admissível a pluralidade de vínculos. A propósito, José Carlos Barbosa Moreira diz que a unicidade de vínculo está implícita na expressão *objetivo de constituir família*, “pois o ordenamento não admite que alguém constitua mais de uma família ao mesmo tempo”⁸⁹.

⁸⁹ Ob. cit., p. 58.

De fato, se a constituição de família é, realmente, um outro elemento caracterizador da união estável (ver infra, item “3.3.7.”), permitir o relacionamento paralelo seria o mesmo que conferir a um dos conviventes salvo conduto para ser desleal, infiel e abalar a estrutura moral da família. No escólio de Euclides de Oliveira, “refoge ao modelo de união estável, portanto, a ligação adulterina de pessoa casada, sem estar separada de fato do seu cônjuge. Ordinariamente, em tais casos, procura-se preservar do conhecimento público o amasiamento, em proteção ao lar conjugal, mas ainda que houvesse alarde da situação estaria presente a ilicitude da segunda união, anômala. O mesmo se diga das uniões desleais, isto é, de pessoa que viva em união estável e mantenha uma outra simultânea ligação amorosa”⁹⁰.

A unicidade de vínculo é, pois, fundamental para a caracterização da união.

3.3.4. Convivência pública, contínua e duradoura

O art. 1.723, *caput*, do Código Civil exige, para a configuração da união estável, esses três elementos: convivência pública, contínua e duradoura. Quanto ao adjetivo *pública*, a lei não impõe, é mister observar, que o casal se entregue a fazer publicidade de seu relacionamento. Não é isso o que quer a lei, com a expressão *convivência pública*, mas sim que a união ocorra às claras, tendo potencialidade para chegar ao conhecimento de terceiros, sejam

⁹⁰ Ob. cit., p. 127.

estes vizinhos do casal, sejam pessoas do círculo de amizades dos conviventes. Embora o elemento *publicidade* possa se confundir com notoriedade, não se exige tanto para a caracterização da união, porquanto, como pondera Euclides de Oliveira ⁹¹, basta que os companheiros não se mantenham misteriosos aos olhos do público. Convivência *pública* opõe-se, pois, a convivência clandestina, marcada por encontros furtivos ou secretos.

Além de pública, essa convivência precisa ser contínua e duradoura. É contínua a convivência que não sofre constantes interrupções. Como bem salienta Zeno Veloso, a união tem de ser duradoura e contínua, não podendo ser “circunstancial, momentânea, episódica, eventual, intermitente” ⁹². Se a vida em comum for marcada por seguidas pausas, com voluntárias rupturas do relacionamento, obviamente não se configurará a união estável. E mais: meras relações sexuais acidentais e precárias, mesmo que durante muito tempo, não ensejam a configuração de união estável.

Não basta, porém, convivência pública e contínua, pois a lei exige outro elemento: a durabilidade. Isto é, exige que o relacionamento seja duradouro, que tenha razoável período de duração. Um simples relacionamento que comece hoje e termine daqui a duas semanas não poderá, por óbvio, ser transformado em união estável. É preciso, antes, que a convivência se prolongue por tempo considerável e haja entre o homem e a mulher o ânimo de se unir com a intenção de constituir uma família.

⁹¹ Ob. cit., p. 132.

⁹² *União Estável*, p. 71.

O art. 1.724, *caput*, do novo Código Civil fala em união entre homem e mulher, mas não fixa prazo mínimo de duração de convivência, no que agiu muito bem. O Anteprojeto do Código Civil, na sua primeira edição, estabelecia prazo de cinco anos, a teor do art. 1.989: “Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um deles”. A idéia era assinar prazo mínimo de duração para fins de configuração da união estável. O prazo de cinco dias contava, por sinal, com a simpatia da jurisprudência da época. A própria Lei n. 8.971/94 também fixava prazo de cinco anos, como regra, para a propositura de ação de alimentos ⁹³. Em 1996, com a superveniência da Lei n. 9.278/96, o legislador ordinário abandonou o elemento temporal, contentando-se com a convivência duradoura. E hoje, com a vigência do Código Civil, a questão do prazo de convivência está, ao que parece, definitivamente encerrada. Rodrigo da Cunha Pereira ⁹⁴ aplaude a evolução do novo Código ao não incluir no art. 1.723 a demarcação de um tempo rígido para a caracterização da união estável, como fazia a Lei n. 8.971/94, pois, a seu ver, pode ser que uma relação entre homem e mulher, com 30 anos de duração, seja um simples namoro, ao passo que uma relação de apenas um ou dois anos constitua uma família. Para Euclides de Oliveira ⁹⁵, o atual Código, deixando de fazer menção ao prazo, abandonou de vez o critério temporal previsto na Lei n. 8.971/94.

⁹³ Art. 1º da Lei n. 9.871/94: “A companheira comprovada de um homem solteiro, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”.

⁹⁴ Ob. cit., p. 260.

⁹⁵ Ob. cit., p. 102.

A Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Aviso n. 137, de 19 de agosto de 1996, aprovou vários enunciados, sendo o Enunciado n. 4 do seguinte teor: “Considerando que o ideal de uniformidade dos entendimentos judiciais, indica-se o prazo de 5 (cinco) anos, consagrado pela consciência jurídica nacional e por diversos textos legais, como critério para a configuração da convivência duradoura, salvo quando as peculiaridades de cada caso concreto recomendarem o contrário”.

Para nós, não há que se falar em lapso temporal mínimo para a configuração da união. Se a lei não estabeleceu prazo mínimo de duração da união, é vedado ao intérprete exigi-lo, sob pena de transmudar-se em legislador. Cabe-rá ao juiz, havendo litígio, decidir no caso concreto se o prazo de duração da convivência é apto para gerar o reconhecimento judicial da união estável.

Anote-se, a propósito, que, com a promulgação da Lei n. 9.278/96, o prazo de cinco anos previsto na Lei n. 8.971/94 passou a ser desconsiderado por alguns tribunais, conforme dá conta a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Concubinato – Alimentos – União estável – Prazo mínimo de convivência de cinco anos – Lei n. 8.971/91 – Derrogação, no mínimo em parte, quando não total, pela Lei n. 9.728/96. A Lei n. 8.971/94 fixou prazo ‘há mais de cinco anos’ para fins de assistência mútua alimentar entre concubinos, mas a Lei n. 9.278/96, disciplinando norma constitucional, omitiu o prazo e consignou

‘convivência duradoura, pública e contínua’, deixando, em termos, ao critério do julgador estabelecer o prazo e condições para reconhecimento da união estável, o que significa dar ao juiz a responsabilidade enorme de apreciar subjetivamente, no contexto da prova, o que seja convivência duradoura, pública e contínua. A Justiça carioca, em sua maioria, considerou ideal o prazo de cinco anos, ‘consagrado pela consciência jurídica nacional e por diversos textos legais’, como critério para configuração de convivência duradoura, salvo casos peculiares. Já os juízes especializados de São Paulo passaram a considerar o prazo mínimo de dois anos de união, a fim de que um dos companheiros possa requerer os benefícios. Não há critério científico ou consuetudinário que dê legitimidade absoluta a uma ou outra das soluções. Uma união entre homem e mulher pode durar dez ou mais anos e não ser, necessariamente, estável (texto constitucional), como pode durar menos de cinco e atender a este requisito. Qualquer prazo mínimo não deve ser imposto em termos absolutos. Importa, isto sim, a existência de certa continuidade e um entrosamento subjetivo para distingui-la de uma união passageira, descomprometida. Fixar um prazo cronológico mínimo para aferir a existência de uma união estável é correr o risco de detectá-lo onde não existe ou, o que é pior, negá-la onde de fato se afigura”

(*TJSC, 2ª CC, AI n. 9.812.159-0, rel. Des. Vanderlei Romer, DJSC 28-12-1999, p. 9*).

A nossa lei civil, portanto, não estabelece prazo mínimo para a configuração da união, diversamente de Portugal, cuja Lei n. 7/2001 exige, no art. 1º, n. 1, convivência há mais de dois anos⁹⁶. Caberá ao juiz, diante do caso concreto, examinar todas as circunstâncias apontadas pelas partes, declarando configurada ou não a união estável.

3.3.5. Lealdade ou fidelidade

O art. 1.724 do novo Código Civil impõe aos conviventes, em suas relações pessoais, o dever de lealdade. O nosso direito não usa a expressão *fidelidade*, diversamente do que ocorre com o instituto do casamento⁹⁷, por isso é oportuno indagar se o vocábulo *lealdade* encerra a idéia de *fidelidade*.

A resposta é afirmativa. *Lealdade* ou *leal*, segundo os léxicos, significa fidelidade aos compromissos assumidos⁹⁸ ou fiel aos seus compromissos⁹⁹. É leal quem age com sinceridade, não enganando a outra pessoa. O fato de o

⁹⁶ Ver nota de rodapé 88.

⁹⁷ Art. 1.566, inc. I, do Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca”.

⁹⁸ *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, verbete “lealdade”.

⁹⁹ *Dicionário Aurélio Eletrônico*, verbete “leal”.

legislador não ter empregado o termo *fidelidade* não isenta os conviventes de cumprirem o dever de fidelidade

Como preleciona Maria Helena Diniz, “não havendo fidelidade, o relacionamento passará à condição de ‘amizade colorida’, sem o *status* de união estável”¹⁰⁰. A quebra do dever de lealdade ou fidelidade poderá ensejar a ruptura da união estável e até mesmo ação de indenização por dano moral.

3.3.6. Coabitação

Sem embargo da opinião de autores que consideram dispensável a coabitação¹⁰¹, a coabitação é, a nosso ver, elemento necessário à configuração da união estável. Se não houver coabitação, não haverá união estável, exceto se circunstâncias excepcionais imponham a separação física dos conviventes, como doença, viagem profissional, seqüestro, etc.

Embora a união estável não se equipare ao casamento, não é equivoco dizer que a união convivencial é uma espécie de casamento de fato entre o homem e a mulher. Daí a necessidade de coabitação. É certo que o Código Civil não prevê a vida em comum no mesmo domicílio, como sucede com o casamento (CC, art. 1.566, inc. II), mas tal omissão não faz supor dispensa à coabitação. Já vimos que o legislador ordinário se mostrou um pouco tímido em relação ao instituto em exame, pois não fez menção à palavra *fidelidade*, preferindo outra em seu lugar (*lealdade*). Parece que o legislador contempo-

¹⁰⁰ *Curso...*, p. 321.

¹⁰¹ Edgard de Moura Bittencourt, ob. cit., p. 14; Irineu Antonio Pedroti, ob. cit., p. 5.

râneo, apesar de não compactuar com o seu antecessor, não quis ser explícito em matéria convivencial para não dar a impressão que estava, sob o ponto de vista pragmático, equiparando os dois institutos e incentivando a opção pela união estável. No fundo, porém, extrai-se dos dispositivos a conclusão de que a coabitação é necessária. Até porque, acrescente-se, quem vai constituir família (e note-se que a união estável é estabelecida como objetivo de constituir família – CC, art. 1.723, *caput*) almeja uma vida a dois, *more uxorio*. Falando sobre os requisitos subjetivos para a caracterização da união estável, Francisco José Cahali preleciona: “Veja-se, pois, ser requisito efetivo do concubinato a comunhão de vidas, de corpo e alma, de carne e espírito, a mais pura e desinteressada intenção de unir os respectivos destinos com respeito e compreensão, e, juntos, projetar novos caminhos à vida. E a própria referência à similitude do matrimônio (como se casados fossem) traz em si esta característica de convivência *more uxorio*”¹⁰². Fernando Malheiros Filho¹⁰³ sustenta, por seu turno, que a convivência *more uxorio* foi erigida à condição *sine qua non* para a configuração do relacionamento. Segue a mesma trilha Orlando Soares¹⁰⁴.

De resto, convém assinalar que a coabitação levará os conviventes a darem fiel cumprimento aos deveres previstos no art. 1.724 do novo Código. Aliás, o Enunciado n. 2 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é do seguinte teor: “É indispensável a convivência sob o mesmo teto, *more uxorio*, para caracterização da união estável”. Assim, sem embargo de opiniões em sentido contrario, assentadas inclusive na jurisprudência do Su-

¹⁰² *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, p. 76.

¹⁰³ *União Estável*, p. 35.

¹⁰⁴ *União Estável*, p. 30.

premo Tribunal Federal (Súmula 382) ¹⁰⁵, a convivência *more uxorio* é, a nosso ver, indispensável à caracterização da união estável, salvo se motivos excepcionais, como os mencionados linhas atrás, impedirem a permanência no mesmo lar ¹⁰⁶.

3.3.7. Objetivo de constituição de família

O objetivo de constituição de família está expressamente indicado no art. 1.723, *caput*, do novo Código Civil. Não basta, assim, a mera união entre homem e mulher. Antes é preciso que ambos tenham em mente constituir uma família.

Se a constituição de família não fosse um dos elementos componentes da união, o homem e a mulher que, por contingências da vida, ocupassem um mesmo imóvel durante anos, poderiam ser considerados conviventes ou companheiros, ainda que não tivessem animados pelo propósito de constituir família. Como bem observa Mário de Aguiar Moura, “a vontade de unir-se sob a forma de concubinato é fundamental. É o elemento volitivo, sem o qual estaria descaracterizada a vida sob o mesmo teto como concubinato” ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Súmula 382 do STF: “A vida em comum, sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

¹⁰⁶ Zeno Veloso entende que somente em uma situação excepcionalíssima poderá haver caso de união estável em que os protagonistas residam em locais diversos, em casas separadas, mas sempre com prova de convivência, isto é, havendo prova da intenção de constituir família (ob. cit., p. 71).

¹⁰⁷ *Concubinato: Teoria e Prática*, p. 37.

A relação aberta, desprovida de mútuo desejo de constituição de família, não configura, assim, união estável. O Tribunal de Justiça de São Paulo teve oportunidade, aliás, de examinar demanda envolvendo relação aberta entre homem e mulher: “Relação aberta – A ‘relação aberta’ não constitui nenhuma forma de concubinato; tal relação é definida na essência e estruturalmente ao descompromisso dos parceiros; daí porque não se falar em união estável entre homem e mulher” (*TJSP, 6ª CC, Ap. 167.994-1, rel. Des. Almeida Ribeiro, j. 10.9.92*).

Dessa forma, a constituição de família é um dos elementos caracterizadores da união estável.

4. Família monoparental

A família monoparental também recebe a proteção do Estado. Trata-se de entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As Constituições anteriores só se referiam à família decorrente de casamento. A atual Carta Política, ao contrário, inclui a família proveniente de relacionamento estável entre homem e mulher, e vai além, não esquecendo de mencionar a família monoparental, assim definida pelo Texto Maior: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º).

Referindo-se a tal família, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁰⁸ diz que entre as famílias não-fundadas em casamento, pode-se apontar a família *unilinear*, ou *monoparental*, constituída entre um dos pais e sua prole, decorrendo tal família da parentalidade, e não da conjugalidade. E mais adiante Guilherme Calmon Nogueira da Gama acrescenta: “A monoparentalidade, tal como reconhecida no texto constitucional, pode decorrer não apenas da vontade unilateral da pessoa no sentido de assumir sozinha a paternidade ou maternidade de seu filho, mas também pode resultar de circunstâncias alheias à vontade humana, como nos casos de morte, separação de fato ou judicial, divórcio”¹⁰⁹.

Para Eduardo de Oliveira Leite¹¹⁰ o conceito de família monoparental visa tanto a mãe (ou pai) que vive sozinho com seu filho, por qualquer razão, quanto a mãe (ou pai) que só tem laços de parentesco com o filho. Nessa última categoria entra o filho reconhecido por apenas um dos pais, ou o filho adotado por uma única pessoa.

Na realidade, a família monoparental sempre existiu – e sempre existirá. Jean Carbonnier¹¹¹, já nos idos de 1970, lançava mão do nome *família segmentar* para designar a relação mãe-filho (na família natural) ou após o divórcio (na família oriunda do casamento).

¹⁰⁸ *Direito de Família Brasileiro* (Introdução – Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional), p. 44.

¹⁰⁹ Ob. cit., p. 44-45.

¹¹⁰ A família monoparental como entidade familiar, em *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2, p. 52.

¹¹¹ *Droit Civil, La Famille, Les Incapacités*, tomo 2, p. 34.

No Brasil, apenas a terminologia *família monoparental* é nova, tendo aparecido nos livros de doutrina após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mas, desprezada a terminologia, ela é um fenômeno social antiquíssimo.

Não cabe aqui, evidentemente, fazer uma análise das causas formadoras da família monoparental – separação de fato, separação judicial, divórcio, morte, paternidade/maternidade não estabelecida –, primeiro porque iríamos fugir da proposta desta tese, segundo porque seria mister fazer uma incursão pelos campos da sociologia, antropologia, psicologia e outras disciplinas para as quais não temos o mínimo domínio.

O importante é registrar, nesta tese, a existência da família monoparental e destacar que o constituinte não fechou os olhos, felizmente, para uma realidade que existe há séculos no Brasil, não podendo ser ignorada.

CAPÍTULO II: REGIME MATRIMONIAL DE BENS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1. Regime de bens na história do direito e na atualidade

A vinculação do regime de bens ao matrimônio é muito antiga, advindo de séculos. Já no direito romano, havia essa vinculação se o casamento fosse realizado *cum manu* (v. Capítulo III, item “2”), passando os bens da mulher – o dote – a ser propriedade do marido. A instituição de dote foi utilizada com bastante frequência naquela época, aparecendo, aliás, como uma obrigação moral do pai ou dos irmãos.

No antigo direito germânico, por seu turno, o marido tinha o poder de administrar os bens da mulher, excluídos dessa administração os utensílios domésticos e os bens pessoais. No final do casamento o marido assumia a obrigação de entregá-los à mulher. Esse sistema de administração marital, conhecido pelo nome de *sistema de comunidade de administração*, se conservou durante a Idade Média. É certo que marido e mulher não possuíam, no antigo direito germânico, bens próprios, mas é certo também que tais bens formavam, durante o matrimônio, uma única massa, administrada exclusivamente pelo marido. Com a dissolução do casamento, os bens passavam a formar duas massas patrimoniais distintas: a do marido e a da mulher. No decorrer da Idade Média, porém, surgia, de forma embrionária, o regime de comunhão de

bens, implicando a formação de uma única massa patrimonial, massa essa pertencente a ambos os cônjuges, porém dividida igualitariamente em caso de dissolução da sociedade conjugal.

A comunhão de bens passou, com maior amplitude, para o direito português e, deste, para o direito brasileiro. Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 12, falava-se em casamento por *carta de ametade e segundo o costume do Reino*. Nas Ordenações Manoelinas, Livro IV, Título 7, não havia mais essa dicotomia, prevalecendo o regime da comunhão, salvo se outra coisa os nubentes tivessem convencionado em contrato. As Ordenações Filipinas também preservaram o regime da comunhão universal como o regime legal.

A influência do direito germânico e do direito português entre nós foi bastante acentuada, sobretudo em matéria de comunhão de bens, a ponto de o Código Civil de 1916 erigir o regime da comunhão universal de bens como o regime legal. É dizer, se os nubentes não celebrassem pacto ou se este fosse declarado nulo, o regime a vigorar entre eles seria o da comunhão universal de bens.

A par do regime da comunhão, outros regimes patrimoniais também eram conhecidos no período anterior à promulgação do Código Civil de 1916. Aliás, Teixeira de Freitas propunha, em seu Esboço, quatro regimes de bens: 1) comunhão de bens (arts. 1.330 a 1.342); 2) separação de bens (arts. 1.343 a 1.352); 3) simples separação de bens (arts. 1.353 a 1.361); 4) dotal (arts. 1.362 a 1.377).

Teixeira de Freitas definia os quatro regimes de bens desta maneira:

a) Comunhão de bens

“O casamento sob o regime de comunhão de bens será considerado uma *sociedade universal*, em que todo o *ativo* e *passivo*, presente e futuro, de cada um dos cônjuges, lhes fica pertencendo em partes iguais” (art. 1.331).

b) Separação de bens

“Entender-se-á que os cônjuges têm adotado o *regime de separação de bens*:

1º Quando no contrato de casamento tiverem absolutamente excluído a comunhão ou comunicação de bens entre eles, ou estipulado completa separação de bens. Não haverá diferença alguma entre a cláusula de exclusão da comunhão e a de separação de bens.

2º Quando nesse contrato declararam não ter casado segundo o costume geral do Império.

3º Quando a mulher for dotada pelo marido, ou este lhe deu ou prometeu bens, ou usufruto de bens, a título de arras, apanágios, ou sob qualquer

outra denominação, uma vez que assim conste da escritura do contrato de casamento.

4º Quando nesse contrato, posto que não excluíssem expressamente a comunhão ou comunicação de bens, estipularam todavia algum pacto ou cláusula incompatível com o regime da comunhão, como sejam a de comunhão somente dos adquiridos, - a de que os bens de cada um ou de um deles não ficarão sujeitos às dívidas contraídas pelo outro, - e a reversão dos bens de cada um, dissolvido o casamento sem filhos, para sua família ou herdeiros, ou para o dotante ou determinada pessoa.

5º Quando no contrato de casamento declararam ter casado segundo o *regime dotal*” (art. 1.343).

c) Simples separação de bens

“Dar-se-á o *regime de simples separação de bens* se os cônjuges, tendo excluído a comunhão de bens no todo ou em parte, não houverem expressamente estipulado o *regime dotal*” (art. 1.353).

d) Regime dotal

“Dar-se-á o *regime dotal*, se os cônjuges, tendo excluído a comunhão de bens no todo ou em parte, o houverem expressamente estipulado em seu contrato de casamento” (art. 1.362).

Com a promulgação do Código Civil de 1916, quatro regime de bens foram instituídos: 1) comunhão universal (arts. 262 a 268); 2) comunhão parcial (arts. 269 a 275); 3) separação de bens (arts. 276 a 277); 4) dotal (arts. 278 a 311). O legislador estabeleceu, como regime legal, o da comunhão universal de bens, nos termos do art. 258. Como o advento da Lei do Divórcio, porém, o regime legal passou a ser o da comunhão parcial.

A Lei n. 10.406/2002, que instituiu o Código Civil, manteve três dos quatro regimes previstos no Código Bevilacqua: comunhão universal; comunhão parcial; separação de bens. O regime dotal, desprezado pela população brasileira, foi substituído pelo regime da participação final nos aqüestos.

O novo Código entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, passando a regular, doravante, o estatuto patrimonial dos cônjuges.

2. Conceito de regime de bens

Não há casamento sem regime de bens. Ou os nubentes elegem o regime de bens a vigorar no casamento, ou então o ordenamento jurídico impede a realização do consórcio matrimonial.

Note-se que o art. 1.639 do Código Civil – primeiro artigo a disciplinar as relações patrimoniais entre os cônjuges - realça a importância do regime de bens, pois assegura aos nubentes o direito de estipular, mediante pacto, o que melhor lhes aprouver quanto às relações econômicas dentro da sociedade conjugal que em breve nascerá. E mesmo que os nubentes, por desinteresse, deixem de ajustar, pelo pacto, o regime de bens a vigorar, a lei presume que eles escolheram, tacitamente, o regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.640, *caput*, do Código Civil. O mesmo sucederá se o pacto for declarado nulo ou ineficaz.

Dessa forma, a ninguém é dado celebrar casamento sem escolher previamente o regime de bens a vigorar durante o matrimônio. É verdade que, em determinadas hipóteses, os nubentes não têm liberdade para escolher o regime de bens, porque a lei impõe a eles, de forma cogente, certo regime patrimonial (o da separação de bens), nos termos do art. 1.641, parágrafo único. Note-se, porém, que, mesmo nessa hipótese, apesar de os cônjuges não terem escolhido o regime patrimonial, a lei escolheu por eles, o que significa dizer que houve uma escolha, feita não pelos cônjuges, mas pela própria lei. A lei civil não abre nenhuma exceção à instituição do regime de bens após a celebração do casamento.

A lei só permite, consoante veremos oportunamente, a alteração do regime de bens se preenchidos certos requisitos, situação que só serve para confirmar o que dissemos há pouco: não existe casamento sem prévia escolha ou

imposição do regime de bens. A propósito, o art. 1.536, inc. VII, do Código Civil erige como requisito do assento de casamento a indicação do “regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial; ou o obrigatoriamente estabelecido”.

Vê-se, pois, que o regime de bens é de vital importância na vida dos cônjuges, razão por que é necessário examinar o seu conceito, quer na doutrina estrangeira, quer na doutrina nacional. Ripert e Boulanger, a propósito do direito francês, dizem que “El régimen matrimonial es el conjunto de las reglas relativas a los *intereses pecuniarios de los esposos durante el matrimonio*” ¹¹².

Sem fugir muito do conceito apresentado acima, Federico Puig Peña salienta que “los regímenes matrimoniales forman el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y em suas relaciones con los terceros” ¹¹³.

Eduardo A. Zannoni, por sua vez, define o regime de bens como o “conjunto de relações jurídicas de ordem – ou de interesse – patrimonial que o matrimônio estabelece entre os cônjuges e entre estes e terceiros” ¹¹⁴.

Cunha Gonçalves ressalta que “o regime de bens é o estatuto pelo qual os cônjuges se hão de reger nas suas relações patrimoniais, durante toda a sua

¹¹² Ob. cit., vol. IX, p. 19.

¹¹³ *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, vol I, p. 262.

¹¹⁴ *Derecho Civil: Derecho de Familia*, vol. 1, p. 376.

vida conjugal, estatuto que é também obrigatório para os respectivos herdeiros, e bem assim para terceiros, que tenham relações patrimoniais com os cônjuges”¹¹⁵. Outro jurista português, Francisco Manuel Pereira Coelho, conceitua o regime de bens como “o estatuto que regula, num determinado casamento, as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros”¹¹⁶.

Na doutrina brasileira, Pontes de Miranda preleciona que “regime de bens é o conjunto de regras, mais ou menos orgânico, que estabelece para certos bens, ou para os bens subjetivamente caracterizados, *sistema de destinação e de efeitos*. Assim, é possível falar-se de regime dos bens sujeitos à lei *Torrens*, de regime de zonas militarmente vigiadas, de regime das minas considerada de imediata utilidade para a defesa nacional e de regime matrimonial de bens”¹¹⁷.

Bem mais sucinto, Washington de Barros Monteiro diz que “regime de bens é o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento”¹¹⁸. Sucinto também se apresenta o conceito de Orlando Gomes: “Regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges”¹¹⁹.

Maria Helena Diniz, por sua vez, define o conceito de regime de bens desta forma: “Regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis

¹¹⁵ Ob. cit., p. 459.

¹¹⁶ *Curso de Direito de Família*, p. 261.

¹¹⁷ *Tratado de Direito de Família*, vol. II, p. 143.

¹¹⁸ Ob. cit., p. 183.

¹¹⁹ Ob. cit., p. 163.

às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes”¹²⁰.

Por conseguinte, regime de bens é um conjunto de normas legais reguladoras das relações patrimoniais entre os cônjuges (de um cônjuge em relação ao outro), ou entre estes e terceiros, durante o curso do casamento. Trata-se do estatuto patrimonial normalmente escolhido pelos cônjuges para regular as suas relações econômicas durante o casamento. Se estivesse vigente o Código Civil de 1916, poderíamos aduzir que o regime de bens regularia as relações econômicas *durante todo casamento*. Contudo, não se mostra possível, atualmente, incluir no conceito a expressão *durante todo o casamento*, uma vez que o art. 1.639, § 2º, do novo Código permitiu a alteração do regime patrimonial, de sorte que é equívoco afirmar, doravante, que o regime patrimonial deverá vigorar durante o todo o casamento.

O regime de bens leva em conta não apenas as relações patrimoniais entre os consortes, senão também as relações entre os consortes e terceiros; relações eminentemente pessoais não se misturam com as relações de cunho patrimonial.

¹²⁰ *Curso...*, p. 144.

O Código Civil de 2002 reforça tal assertiva ao regular, de um lado, as relações pessoais entre os cônjuges (Livro IV, Título I), e, de outro, as relações de ordem patrimonial (Livro IV, Título II). É dizer, o legislador reservou um título para o direito pessoal e um outro título para o direito patrimonial (Título II).

3. Natureza jurídica

Tem-se discutido na doutrina a natureza jurídica do regime de bens. É um contrato? É uma instituição? Qual a sua natureza jurídica? Ripert e Boulanger dizem que a maioria dos doutrinadores clássicos tem sustentado a idéia de que a natureza do regime de bens é contratual. No entanto, para Ripert e Boulanger “el régimen matrimonial tiene un carácter institucional. Esa institución es, por otra parte, accesoria a la del matrimonio. Debe su principio y su justificación a un acto de voluntad de los esposos en caso de que éstos hayan elegido su régimen y, en caso contrario, es puramente legal”¹²¹.

O nosso Código, ao tratar do regime de bens, ora emprega o vocábulo *pacto* (arts. 1.653, 1.654, 1.656), ora o vocábulo *convenção* (art. 1.655, 1.657). *Pacto* (ou contrato) e *convenção* são expressões sinônimas? Orlando

¹²¹ Ob. cit., tomo IX, p. 21.

Gomes¹²² diz que a *convenção*, segundo alguns doutrinadores (v.g., Capitant e Eduardo Espínola), compreenderia não só os negócios plurilaterais destinados a criar obrigações, como também os negócios reservados a modificar ou extinguir obrigações preexistentes, ao passo que o *contrato* seria idôneo exclusivamente à criação de obrigações. Para outros, continua Orlando Gomes, teria sentido mais amplo, compreendendo os acordos normativos. A seu ver, porém, a questão é puramente terminológica. É também a nossa opinião. Parece-nos que o Código empregou as duas expressões como sinônimas, pois se a intenção da lei fosse, realmente, diferenciar *pacto* de *convenção* não iria inserir no Capítulo II, cujo *nomem juris* é “Do pacto antenupcial”, ora a expressão *pacto*, ora a expressão *convenção*. A boa técnica legislativa exigiria a inserção de um único termo: *pacto antenupcial*.

Isso não significa dizer, porém, que o Código, empregando indistintamente os vocábulos *pacto* e *convenção*, tenha querido imputar ao regime de bens a natureza contratual. A nosso ver, o regime de bens não pode, *data venia*, ser considerado um contrato puro, regido pelo direito das obrigações, pois as relações econômicas marcadas pelo casamento não se afeiçoam ao direito obrigacional. Além disso, é forçoso convir que nem sempre o regime de bens é livremente pactuado pelos nubentes, como ocorre quando o casamento se realiza, obrigatoriamente, pelo regime da separação de bens (CC, art. 1.641).

¹²² *Contratos*, p. 18.

Na opinião de Rui Ribeiro de Magalhães ¹²³, não é de boa técnica classificar o regime de bens como um contrato puro, disciplinado pelo direito das obrigações, pois lhe faltariam princípios inatos e sobrariam princípios incompatíveis.

A nosso ver, quando os nubentes celebram pactos antenupciais, o regime de bens terá natureza contratual, embora, convenha-se, se trate de contrato especial, regido não pelas normas do direito das obrigações, senão pelas do direito de família. Ao contrário, quando a lei vedar a celebração de pactos, o regime de bens terá caráter institucional, o mesmo ocorrendo se, a despeito da realização do pacto, este for declarado nulo por decisão judicial ¹²⁴.

4. Importância do regime de bens

É importante que o ordenamento jurídico trate de regulamentar as relações econômicas entre as pessoas casadas, justamente porque durante a constância do casamento várias dúvidas de ordem patrimonial podem assaltar os cônjuges e trazer intranquilidade para o relacionamento. Além disso, os terceiros têm todo o direito de saber qual o regime de bens adotado para melhor acautelar os seus interesses na hipótese de contratarem com os cônjuges.

¹²³ *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 239.

¹²⁴ A natureza *sui generis* do regime de bens é também sustentada por José Antonio Encinas Manfré (ob. cit., p. 11-12).

A lição de Lafayette Rodrigues Pereira, apesar de escrita há muitos anos, é reconhecidamente atual, merecendo aqui transcrição:

“A comunhão de vida (individua vitae consuetudo) que o casamento estabelece entre a mulher e o marido, não pode deixar de exercer influência direta sobre os bens que os cônjuges trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirem. É mister dar a esses bens uma constituição que os ponha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal: – necessidade que determina um complexo de modificações importantes nos princípios gerais que regulam o Direito de propriedade. Estas modificações formam uma coleção de regras que, suposto entendam diretamente com a teoria dos direitos reais e pessoais, todavia como conseqüências imediatas do casamento, tomar lugar nos quadros do Direito de Família. As ditas modificações podem variar entre si dentro de uma certa latitude, sem contudo desdizerem dos fins da sociedade conjugal. Daí a diversidade de regimes de bens, segundo os quais pode ser contraído o casamento” ¹²⁵.

¹²⁵ Ob. cit., p. 160-161.

Mesmo no direito alienígena a importância do regime de bens é enfatizada pela doutrina. José Puig Brutau, por exemplo, destaca o seguinte: “Ante el conjunto de problemas que brotan de la vida matrimonial, el Derecho ha de tener previstas las posibles soluciones, incluso organizadas em un conjunto unitario. Es lo que se conoce com el nombre de sistemas de organización económica de la sociedad conyugal o de régimen matrimonial de bienes” ¹²⁶.

Logo, mostra-se de capital importância a lei estabelecer regras e princípios atinentes ao regime de bens entre os cônjuges. O nosso direito permite, a exemplo de outros países, o prévio ajuste em matéria patrimonial, possibilitando aos nubentes, mesmo antes do matrimônio, o acerto de assuntos patrimoniais mediante a celebração de pacto antenupcial.

É bem verdade que, no tocante aos pactos antenupciais, os futuros cônjuges se sentem, não raro, desencorajados a falar sobre questões de natureza patrimonial. O constrangimento, a inibição, a preocupação de ser mal interpretado toma-lhes o lugar, impedindo que eles discutam abertamente questões econômicas antes do casamento. De qualquer forma, a lei põe a salvo a possibilidade de o casal regular as suas relações econômicas antes do casamento mediante a celebração de convenção antenupcial.

Sem o regime de bens previamente instituído, várias questões patrimoniais ficariam em aberto ou sem resposta se a lei não regulasse detalhadamente o regime de bens entre os cônjuges. José Antonio Encinas Manfré, abordando especialmente esse assunto, diz que o regime de bens regulado legal-

¹²⁶ *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, volume I, p. 369.

mente é de capital importância e tem o condão de dirimir uma gama de indagações, entre elas as seguintes: “quais os bens trazidos para esse consórcio por qualquer dos cônjuges que permanecem sob exclusiva propriedade do respectivo titular, e quais os que, com o vínculo jurídico estabelecido, se tornam comuns? Aos bens adquiridos durante o casamento, quais são os comuns e os que se possam considerar próprios do adquirente? Das dívidas contraídas por qualquer dos consortes, quais responsabilizam ambos e quais recaem ao cônjuge que as assumiu? Quais as massas de bens a responder pelas diferentes categorias de dívidas? Há ordem de prioridades a ser observar quando mais de uma classe de bens responda pela mesma dívida” ¹²⁷.

Em suma, o regime de bens, cujo conceito já foi dado no item anterior, é de capital importância na relação entre os cônjuges, como também na relação entre estes e terceiros, razão pela qual não é possível, na feliz advertência de Caio Mário da Silva Pereira ¹²⁸, conceber um casamento, ainda que nos países de economia socialista, sem um regime de bens.

5. Disposições gerais sobre o regime de bens

¹²⁷ *Regime Matrimonial de Bens no Novo Código Civil*, p. 9.

¹²⁸ Ob. cit., p. 140.

Aqui veremos as disposições gerais concernentes ao estatuto patrimonial dos cônjuges. Deixaremos de fora os arts. 1.639, 1.640 e 1.641, porque examinados em outro lugar.

5.1. Considerações preliminares

O legislador abriu um capítulo para tratar das *disposições gerais* sobre o regime de bens entre os cônjuges. É o Capítulo I, Subtítulo I, Título II, Livro IV, do Código Civil de 2002 (arts. 1.639 a 1.652). Tais disposições se aplicam indistintamente a quaisquer dos quatro regimes de bens existentes no Brasil.

Rompendo com o sistema legal anterior, o novo ordenamento jurídico pôs em pé de igualdade o marido e a mulher. Atualmente, os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal são iguais, não havendo hegemonia masculina. A direção do lar é exercida por ambos os consortes, no interesse do casal e dos filhos comuns (CC, art. 1.567).

Ao tempo do Código de 1916, o art. 247 presumia a mulher autorizada pelo marido para: comprar as coisas necessárias à economia doméstica; obter empréstimo para a aquisição dessas coisas; contrair as obrigações concernentes à indústria ou profissão que exercer.

Tudo mudou com o advento do novo Código Civil. O art. 1.642 arrola os atos que tanto o marido quanto a mulher podem praticar livremente, um não dependendo da autorização do outro.

Há atos, porém, que dependem de outorga conjugal com o fito de preservar os interesses de um ou de outro cônjuge. Tais atos estão relacionados no art. 1.647 do novo Código.

5.2. Atos praticados pelos cônjuges

Conforme veremos no item “5.2.1.”, o Código Civil arrola uma série de atos que tanto o marido quanto a mulher podem praticar de forma livre, independentemente de outorga conjugal (CC, art. 1642).

Por outro lado, o art. 1.647 só permite a prática de certos atos – seja pelo marido, seja pela mulher – se houver prévia outorga conjugal. Esses atos serão examinados no item “5.2.2.”.

5.2.1. Atos não sujeitos a outorga conjugal

O art. 1.642 do novo Código prevê os casos em que os cônjuges podem praticar livremente certos atos independentemente de outorga conjugal.

Eis o teor do mencionado dispositivo legal:

“Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

II - administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente”.

As transformações pelas quais passaram a sociedade brasileira influenciaram decididamente as relações conjugais. A mulher de hoje, muito diferente da mulher do começo do Século XX, penetrou no mercado de trabalho, explorando empregos até então reservados ao homem. Em muitos lares, a mulher é a provedora da casa, sustentando o marido e os filhos. Ou, quando não, graças ao seu trabalho, ajuda financeiramente o marido a manter as despesas do lar.

Atualmente, é muito comum ver o marido e a mulher exercendo atividades profissionais com o escopo de manter a casa e prover a subsistência dos filhos. É por isso que o inc. I do art. 1.642 autoriza tanto o marido quanto a mulher a praticar atos de disposição e administração necessários ao desempenho de sua profissão. Um e outro podem, independentemente de outorga conjugal, dispor de bens para o bom desempenho de sua profissão. Como exemplifica Maria Helena Diniz ¹²⁹, se a mulher for comerciante, poderá alugar imóvel para instalar sua empresa, admitir e demitir empregados, adquirir mercadorias, emitir cartões, requerer falência, demandar e ser demandada por fatos referentes ao exercício de sua profissão.

Não é despendioso observar que a regra do art. 1.642, inc. I, limita-se aos bens móveis, porque, quanto aos imóveis, o inc. I do art. 1.647 exige expressamente a autorização do outro cônjuge, salvo se o regime for o da absoluta separação de bens (CC, art. 1.647, inc. I).

¹²⁹ *Curso...*, p. 189.

O inc. II do art. 1.642 permite a livre administração dos bens próprios. Tal administração ficará afeta a cada cônjuge, independentemente do regime de bens adotado. Assim, mesmo que seja o da comunhão universal, regime no qual se comunicam todos os bens presentes ou futuros (CC, art. 1.667), é mister não olvidar que, como exceção, há bens que se acham excluídos da comunhão, tais como os relacionados no art. 1.668, constituindo bens próprios de cada cônjuge. Um imóvel doado com cláusula de incomunicabilidade não entra na comunhão de bens (CC, art. 1.668), sendo propriedade exclusiva do cônjuge donatário (bem próprio). Portanto, a administração dos bens próprios ficará a cargo de cada cônjuge, dispensada a autorização do outro.

Se um dos cônjuges, porém, não puder administrar os próprios bens, caberá ao outro fazê-lo. O art. 1.570 trata das hipóteses nas quais ocorrerá essa administração: “Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens”. Não só dos bens próprios, mas também dos bens comuns. A administração recairá, pois, sobre três massas patrimoniais: 1) a dos bens próprios do marido; 2) a dos bens próprios da mulher; 3) a dos bens comuns.

Além de administrá-los, o cônjuge poderá, por força do art. 1.651, inc. II, do novo Código, alienar os bens móveis comuns. Quanto aos bens imóveis

comuns e aos bens móveis e imóveis do consorte, a alienação exigirá autorização judicial (CC, art. 1.651, inc. III).

O inc. III do art. 1.642 permite ao marido ou à mulher desobrigar ou reivindicar bens que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial. Veremos oportunamente que o Código estabelece restrições à liberdade de ação dos cônjuges, a bem dos interesses da família. Tais restrições impedem que um dos consortes, sem o consentimento do outro, aliene ou grave de ônus real os bens imóveis, salvo se o regime for o da separação absoluta de bens (CC, art. 1.647, inc. I). Pois bem, se, a despeito dessa determinação legal, o marido, ou a mulher, casados pelo regime que não seja o da separação absoluta, alienar um bem imóvel, essa alienação poderá ser impugnada pelo outro consorte mediante a propositura de ação anulatória, a teor do art. 1.642, inc. III, c.c. o art. 1.649, ambos do Código Civil.

Outras duas hipóteses de recurso à via judicial estão previstas no art. 1.642, incs. IV e V. O primeiro inciso diz respeito ao ajuizamento de ação tendente a rescindir os contratos de fiança e doação, ou a invalidar aval, realizados com infração do disposto nos incs. III e IV do art. 1.647, enquanto o segundo inciso se refere à reivindicação de bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino. O inc. IV será examinado oportunamente, quando da análise dos incs. III e IV do art. 1.647.

No tocante ao inc. V do art. 1.642, o dispositivo autoriza o cônjuge a propor ação para reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, saídos do

patrimônio conjugal. Tanto o marido quanto a mulher podem, livremente, “reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos”. Esse dispositivo exige urgente modificação, na medida em que representa um verdadeiro retrocesso social, neutralizando de vez a jurisprudência que, evitando o enriquecimento ilícito, excluía do regime da comunhão os bens adquiridos por pessoas que, conquanto unidas pelos laços do matrimônio, já se encontravam separadas de fato, vivendo em união estável.

Merecem transcrição as candentes palavras de Rolf Madaleno:

“É flagrante o retrocesso verificado na parte final do inciso V do artigo 1.642 e o elevado risco de injustiças que poderão ocorrer se a jurisprudência não estiver atenta para corrigir as distorções que irão surgir. Está pacificado pela jurisprudência brasileira que a separação fática acarreta inúmeros efeitos jurídicos, especialmente o da incomunicabilidade de bens entre cônjuges faturalmente separados, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação do regime de comunicação patrimonial. Portanto, não existe nenhum sentido lógico em manter comunicáveis durante cinco longos anos bens hauridos em plena e irreversível separação de fato dos cônjuges, facilitando o risco do

enriquecimento ilícito, pois o consorte faticamente separado poderá ser destinatário de uma meação composta por bens que não ajudou a adquirir. Representa engessar as relações afetivas, que se renovam, já que ex-conviventes que não promoveram separação judicial e a correspondente partilha de seus bens conjugais, arriscam sofrer a invasão de seus bens até cinco anos depois de iniciada a separação fática se não ostentarem provas contundentes de que as suas atuais riquezas materiais decorreram do esforço comum do par convivente” ¹³⁰.

José Antonio Encinas Manfré ¹³¹, por sua vez, também critica o dispositivo, considerando-o um retrocesso em relação às decisões judiciais que consideravam incomunicáveis os bens adquiridos durante a separação de fato.

Assiste total razão a esses autores. De fato, a jurisprudência anterior ao novo Código Civil já caminhava no sentido de excluir da comunhão os bens adquiridos pelos cônjuges durante a separação de fato. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão paradigma relatado pelo Des. Silvério Ribeiro, decidiu, por unanimidade, que os bens adquiridos após a separação de fato não integram a comunhão. Um dos trechos do acórdão proclama:

¹³⁰ Ob. cit., p. 194.

¹³¹ Ob. cit., p. 16.

“Se é certo afirmar friamente que o casamento sob o regime de comunhão universal de bens só tem fim com a morte de um dos cônjuges, com a anulação do casamento, divórcio ou separação judicial, não coaduna com os princípios de Justiça efetuar a partilha de patrimônio auferido por apenas um dos cônjuges, sem a ajuda do consorte, em razão de separação de fato prolongada, situação que geraria enriquecimento ilícito àquele que de forma alguma não teria contribuído para a geração de riqueza. O fundamental no regime da comunhão de bens é o animus societas e a mútua contribuição para a formação de um patrimônio comum. Portanto, sem a idéia de sociedade e sem a união de esforços do casal para a formação desse patrimônio, afigurar-se-ia injusto, ilícito e imoral proceder ao partilhamento de bens conseguidos por um só dos cônjuges, estando o outro afastado da luta para a aquisição dos mesmos” (Apelação Cível n. 188.760-1/4, Jundiaí, 3ª Câmara Civil, j. 11-5-1993).

Caso não houvesse essa construção pretoriana, a separação de fato poderia gerar enriquecimento ilícito a um dos cônjuges, se o outro, constituindo nova família, tivesse adquirido bens móveis ou imóveis com esforço comum do(a) companheiro(a). Não obstante, havia autores que, mesmo ao tempo da

vigência do Código Civil, pregavam a tese de que a separação de fato não acarretava a extinção do regime de bens adotado no casamento¹³².

O inc. V do art. 1.642 é motivo de perplexidade e, com certeza, irá gerar muitas discussões pretorianas, principalmente porque a via judicial é o caminho legalmente indicado para os cônjuges que ora se achem separados de fato há menos de cinco anos. Além disso, o inciso lança mão do vocábulo *concubino*, em flagrante contradição com o art. 1.723, § 1º, 2ª parte, do novo Código, que autoriza a união estável entre pessoas apenas separadas de fato. O relacionamento mantido entre pessoas casadas e separadas de fato é de união estável e não de concubinagem.

Não há confundir, é certo, a situação examinada acima (separação de fato) com outra bem diferente na qual um dos cônjuges mantém, paralelamente ao casamento, uma relação íntima com outra pessoa. A hipótese aqui tratada é bem diversa, pois a união matrimonial perdura, os cônjuges não estão separados de fato, os encontros são clandestinos, não havendo por parte do cônjuge infiel o desejo de deixar o outro consorte. Tudo não passa, pois, de uma aventura extraconjugal, com colorido de concubinato. Pois bem, se nesse contexto o cônjuge adúltero fizer doação ao amante, o cônjuge prejudicado terá ação para anular o ato, na forma do art. 550 do Código Civil: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

É por isso que o inc. V do art. 1.642 merece urgente reforma para se ajustar à corrente jurisprudencial que afasta do regime de comunhão os bens

¹³² Ver por todos: Eduardo Leite, *Separação e divórcio*, em *Temas de Direito de Família*, p. 92.

adquiridos pelos cônjuges separados apenas de fato, independentemente do período de duração dessa separação. Além disso, é mais conveniente que o ônus probatório quanto à aquisição dos bens recaia na pessoa do réu, e não na do cônjuge prejudicado. Aliás, segundo informa Regina Beatriz Tavares da Silva ¹³³, a Câmara dos Deputados havia mudado a redação do inc. V, corrigindo distorção que impunha o ônus probatório ao cônjuge prejudicado quanto à inexistência de esforço do concubino na aquisição dos bens. No entanto, a redação final impôs ao cônjuge prejudicado o ônus da prova.

A autora propõe a alteração do dispositivo a fim de que ele passe a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: (...) V- reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino ou ao companheiro, podendo este último provar que os bens foram adquiridos pelo esforço comum” ¹³⁴.

Por fim, o inc. VI do art. 1.642 autoriza a prática de todos os atos que não sejam vedados por lei. Com esse inciso, o legislador consagrou o princípio segundo o qual não se podem ampliar as restrições legais. Dessa forma, é

¹³³ Novo Código Civil Comentado, p. 1.456.

lícito aos cônjuges praticar livremente todos os atos que não forem expressamente vedados pelo ordenamento jurídico.

O art. 1.643 estabelece, por sua vez, que os cônjuges podem, independentemente de autorização: 1) comprar, ainda que a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; 2) obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas exigir. Anote-se que as dívidas contraídas para a aquisição de tais bens obrigam tanto o marido quanto a mulher, e trata-se de obrigação solidária, nos termos do art. 1.644 do Código Civil, de sorte que os credores se acham legalmente autorizados a exigir a dívida de um ou de outro cônjuge, ou de ambos, em razão da solidariedade passiva resultante da lei (CC, arts. 265 e 275). Natural que o legislador tenha instituído, na espécie, solidariedade passiva, uma vez que as dívidas contraídas pelo marido ou pela mulher tiveram por destino a economia doméstica.

5.2.2. Atos sujeitos a outorga conjugal

Diferentemente do art. 1.642, o art. 1.647 impõe certas restrições aos atos dos cônjuges. É dizer, certos atos só poderão ser praticados por um deles se contar com a correspondente autorização do outro. A propósito de tais restrições, observa Maria Helena Diniz que o objetivo do ordenamento jurídico “foi assegurar não só a harmonia e segurança da vida conjugal, mas também

¹³⁴ Ob. cit., p. 1.456-1.457.

preservar o patrimônio familiar, forçando os consortes a manter o acervo familiar, porque a renda para manutenção da família, geralmente, advém desse, e, assim, evita-se a dissipação, garantindo, conseqüentemente, uma certa receita” ¹³⁵. Assim também sucede em Portugal, onde o Código Civil exige a outorga dos cônjuges para a prática de certos atos, sob pena de anulação ¹³⁶. No direito argentino há por igual exigência quanto a certos bens, conforme se vê da observação de Guillermo A. Borda: “Según el art. 1277, *es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales, cuando se tratase de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades y tratándose de sociedades de personas, la transformación o fusión de éstas*” ¹³⁷.

No direito brasileiro, as restrições quanto a certos atos estão previstas no art. 1.647, que apresente a seguinte redação:

“Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

¹³⁵ Curso..., p. 183.

¹³⁶ Ver arts. 1682, 1682-A e 1686 do Código Civil português.

¹³⁷ Ob. cit., p. 308.

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada”.

Nenhum cônjuge poderá realizar, sem a concordância do outro, quaisquer dos atos arrolados nos quatro incisos do art. 1.647, salvo se: a) o regime de bens for o da absoluta separação; b) obtiver, na forma do art. 1.648, suprimimento judicial ¹³⁸.

O Código alude a *autorização*, mas não diz se essa *autorização* deve ser escrita ou verbal. A nosso ver, a *autorização* é sempre escrita, não havendo *autorização* verbal. Quanto à forma, se for imóvel de valor superior a 30 (trinta) vezes o salário mínimo, o instrumento público será necessário, a teor dos arts. 108 e 220, ambos do Código Civil; se o bem for móvel (ou imóvel de valor inferior àquele teto), será bastante o instrumento particular. Vê-se, pois, que a *autorização*, além de escrita, deve observar uma forma e ser *anterior* à realização do ato, sob pena de ensejar a propositura de ação judicial (CC, art. 1.649, *caput*). Mas a *autorização posterior* – que o Código chama de *aprova-*

ção (CC, art. 1.649, parágrafo único) – válida o ato, desde que feito por instrumento público, ou por documento particular autenticado.

O inc. I do art. 1.647 diz ser vedado a um cônjuge, sem autorização do outro, “alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”. Ao tempo do Código de 1916, ensinava Pontes de Miranda ¹³⁹, em lição que se mantém atual, que a proibição compreende todos os atos de gravame e traslativos de domínio e seus elementos, por exemplo, dação, compromisso, transações, divisão, constituição de servidão, doação, usufruto, enfiteuse e demais atos que, embora não constituam translação, importem em *jus abutendi*: demolir, destruir, queimar.

A *ratio juris* da norma, correspondente ao art. 235, inc. I, do Código de 1916, é revelada por Clóvis Bevilacqua: “Os imóveis podem oferecer uma base mais segura ao bem estar da família ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura” ¹⁴⁰.

É irrelevante o regime de bens adotado pelo casal ou a natureza dos bens imóveis (se próprios ou incluídos na comunhão), porquanto a autorização decorre da lei, sendo sempre necessária. O legislador abriu exceção à separação absoluta, porque nesse regime de bens cada cônjuge conserva a mais completa independência patrimonial, na medida em que não há comunhão patrimonial, situação capaz de justificar a dispensa de autorização para a alie-

¹³⁸ Redação do art. 1.648 do Código Civil: “Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la”.

¹³⁹ *Tratado de Direito Privado*, p. 121.

¹⁴⁰ Ob. cit., p. 116.

nação de bens. Se a separação resultar do disposto no art. 1.641 (separação obrigatória), a autorização será necessária.

Há uma outra exceção prevista na lei, art. 1.656: “No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”. Mas tal exceção diz respeito apenas aos bens particulares de cada cônjuge. E mesmo assim, desde que se faça estipulação no pacto antenupcial. Se os bens, ao revés, não forem particulares, os atos previstos no inc. I do art. 1.647 ficarão na dependência de autorização do marido ou da mulher.

Salvante as exceções vistas acima, os cônjuges não são livres para praticar atos de disposição de bens imóveis. Logo, se um deles praticar o ato sem a autorização do outro, incidirá a regra do art. 1.649, *caput*: “A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear a anulação, até 2 (dois) anos depois de terminada a sociedade conjugal”.

Em matéria de outorga conjugal, a legislação brasileira se aparta da legislação de outros países, como por exemplo o Código Civil francês, cujo art. 1.421 estabelece o seguinte: “O marido é o único administrador da comunhão. Pode ele vender, alienar ou hipotecar sem o concurso da mulher”. Há uma exceção no direito francês: o marido não pode dispor de bens, a título gratuito, sem o consentimento da mulher. Lê-se no art. 1.422: “O marido não pode, mesmo para o estabelecimento de filhos comuns, dispor ‘inter vivos’ a título

gratuito dos bens da comunhão sem o consentimento da mulher”. Os dois artigos transcritos referem-se aos bens da comunhão. Contudo, quanto aos bens pessoais da mulher, o art. 1.428 proíbe a disposição sem o consentimento dela: “O marido tem a administração de todos os bens pessoais da mulher. Pode ele exercer, sozinho, todas as ações mobiliárias e possessórias que cabem à mulher. Não pode ele alienar os imóveis pessoais de sua mulher sem o consentimento dela. Fica ele responsável por toda desvalorização dos bens pessoais de sua mulher causada por falta de atos conservatórios”.

Como se vê, o direito francês, com relação aos bens comuns, é bem mais liberal do que o nosso, mas nem por isso recebe o nosso aplauso, tendo em vista que a restrição a certos atos conjugais representa uma garantia em prol de ambos os cônjuges.

Os bens a que a lei civil impõe restrições são os imóveis do casal (patrimônio comum) ou de cada um deles (bens particulares), salvo as exceções vistas acima. Se o bem, porém, pertencer a uma empresa, o cônjuge empresário terá autorização para aliená-lo ou gravá-lo de ônus real sem o consentimento de seu consorte. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 978 do novo Código Civil: “O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”. Esse dispositivo, sem correspondência no Código de 1916, permite a alienação com base no fato de que o patrimônio da empresa não se confunde com o patrimônio do sócio. É dizer,

pertencendo os bens à empresa, pessoa jurídica dotada de personalidade própria, esta tem aptidão para aliená-los ou gravá-los de ônus reais. Os bens não são propriedade do cônjuge casado, senão da empresa da qual ele é sócio. Quanto às firmas individuais, impõe-se também a aplicação do art. 978, apesar de tais firmas não terem personalidade jurídica própria. O dispositivo tem inegável importância no mundo dos negócios, pois o alienar bens imóveis, por exemplo, é uma saída para pôr fim à situação aflitiva por que passa a firma, salvaguardando os interesses do próprio cônjuge e dos credores. Ademais, como bem explica Ricardo Fiuza, os bens poderão ser alienados ou gravados de ônus reais sem a necessidade de outorga conjugal, “uma vez que os bens imóveis diretamente afetados à atividade da empresa não estão compreendidos no patrimônio conjugal” ¹⁴¹.

A segunda restrição está prevista no art. 1.647, inc. II, do Código Civil: o litígio envolvendo esses bens ou direitos também depende de outorga conjugal. Quer dizer, um cônjuge só poderá propor ação real imobiliária se obtiver autorização do outro cônjuge. Silvio Rodrigues explica a razão da restrição: “A demanda judicial pode conduzir à saída, do patrimônio do casal, daqueles bens imóveis, ou direitos a ela relativos. De sorte que, pelas mesmas razões de evitar surpresas para o cônjuge, obriga a lei que, na demanda em que se litiguem sobre os mesmos direitos reais imobiliários, o autor compare-

¹⁴¹ Ob. cit., p. 884.

ça com autorização de sua mulher, e dá ao réu o direito de ser acionado, juntamente com sua esposa, devendo ambos ser citados” ¹⁴².

O disposto no art. 1.647, inc. II, do Código Civil está em perfeita sintonia com o art. 10 e parágrafos do Código de Processo Civil:

“Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

- I- que versem sobre direitos reais imobiliários;*
- II- fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados ¹⁴³;*
- III- que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.*

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticado”.

¹⁴² *Direito Civil*, p. 152.

Caso o cônjuge não obtenha a outorga conjugal, deverá fazer uso do disposto no art. 1.648 do Código Civil, requerendo ao juiz o seu suprimento. Do mesmo modo dispõe o art. 11 do Código de Processo Civil:

“Art. 11. A autorização do marido e a outorga da mulher podem suprir-se judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la.

Parágrafo único. A falta, não suprida pelo juiz, da autorização ou da outorga, quando necessária, invalida o processo”.

Outro ato acerca do qual a lei civil impõe restrição está indicado no art. 1.647, inc. III: fiança ou aval. Um cônjuge somente poderá ser fiador ou avalista se contar com a expressa autorização do outro; se não, não. Quanto à fiança, a lei civil anterior já prescrevia, no art. 235, inc. III, a necessidade de o marido obter o prévio consentimento da mulher para poder assinar contrato de fiança, situação extensiva à mulher, nos termos do art. 242, inc. I. O legislador conservou, então, tal exigência, a benefício da família. No tocante ao aval, o projeto não previa o aval, mas apenas a fiança (inc. III). No Senado foi acrescentada a figura do aval. Sendo assim, por força da redação do inc. III, cada um dos cônjuges depende de outorga conjugal para tornar-se fiador ou avalista.

¹⁴³ O novo Código Civil aboliu os bens reservados da mulher.

A despeito da redação inconcussa do inc. III, há entendimentos no sentido de que a falta de outorga conjugal não invalida o aval prestado. Tais entendimentos foram esposados durante a *Jornada de Direito Civil* realizada em Brasília, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos: “O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu” (Enunciado 114). Os participantes dessa jornada, ademais, sugeriram a supressão das expressões ‘ou aval’ do inc. III do art. 1.647 do novo Código Civil, com base na seguinte justificativa: “Exigir anuência do cônjuge para a outorga de aval é afrontar a Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto. Ademais, a celeridade indispensável para a circulação dos títulos de crédito é incompatível com essa exigência, pois não se pode esperar que, na celebração de um negócio corriqueiro, lastreado em cambial ou duplicata, seja necessário, para a obtenção de um aval, ir à busca do cônjuge e da certidão de seu casamento, determinadora do respectivo regime de bens”.

É preciso ponderar, porém, que a inclusão do aval no dispositivo teve o mérito de impedir que um dos cônjuges desnaturasse, por via oblíqua, a intenção da lei. Isso porque, sob o prisma prático, o cônjuge poderia, no regime anterior, avalizar títulos sem a autorização de seu consorte, ensejando desfalque do patrimônio comum. É dizer, em vez de obter a autorização do outro,

na forma dos arts. 235, inc. III, 242, inc. I, ambos do Código de 1916, o cônjuge se lançava a avalizar cártulas, pondo em risco o patrimônio do casal. Bem por isso, em plena vigência do Código Bevilacqua, o então Senador Fernando Henrique Cardoso tomou a iniciativa de sugerir no Projeto de Lei do Senado n. 377, de 1989, a inclusão do aval no art. 235, inc. III. É por isso que Maria Helena Diniz ¹⁴⁴, ao analisar o art. 1.647, inc. III, elogiou o legislador por tal iniciativa.

Como já foi dito, a falta de outorga conjugal, salvo a hipótese de suprimimento judicial, enseja a anulação do ato praticado, nos termos do art. 1.649 do novo Código. O cônjuge que não deu a autorização ao outro consorte pode demandar a rescisão dos contratos de fiança, bem como a invalidação do aval, com fundamento nos arts. 1.649 e 1.642, inc. IV.

O inc. IV do art. 1.647 proíbe, por fim, a doação, não remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. A finalidade da norma, ao vedar a doação (entenda-se bem: doação não remuneratória), é evitar o desfalque do patrimônio comum do casal. Se a doação for remuneratória, dispensa-se a outorga conjugal. Doação remuneratória é, na lição de Serpa Lopes, “as que são feitas, não tanto pelo espírito de liberalidade, como pela necessidade moral de compensar determinados serviços recebidos pelo doador (*ob benemerita, ob causam praeteritam*)” ¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Curso...*, p. 185.

¹⁴⁵ *Curso de Direito Civil*, vol. III, p. 408.

O dispositivo trata, evidentemente, dos bens móveis, porque, quanto aos imóveis, já existe norma legal prevendo a prévia autorização do marido ou da mulher para a alienação ou a imposição de ônus real (inc. I do art. 1.647). Disso resulta clara a conclusão segundo a qual o ato somente dispensará outorga conjugal se as doações: a) forem remuneratórias; b) forem de pequena monta, pois nesse caso não haverá comprometimento do patrimônio do casal; c) forem feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia própria. Quanto às feitas aos filhos que se casarem, também chamadas de doações *propter nuptias*, e às feitas quando eles estabelecerem economia própria, há previsão legal na lei, art. 1.647, parágrafo único.

Nas duas hipóteses mencionadas acima (letras “a” e “b”), o cônjuge não doador, entendendo que a doação, apesar de rotulada de *remuneratória*, não encerra tal característica, poderá acionar o outro cônjuge na justiça. O mesmo se diga em relação às doações ditas de pequeno valor. Caberá ao juiz, em um ou outro caso, examinar se a doação é remuneratória ou não, ou se a doação é módica ou não.

No terreno das ações judiciais (arts. 1.642, incs. III, IV e V), a legitimidade ativa é do cônjuge prejudicado e de seus herdeiros, nos termos do art. 1.645. Nas hipóteses dos inc. III (desobrigar ou reivindicar os imóveis que foram gravados ou alienados sem consentimento ou suprimento) e IV (demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval), o terceiro, prejudicado com a sentença favorável ao autor, terá direito regres-

sivo contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros (CC, art. 1.646).

Ainda sobre a legitimidade ativa, o art. 1.650 do novo Código Civil só confere ao cônjuge prejudicado ou a seus herdeiros o direito de demandar a decretação de invalidade dos atos praticados.

Portanto, as restrições estabelecidas pelo art. 1.647 do Código Civil existem para salvaguardar a família, evitando que a prática de certos atos, sem a prévia outorga do cônjuge, possa comprometer a estabilidade econômica do lar.

6. Princípios relativos ao regime de bens no direito brasileiro

O regime de bens no direito brasileiro fica sujeito a três princípios unanimemente destacados pela doutrina.

Em primeiro lugar, aparece o *princípio da variedade do regime de bens*. Por esse princípio, os nubentes podem escolher o regime que melhor atenda a seus interesses.

Depois, desponta o *princípio da liberdade dos pactos antenupciais*, que reside na liberdade que os nubentes têm de celebrar ajustes prévios acerca do regime de bens a vigorar durante o casamento. A autonomia está presente no processo de escolha do regime de bens mediante a celebração de convenção antenupcial.

Por fim, deparamo-nos com o *princípio da mutabilidade do regime adotado*, inovação do Código Civil de 2002. No regime da lei anterior, o art. 230 do Código de 1916 vedava a alteração do regime de bens durante o casamento. A nova lei, ao revés, permite, sob certas condições, a modificação do regime patrimonial.

Esses três princípios serão examinados mais longamente a seguir.

6.1. Variedade do regime de bens

O nosso ordenamento jurídico abraçou o princípio da variedade do regime de bens, justamente porque o Código Civil vigente, a exemplo de seu antecessor, consagrou quatro regimes matrimoniais. São eles, a saber: a) regime de comunhão parcial; b) regime de comunhão universal; c) regime de participação final nos aquestos; d) regime de separação de bens.

Pode ser dito que o Código Civil admitiu duas classes de regimes de bens: os comunitários e os não comunitários. Enquadram-se na primeira classe os regimes que prevêm a existência de um patrimônio comum, como é caso da comunhão universal e da comunhão parcial de bens. Os regimes não comunitários, por sua vez, são aqueles em que cada cônjuge possui seu próprio patrimônio, de tal sorte que se formam dois patrimônios distintos: um do marido, outro da mulher. O da separação absoluta de bens enquadra-se não

comunitário ¹⁴⁶. O regime de participação final nos aqüestos é misto: não comunitário durante a constância do casamento; comunitário após a dissolução da sociedade conjugal.

O princípio da variedade do regime de bens foi bem enaltecido por Clóvis Bevilacqua, ao argumento de que se trata de sistema legal que melhor consulta aos interesses dos cônjuges, ajustando-se melhor às tendências morais da sociedade, além de ser de nossa tradição jurídica ¹⁴⁷.

A legislação de outros países também consagra o princípio da variedade do regimes de bens. Na Itália, por exemplo, Calogero Gangi, ao se referir à regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges, preleciona: “Se reconoce, por tanto, a las partes, o sea a los cónyuges, la facultad de regular sus relaciones en el modo que crean más conveniente mediante convención (o bien, es necesario añadir en algunos casos, una manifestación de voluntad hecha en modo diverso), no habiéndose considerado necesario ni oportuno imponer una regulación unica para todos los casos; pero tal facultad tiene sus límites en algunas normas inderogables establecidas por la Ley” ¹⁴⁸.

Assim, pelo princípio da variedade do regime de bens, os nubentes podem escolher entre os quatro regimes de bens colocados à sua disposição pela legislação brasileira.

¹⁴⁶ Estamos nos referindo à separação convencional, fruto de pacto antenupcial. Quanto ao regime da separação obrigatória de bens (CC, art. 1.641), entendemos que ele se enquadra no regime comunitário, graças ao teor da Súmula 377 do STF, a nosso ver recepcionada pelo novo Código Civil (sobre o assunto, remetemos o leitor para o item “7.4.1.” infra).

¹⁴⁷ *Código Civil dos Estados Unidos*, vol. II, p. 160.

6.2. Liberdade dos pactos antenupciais

O princípio da liberdade dos pactos antenupciais, corolário do primeiro princípio, é fundado na autonomia da vontade.

Têm os nubentes liberdade para escolher o regime que melhor corresponder aos seus interesses. Tal liberdade está desenhada no art. 1.639, *caput*, do novo Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

O Código anterior também previa a liberdade dos pactos antenupciais. Importa dizer, portanto, que, a teor do art. 1.639, os nubentes têm total liberdade para escolher um destes três regimes de bens: comunhão universal, participação final nos aqüestos e separação de bens. Não escolhendo quaisquer desses regimes, o casamento será regulado, quanto aos bens, pelo regime da comunhão parcial.

A liberdade de contratar é tão ampla que, segundo a doutrina brasileira, é lícito aos cônjuges combinar regimes de bens, formando um novo regime de bens. É o que veremos oportunamente (v. Capítulo V, item “3”), local para onde remetemos o leitor.

¹⁴⁸ *Derecho Matrimonial*, p. 257.

6.3. Mutabilidade do regime adotado

O novo Código Civil prevê, expressamente, a mutabilidade do regime de bens adotado pelos cônjuges. Segundo o disposto no art. 1.639, § 2º, é admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Nem sempre, porém, o direito brasileiro seguiu tal orientação. Sob a égide do Código de 1916, o regime de bens era irrevogável, por força do disposto no art. 230, irrevogabilidade essa que acarretava a sua imutabilidade. Com essa vedação, o legislador objetivava, nas palavras de José Antonio Encinas Manfré, “resguardar a boa-fé das pessoas que estabeleciam relações econômicas com os cônjuges, assim como a destes, de modo que a afeição, um dos fundamentos do instituto do matrimônio, e a convivência não repercutissem nas relações patrimoniais. Em outros termos, essa irrevogabilidade deitava raízes no imperativo de segurança para terceiros e os cônjuges”¹⁴⁹. A única exceção admitida pelo sistema legal consistia na alteração do regime de bens do estrangeiro que, casado, viesse a postular a naturalização brasileira

150 .

¹⁴⁹ Ob. cit., p. 42.

¹⁵⁰ Art. 7º, § 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro”.

Pois bem, afora essa exceção, o regime de bens era marcado pela nota da imutabilidade, embora a jurisprudência, no dizer de Washington de Barros Monteiro ¹⁵¹ e de Maria Helena Diniz ¹⁵², vinha abrandando o extremo rigor do art. 230 do Código Civil de 1916, permitindo, excepcionalmente, a mutabilidade do regime de bens quando: a) os consortes, ainda que casados no estrangeiro pelo regime de separação, adquirissem bens na constância do casamento, pelo esforço comum, pois não era justo que o patrimônio, fruto do mútuo labor, pertencesse apenas ao marido; b) o casamento com separação convencional se convertesse em casamento com comunhão na hipótese de superveniência de filhos (Revista Forense, 124/105). Além disso, os doutrinadores há pouco citados fizeram menção a julgado que entendia não violada a imutabilidade do regime se um dos consortes, casado pela separação, constituísse o outro procurador para administrar e dispor de seus bens (Revista dos Tribunais, 93/46).

O que também a jurisprudência admitia – mas isso não significava agregar exceção ao princípio da imutabilidade – era o pedido judicial de retificação feito por um ou por ambos os cônjuges se o registro de casamento apresentasse erro. Se os cônjuges fossem casados, *v.g.*, pelo regime convencional da separação de bens, mas o registro, por equívoco, exarasse outra modalidade de regime de bens, aí sim seria possível a formulação de pedido de retificação do registro de casamento, com a correção do erro.

¹⁵¹ Ob. cit., p. 186-187.

Orlando Gomes lançava críticas ao princípio da imutabilidade do regime de bens, defendendo a tese segundo a qual o legislador deveria aboli-lo do nosso direito. Argumentava o mestre, com invulgar talento, que não havia razão para o ordenamento jurídico manter, entre nós, tal princípio. Eis suas palavras: “O Direito de Família *aplicado*, isto é, o que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges não tem o cunho institucional do Direito de Família *puro*. Tais relações se estabelecem mediante pacto pelo qual têm os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão?”¹⁵³. Orlando Gomes¹⁵⁴ achava necessário, porém, que houvesse um rígido controle dos pedidos de alteração do regime de bens a fim de impedir abusos, propondo que a mudança se operasse somente a pedido de ambos os cônjuges e mediante autorização judicial. O Projeto do Código Civil de 1965 (Orozimbo Nonato, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira) admitia expressamente a mutabilidade do regime de bens mediante decisão judicial transcrita no registro próprio, e ressalvados os direitos de terceiros.

¹⁵² *Curso...*, p. 149.

¹⁵³ Ob. cit., p. 164.

¹⁵⁴ Ob. cit., p. 164.

Foi justamente o que fez o legislador ao assentar, no art. 1.639, § 2º, a alteração do regime mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges. É dizer, o legislador se sensibilizou com a crítica daqueles que entendiam desnecessária a manutenção do princípio da imutabilidade, acabando por capitular nessa matéria, mormente porque, conforme informa José Lopes de Oliveira ¹⁵⁵, a mutação dos regimes no plano internacional reforça o argumento de que a imutabilidade absoluta não é o sistema ideal.

Agiu corretamente o legislador pátrio ao autorizar a alteração do regime de bens. Nada justificava, *data venia*, a subsistência daquele princípio, marcadamente distanciado de nossa realidade social e de nossos costumes. A proibição prevista no revogado art. 230 representava um verdadeiro atentado à liberdade dos cônjuges de regular da melhor maneira os seus interesses, respeitados os direitos de terceiros. Afinal, ninguém teria mais capacitação do que eles para dizer, em face das vicissitudes da vida, se o regime de bens deveria sofrer modificação após o casamento. Ademais, a proibição prevista no art. 230 do velho Código, lembra Sílvio de Salvo Venosa ¹⁵⁶, tratava o casamento de forma mais rigorosa do que a união estável, pois os companheiros sempre tiveram maior mobilidade no tocante aos bens comuns, de tal sorte que, manter a imutabilidade do regime de bens, seria tratar o casamento de forma mais rigorosa do que a união sem casamento.

¹⁵⁵ *Manual de Direito de Família*, p. 169.

¹⁵⁶ Ob. cit., p. 169.

Por isso mesmo, aplaudimos a postura adotada pelo legislador. Ombreou-se o Brasil, é bom que se esclareça, a países como Alemanha, França, Itália, Espanha que concebem a possibilidade de os cônjuges alterarem o regime de bens após o casamento. No direito espanhol, a propósito, o art. 1.317 do Código Civil prevê o seguinte: “A modificação do regime econômico matrimonial realizada durante o matrimônio não prejudicará em nenhum caso os direitos já adquiridos por terceiros”. Por seu turno, o art. 163, 1ª parte, do Código Civil italiano estabelece o seguinte: “As modificações das convenções matrimoniais, anteriores ou posteriores ao casamento, não têm efeito se o ato público não é estipulado com consenso de todas as pessoas que foram parte nessas estipulações, ou seus herdeiros”. Mesmo o direito português, avesso a mutações do regime de bens ¹⁵⁷, possibilita, em alguns casos, o afrouxamento do princípio. Com efeito, o art. 1715, n. 1, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, admite alterações do regime de bens nos casos em que arrola ¹⁵⁸.

6.3.1. Competência

¹⁵⁷ Art. 1714 do Código Civil português: “1. Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados. 2. Consideram-se abrangidos pelas proibições do número anterior os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges, exceto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens”.

¹⁵⁸ Art. 1715, 1. “São admitidas alterações ao regime de bens: a) Pela revogação das disposições mencionadas no artigo 1700, nos casos e sob a forma em que é permitida pelos artigos 1701 a 1707; b) Pela simples separação judicial de bens; c) Pela separação judicial de pessoas e bens; d) Em todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal”.

Como já se disse, veio em boa hora a alteração legal possibilitadora da alteração do regime de bens. Contudo, a alteração do regime de bens não prescinde de certas condições impostas pela lei. Em primeiro lugar, é forçoso dizer que a lei conferiu ao juiz, e somente a ele (o texto alude a “autorização judicial”), a incumbência de autorizar a modificação do regime de bens. Não é possível, assim, o uso da escritura pública, ainda que os serviços notariais sejam dotados de fé pública e ajam por delegação do Poder Público, segundo o disposto no art. 236, *caput*, da Constituição Federal. Dessa forma, somente a via judicial é adequada para o exame do pedido formulado. A lei fala em “autorização judicial”, mas não indica a autoridade judiciária competente para examinar o pedido de modificação do regime matrimonial.

A nosso ver, caberá tão-somente ao juiz da família (ou ao juiz da vara cível, nas comarcas desprovidas de varas especializadas) processar o pedido. Como se trata de matéria estritamente vinculada ao direito de família, com repercussões dentro e fora do âmbito familiar, não faz o menor sentido o pedido ser dirigido ao juiz cível (salvo a exceção mencionada acima), ou ao juiz corregedor do serviço do registro civil do local onde os cônjuges se casaram. A matéria vai muito além do mero acerto da questão do registro civil, por envolver, como já se disse, a análise de aspectos próprios do direito de família.

6.3.2. Procedimento

O pedido de alteração do regime de bens deverá observar o procedimento de jurisdição voluntária previsto nos arts. 1.103 a 1.111 do Código de Processo Civil ¹⁵⁹. Como não há, na espécie, conflito de interesses a ser dirimido pela autoridade judiciária, impõe-se a observância do procedimento de jurisdição voluntária.

Ao examinar a pretensão do casal, o juiz proferirá sentença, autorizando ou indeferindo a alteração do regime de bens. Essa sentença ficará sujeita a recurso de apelação (CPC, art. 1.110), no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 508).

6.3.2.1. Pedido formulado por ambos os cônjuges

O pedido deverá ser formulado por ambos os cônjuges. Não basta que apenas um dos cônjuges se dirija ao juiz para solicitar a alteração do regime de bens. É necessário, antes, que os dois formulem tal pretensão, porquanto o art. 1.639, § 2º, do Código Civil é de uma clareza solar ao exigir “pedido motivado de ambos os cônjuges”. Diante da excepcionalidade da regra, não é admissível o suprimento judicial do consentimento de um dos cônjuges. Des-

¹⁵⁹ No mesmo sentido: Arnaldo Rizzardo, ob. cit., p. 630; José Antonio Encinas Manfré, ob. cit., p. 47.

sa forma, se o marido não quiser requerer, juntamente com a mulher, a alteração do regime de bens, esta não tem autorização legal para pleitear o suprimento judicial do consentimento de seu cônjuge.

Por outro lado, se os cônjuges postularem a alteração do regime de bens, mas não indicarem os motivos ensejadores dessa alteração, o juiz, ao despachar a petição inicial, deverá aplicar o art. 284, *caput*, do Código de Processo Civil, mandando os requerentes emendá-la, sob pena de indeferimento. A motivação é absolutamente necessária, pois o juiz precisa saber as razões que animaram o casal a requerer a alteração do regime de bens. Sendo satisfatórios os motivos apresentados pelos cônjuges, ao juiz não restará outra solução senão o acolhimento do pedido. Ao revés, se o juiz notar que o pedido encobre manobra para burlar a lei, prejudicando terceiros, a pretensão não poderá contar com agasalho judicial. Aliás, o legislador tomou bastante cautela nesse ponto, ressaltando expressamente os direitos de terceiros. É dizer, se um dos cônjuges estiver à beira da inadimplência e pleitear a alteração para escapar de seus credores, é evidente que o pedido será rechaçado pela autoridade judiciária.

6.3.2.2. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público

A participação do Ministério Público somente será obrigatória se o pedido envolver interesses de incapazes (*v.g.*, filhos menores do casal), ou se contiver interesse público. Nesses casos, deverá incidir o disposto no art. 82, inc. I e III, do Código de Processo Civil. Quanto ao interesse público, definido por Rolando Maria da Luz “como aqueles interesses da sociedade unitariamente considerados, da sociedade como um todo, desconsiderando-se o ponto de vista dos órgãos governamentais, uma vez que as obras administrativas estatais dificilmente não se destinam ao bem comum da população. Portanto, todos os interesses que visam ao bem da sociedade ou ao seu usufruto, incidem no conceito de interesse público”¹⁶⁰.

Ao contrário, se os cônjuges não tiverem filhos menores ou filhos maiores incapazes, não haverá razão para o Ministério Público officiar no feito.

É certo que o art. 82, inc. II, da lei processual impõe a intervenção do Ministério Público quando matéria em discussão envolver “estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade” (grifamos), o que poderia levar o intérprete a pensar que, em se tratando de alteração relativa a regime de bens decorrente do casamento, a participação do *parquet* seria obrigatória, sob pena de nulidade do procedimento (CPC, art. 84). Ora, respeitada a opinião de quem espousa tese diversa¹⁶¹, entendemos que a matéria em discussão não é daquelas que

¹⁶⁰ Ministério Público – *Um Novo Perfil Jurídico na Defesa dos Direitos Coletivos*, p. 79.

¹⁶¹ O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos defende o entendimento de que a participação do Ministério Público é sempre obrigatória nos pedidos de alteração de regime de bens, por força dos arts. 1.105 e 82, inc. II, ambos do Código de Processo Civil (*A mutabilidade dos regimes de bens*, p. 1). Posição similar é susten-

obriga a intervenção do Ministério Público. Em verdade, o pedido não envolve o exame direto de matéria matrimonial ligada aos direitos e deveres dos cônjuges. Quando a lei processual impõe a intervenção do Ministério Público nas causas concernentes a casamento, quer que o *parquet* participe do processo e fiscalize se os deveres matrimoniais foram violados por um dos cônjuges. O legislador processual entendeu, dada a magnitude da instituição matrimonial, que era necessário que o Ministério Público fiscalizasse o exato cumprimento da lei civil.

Não é o que ocorre com o pedido de alteração do regime de bens. O juiz não vai ingressar no exame de questões próprias do casamento – como sucede, por exemplo, quando os cônjuges estão litigando em ação de separação judicial. O juiz vai apenas analisar as razões invocadas pelos cônjuges para decidir sobre a alteração do regime de bens. Daí não ser necessária a intervenção do Ministério Público. Aliás, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma verdadeira revolução em matéria de Ministério Público. Antes da Constituição Cidadã, a atuação do Ministério Público era exageradamente tímida, atuando em casos que, conquanto importantes, tinham pouca expressão social. A partir de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Carta Magna, uma mudança sensível se instalou no seio da sociedade. De instituição tímida, sem colorido próprio, passou a “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*). Houve inequívoca mudança do

tada por Arnaldo Rizzardo, para quem a intervenção do MP é sempre necessária, na condição de guardião da lei (ob. cit., p. 630).

perfil institucional. O Ministério Público deixou de ser parecerista para transformar-se em *ombudsman*. Na feliz observação de Ronaldo Porto Macedo Júnior¹⁶², o Promotor de Justiça passou a definir-se, com a Constituição Federal de 1988, como órgão agente em favor dos interesses sociais, tornando-se uma espécie de *ombudsman* não eleito da sociedade, um agente vocacionado para a defesa dos interesses sociais, tudo a evidenciar o descompasso existente entre o perfil constitucional de órgão agente e as atribuições tradicionais de pareceristas em autos versando sobre questões eminentemente individuais, ainda que considerados por lei como indisponíveis, mas questionáveis, como, por exemplo, os interesses ligados à área da família, sucessões, etc.

Assim, bem se percebe que o Ministério Público passou a ocupar papel importante no cenário nacional, com vocação para zelar pelos interesses indisponíveis da sociedade. Nunca se falou tanto da instituição como nos últimos tempos. Promotores e Procuradores estão permanentemente em evidência, aparecendo diariamente nos meios de comunicação social. Graças à Constituição Federal vigente, o Ministério Público ganhou autonomia funcional e administrativa, além de receber autorização constitucional para elaborar sua proposta orçamentária. Muita coisa mudou nesses quase dezesseis anos de vigência da Constituição Federal. A instituição, mercê de previsão constitucional, voltou a sua atenção para assuntos de predominate interesse público. É dizer, o Ministério Público passou a atuar, com prioridade, em prol de interesses metaindividuais discutidos no processo. Por isso mesmo, leis processu-

¹⁶² Evolução institucional do Ministério Público Brasileiro, em *Ministério Público – instituição e processo*, p.

ais exigindo a intervenção do *parquet* não foram integralmente recepcionadas pela ordem constitucional de 1988. Um exemplo disso encontramos na Lei que regula a impetração de mandado de segurança. Com efeito, o art. 10 desse diploma legal é categórico ao exigir a intervenção do *parquet* como *custos legis* em todas as ações de mandado de segurança ¹⁶³. Não obstante, o Ministério Público de São Paulo tem entendido que esse dispositivo não foi integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Tal posicionamento foi assentado em longo e fundamentado despacho de 10-1-2002, da lavra do então Procurador-Geral de Justiça Luiz Antônio Guimarães Marrey. Entendeu o Chefe da Instituição que o Promotor de Justiça não era obrigado a intervir em mandado de segurança impetrado por professora de educação física em face de diretor de escola estadual, a despeito da clara redação do art. 10 da Lei n. 1.533/51. Eis a ementa desse despacho: “Mandado de segurança. Art. 28 do CPP (por analogia). Inteligência do art. 10 da lei nº 1.533/51. Interpretação conforme a Constituição Federal (art. 127, *caput*). Critério para a intervenção do Ministério Público. Manutenção do posicionamento do Dr. Promotor de Justiça, que não viu razão para intervir na demanda” ¹⁶⁴.

Um outro exemplo encontramos no art. 944 do Código de Processo Civil. Nas ações de usucapião, o referido dispositivo exige a intervenção do

52.

¹⁶³ É deste teor o art. 10: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de 5 (cinco) dias, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

parquet como *custos legis* ¹⁶⁵. Sem embargo da inequívoca redação do art. 944, o entendimento pacífico do Ministério Público de São Paulo é no sentido de que o art. 944 não foi recepcionado pela Carta Maior. Tratando-se de demanda versando sobre interesses declaradamente disponíveis, não se vê razão para a intervenção obrigatória do *parquet*. Por sinal, em 12 de novembro de 2002 o Procurador-Geral de Justiça, o Corregedor-Geral do Ministério Público e o Colégio de Procuradores de Justiça, por meio de seu Órgão Especial, expediram o Ato Normativo n. 295-PGJ/CGMP/CPJ, estabelecendo normas de racionalização de serviço atinentes à intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, no processo civil, em ações de usucapião individual de imóveis urbanos ou rurais, tornando facultativa (e não obrigatória, como preceitua o art. 944 do CPC) a sua atuação no feito.

E mais recentemente (24-6-2003), o Procurador-Geral e o Corregedor do Ministério Público baixaram o Ato n. 313/03 - PGJ-CGMP, dispondo sobre a racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, dispensando o *parquet* de intervir nas seguintes causas: I - Separação judicial e divórcio, onde não houver interesse de incapazes; II - Ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens; III - Ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes; IV - Ação de alimentos e revisional de alimentos, bem como ação executiva de alimentos fun-

¹⁶⁴ Protocolado n. 78.409/02, despacho proferido em 10-10-2002. No mesmo sentido: Protocolado n. 91.423/02, despacho proferido em 18-10-2002.

¹⁶⁵ Art. 944 do CPC: “Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público”.

dada no artigo 732 do CPC, entre partes capazes; V - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VI - Procedimento de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes ou não envolver matéria alusiva aos registros públicos; VII - Ação de indenização pelo direito comum, decorrente de acidente do trabalho; VIII - Requerimento de falência, na fase pré-falimentar; IX - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; X - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, §2º, da L.C. 76/93); XI - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção ¹⁶⁶.

Cabe dizer, por oportuno, que muito antes da edição desses atos normativos, a Procuradoria-Geral de Justiça já havia se manifestado sobre a desnecessidade de intervenção do membro do Ministério Público nas ações de reconhecimento de sociedade de fato decorrentes de concubinato ¹⁶⁷, conforme se vê do despacho de 7-7-1994 proferido nos autos do Protocolado n. 3.379/9, a seguir transcrito: “Conquanto a Constituição de 1988 haja reconhecido, ‘para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar’, não equiparou tal união ao matrimônio, tanto que

¹⁶⁶ DOE de 25-6-2003.

¹⁶⁷ O novo Código Civil não inseriu o *concubinato* no mesmo patamar da *união estável*. Considerando o disposto no art. 1.727, não é possível, atualmente, empregar indistintamente as expressões “concubinos” e “conviventes”.

programou facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3º, da Constituição Federal). Assim, não se vislumbra nenhum interesse, quer pela natureza da lide, quer pela qualidade das partes, autorizador da intervenção do Ministério Público quando se discutem meros efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução do concubinato, sem afetação da prole. Tanto que, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial largamente dominante, ações dessa natureza sequer se processam no foro especial, mas sim nas Varas Cíveis”¹⁶⁸.

Por todas essas razões, reputamos desnecessária a intervenção do Ministério Público nos pedidos de alteração do regime de bens, a não ser que desponte algum interesse de pessoa incapaz, ou envolva interesse público.

6.3.3. Mutabilidade nos casos de separação obrigatória

Cumpra saber se o pedido de alteração do regime de bens será possível se os cônjuges forem casados pelo regime de separação obrigatória de bens. O art. 1.641, incs. I a III, do Código Civil impõe o regime da separação: a) aos nubentes que celebrarem casamento com a inobservância de causas suspensivas; b) aos maiores de 60 (sessenta) anos; c) a todos que dependerem de suprimimento judicial para se casar. O art. 1.639, § 2º, não esclarece se, na separa-

¹⁶⁸ DOE, Séc. I, 8-7-1994, p. 3.

ção legal ou obrigatória, os cônjuges têm também a faculdade de requerer motivadamente a alteração do regime patrimonial. Posicionam-se contrários à mutação do regime de bens os seguintes autores: Sílvio de Salvo Venosa ¹⁶⁹, José Antonio Encinas Manfré ¹⁷⁰ e João Francisco Moreira Viegas ¹⁷¹. Esse último autor ressalta, no entanto, que o direito de família exige do intérprete uma visão mais flexível e afinada com a realidade da vida, sendo possível, em face do caso concreto, que os tribunais acabem por permitir a modificação do regime patrimonial. Abraça o mesmo entendimento Paulo do Amaral Souza ¹⁷².

A nossa posição coincide com a de Moreira Viegas. Em princípio, a separação obrigatória de bens obsta a aplicação do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, uma vez que o acolhimento do pedido representaria, sem sombra de dúvida, burla ao art. 1.641, reforçada pelo fato de não ter o legislador fixado, no art. 1.639, § 2º, prazo mínimo para o ingresso do pedido em juízo. Assim, em tese, os cônjuges poderiam burlar facilmente o disposto no art. 1.641, requerendo, já nos primeiros dias ou meses de matrimônio, a alteração do regime patrimonial. A propósito do assunto, na *Jornada de Direito Civil* à qual já nos referimos foi apresentada a seguinte proposta de redação do § 2º do art. 1.639: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, salvo

¹⁶⁹ *Direito Civil: Direito de Família*, vol. 6, p. 172, embora o autor ressalve que nem sempre a imutabilidade nos casos de separação obrigatória é a melhor solução para inúmeras situações concretas.

¹⁷⁰ Ob. cit., p. 49.

¹⁷¹ *Direito Patrimonial Conjugal*, em *Questões de Direito Civil e o Novo Código*, p. 213.

¹⁷² O Direito de Família e das Sucessões face ao novo Código Civil – principais alterações, em *Questões de Direito Civil e o Novo Código*, p. 186.

nas hipóteses específicas definidas no artigo 1.641, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

Nesse diapasão, o pedido não poderá contar com amparo se os cônjuges se encontrarem casados pelo regime de separação obrigatória de bens. Mas, como salienta João Francisco Moreira Viegas, essa questão não se mostra hermeticamente avessa a uma interpretação mais liberal que, analisando o caso concreto em face da realidade social do casal requerente, abone o pedido de alteração.

Aqui já entramos no terreno exclusivo da interpretação das leis, valendo lembrar que a vontade do legislador, uma vez terminada a tarefa legiferante, não se sobrepõe à vontade da lei. É de Carlos Maximiliano a seguinte advertência: “Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que seu autor”¹⁷³. Portanto, ainda que a vontade do legislador fosse proibir a alteração do regime de bens, a verdade é que a lei, ingressando no universo jurídico, se desvincula por completo de seu autor. Por certo, construção jurisprudencial irá abonar o pedido de cônjuges que, conquanto

¹⁷³ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 30/31.

casados pelo regime da separação obrigatória, estejam unidos há muitos anos, não havendo motivo para se duvidar da boa intenção do casal. Ademais, considerando que o art. 1.639, § 2º, faz alusão tanto a “*pedido motivado* de ambos os cônjuges” quanto a “apurada a procedência das *razões invocadas*”, a autoridade judiciária poderá, à vista da excepcionalidade da situação retratada nos autos, deferir a alteração solicitada pelos cônjuges. E não é só. Há situações em que as causas ensejadoras da observância do regime obrigatório de bens cessaram durante o curso do casamento. É só lembrar as hipóteses do art. 1.523 do Código Civil (causas suspensivas da celebração do casamento). De acordo com o art. 1.641, inc. I, o casamento será realizado pelo regime da separação obrigatória de bens se as pessoas se unirem em matrimônio com inobservância das causas suspensivas previstas no art. 1.523 ¹⁷⁴. Ora, é possível que no curso do casamento, o viúvo tenha inventariado os bens e dado partilha aos herdeiros. Qual motivo impediria o casal de requerer a alteração do regime de bens?

Em suma, se os cônjuges forem casados pelo regime de separação obrigatória de bens, a alteração do regime, num primeiro momento, não poderá ocorrer, sob pena de tornar letra morta as disposições do art. 1.641 do Código Civil. Mas havendo motivo ponderável, o juiz poderá deferir a alteração, na forma do art. 1.639, § 2º do referido diploma, levando em conta os fins sociais da lei (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

¹⁷⁴ Aqui não estamos considerando as hipóteses excepcionais contidas no parágrafo único do art. 1.523 do

6.3.4. Retroação dos efeitos

O art. 1.639, § 2º, do Código Civil permite, como vimos, a alteração do regime de bens, desde que ambos os cônjuges formulem pedido à autoridade judiciária, indicando os motivos pelos quais desejam alterar as regras patrimoniais.

O dispositivo nada diz, porém, acerca dos efeitos da sentença concessiva da alteração. Daí caber a seguinte indagação: os efeitos retroagem à data da celebração do casamento (efeitos *ex tunc*)? Ou, ao revés, os efeitos começam a vigorar a partir da decisão judicial (efeitos *ex nunc*)?

O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entende que os efeitos retroagem à data da celebração do casamento, uma vez que, a seu ver, não existe meio termo em questão de tal magnitude. Ele ressalta, porém, que, em relação a terceiros portadores de direitos contra o casal, os efeitos são *ex nunc*. Essa posição foi externada no julgamento de apelação julgada em 13-8-2003. Vale a pena transcrever parte de seu voto:

*“O Código não explicita se os efeitos da alteração serão
‘ex tunc’ ou ‘ex nunc’ entre os cônjuges (porque com relação a*

terceiros que já sejam portadores de direitos perante o casal, é certo que serão sempre ‘ex nunc’, uma vez que se encontram res-salvados os direitos destes). No particular, considero que se houver opção por qualquer dos regimes que o Código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, p. ex., se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será UNIVERSAL se implicar comunicação de todos os bens. Impossível seria pensar em comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação. Do mesmo modo, se o novo regime for o separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou a separação não será absoluta! E mais: se o escolhido agora for o da separação absoluta, imperiosa será a partilha dos bens adquiridos até então, a ser realizada de forma concomitante à mudança de regime (repito: sem eficácia essa partilha com relação a terceiros). Assim, por igual quanto ao regime de comunhão parcial e, até, de participação final nos a-qüestos. Entretanto, face ao princípio da livre estipulação (art. 1.639, caput), sendo possível estipular regime não regrado no Código, a mudança poderá, a critério dos cônjuges, operar-se a partir do trânsito em julgado da sentença homologatória, caso

em que teríamos a criação de um regime não regrado no CC”

175.

A nosso ver, os argumentos de Luiz Felipe Brasil Santos são irresponsáveis. De fato, para que o regime alterado possa traduzir o seu real significado, é mister que os efeitos sejam *ex tunc*, a não ser em relação a terceiros, a respeito dos quais a própria lei civil se encarrega de fazer ressalva expressa. É bom que se entenda que a palavra *terceiros* compreende as pessoas com as quais um ou ambos os cônjuges tenham contratado antes da mudança do regime de bens. À exceção dessa hipótese, os efeitos são sempre *ex tunc*.

Brasil Santos foi muito feliz ao citar o exemplo da comunhão universal de bens. Realmente, se os cônjuges alterassem o regime patrimonial – de comunhão parcial para comunhão universal, só se compreenderia a retroação na capacidade de haver a comunhão de todos os bens, pois, do contrário, o regime não seria de comunhão *universal*.

Assim, a despeito de opiniões em sentido contrário, a nossa posição é no sentido de que os efeitos são sempre *ex tunc*, salvo em relação aos terceiros que, antes da alteração do regime, tenham contratado com um ou com ambos os cônjuges.

¹⁷⁵ Voto vencedor proferido nos autos da Apelação Cível n. 70.006.423.891, julgada em 13 de agosto de 2003 pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Composição da Câmara: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator), Des. José Carlos Teixeira Giorgis (presidente) e Luiz Felipe Brasil Santos.

6.3.5. Direito intertemporal

Questão que tem suscitado acesa polêmica nos meios judiciais é a referente ao direito intertemporal. Como é sabido, o direito intertemporal cuida de conflitos existentes entre a lei pretérita, que foi revogada, e a lei nova, que entrou em vigor, ambas versando sobre o mesmo tema. É o que sucede com a matéria aqui enfocada: o art. 230 do Código revogado proibia a alteração do regime de bens, ao passo que o art. 1.639, § 2º, do Código vigente assegura aos cônjuges o direito de requerer a alteração dele. Pois bem, resta saber se, casando-se sob a égide do direito anterior, os cônjuges estão aptos a postular, agora sob o impacto da nova previsão legal, a alteração do regime patrimonial. A questão, repita-se, é controvertida.

O Código tratou de prever, nas disposições finais e transitórias, o seguinte enunciado: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido” (art. 2.039). Sem embargo dessa disposição legal de direito intertemporal, o assunto é bastante polêmico, havendo posições doutrinárias tanto no sentido de que o § 2º do art. 1.639 do novo Código não retroage quanto no sentido de que este alcança as situações pretéritas constituídas sob a égide do Código de 1916.

Outros países já enfrentaram matéria similar. Itália e Portugal se opuseram à retroatividade da lei nova, impedindo que esta regulasse a situação constituída à luz do direito anterior.

Aqui no Brasil, Maria Helena Diniz entende que a lei revogada continuará a produzir efeitos, na medida em que “outra lei vigente ordena o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior, ou, então, porque se deve aplicar a lei em vigor na época em que certos fatos ocorreram. A permanência da eficácia da norma, em determinados assuntos que lhe sejam pertinentes, após sua revogação, é um *canon* jurídico. A eficácia residual da norma extinta cerceia a da vigente, repelindo-a para tutelar certas relações jurídicas” ¹⁷⁶. Leônidas Flippone Farrula Junior, por sua vez, também sustenta que, quantos aos casamentos celebrados sob o comando do Código Civil de 1916, não é possível a aplicação da nova disposição legal, sob pena de ocorrer ofensa ao ato jurídico perfeito ¹⁷⁷.

Como dissemos anteriormente, o assunto, a despeito do disposto no art. 2.039, não é pacífico. Há autores de nomeada que admitem a alteração do regime de bens, ainda que o casamento tenha se realizado em período submetido ao comando do Código de 1916. Escrevendo justamente sobre o direito intertemporal, José da Silva Pacheco não vê inconveniente na aplicação do novo regramento aos casamentos celebrados sob o império do Código Civil de 1916. Preleciona Silva Pacheco: “Se tal alteração é possível, doravante, em

¹⁷⁶ *Código Civil Anotado*, p. 1.394-1395.

¹⁷⁷ *O Novo Código Civil – Do Direito de Família*, p. 315. Arnaldo Rizzardo também entende que o art. 1.639, § 2º, não se aplica aos casamentos celebrados na vigência do Código de 1916 (ob. cit., p. 630).

relação às escolhas feitas, após a entrada em vigor do novo Código Civil, nada impede também que se admita a mudança, em relação ao regime escolhido anteriormente” ¹⁷⁸.

Mais de quatro décadas atrás, Wilson de Souza Campos Batalha já lecionava “que têm efeito imediato as leis que estabelecem a *mutabilidade ou a imutabilidade das convenções matrimoniais*. Nenhuma razão sólida existe para diverso entendimento. Na hipótese de a lei nova estabelecer a mutabilidade do regime, não há motivo algum para inaplicar-se aos regimes em curso: se aos interessados era facultada inicialmente a eleição do regime aplicável, não se vê por que se lhes iria tolher a faculdade, que a lei nova, por hipótese, consagra, de, voluntariamente, alterarem o pacto inicial. Se, ao contrário, a lei nova estabelece a imutabilidade do regime, não mais poderão ser modificados os regimes estabelecidos na vigência de lei que o permitia, por se deverem generalizar as razões que levaram o legislador a estabelecer a imutabilidade da convenção matrimonial; seria absurdo falar-se em direito adquirido à modificabilidade da convenção matrimonial” ¹⁷⁹.

Outro autor, partidário da opinião de Silva Pacheco, é o magistrado paulista José Antonio Encinas Manfré. Após citar as decisões dos juízes Luís Francisco Aguilar Cortez, da 1^a Vara da Família e Sucessões do Fórum Central de São Paulo, e João Batista Silvério da Silva, da 12^a Vara da Família e Sucessões do mesmo fórum, Encinas Manfré se posiciona favorável à aplica-

¹⁷⁸ Ligeiras anotações de direito intertemporal relativas ao novo Código Civil, em *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, p. 66.

¹⁷⁹ *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, tomo I, p. 249.

ção do art. 1.639, § 2º, aos casamentos celebrados à luz do Código Civil de 1916.

Rolf Madaleno, em interesse estudo sobre o regime de bens entre os cônjuges, enfoca didaticamente o assunto. Para ele, a alteração do regime de bens é possível, ainda que o casamento tenha se realizado antes da vigência do novo Código. Resumidamente, são estes os argumentos expostos por Rolf Madaleno ¹⁸⁰: 1) o novo Código, no seu art. 2.045, revogou inteiramente o Código Civil de 1916, de tal sorte que não é possível a invocação do art. 230 da legislação revogada a partir da ressalva extraída do art. 2.039 do novo Código Civil; 2) o novo sistema legal substituiu o anterior, ou seja, disciplinou a mutabilidade do regime de bens, a tornar inaplicável o direito anterior, mesmo porque o § 2º do art. 1.639 do novo Código revogou o art. 230 do Código de 1916. Logo, não se está diante de direito adquirido, hipótese impeditiva da alteração do regime de bens. Em reforço a esses argumentos, Madaleno chegou a fazer uma correlação com o instituto do divórcio, concluindo que ninguém “poderia afirmar que a dissolução da sociedade conjugal só estaria ao alcance daqueles que cassassem após a vigência da lei divorcista” ¹⁸¹.

A nosso ver, a razão está com aqueles que admitem a aplicação da lei nova aos casamentos celebrados antes de sua vigência. Afora os argumentos aduzidos por Rolf Madaleno, a aplicação do art. 2.039 esbarra na violação do princípio constitucional da isonomia. Se fosse correto o argumento segundo o

¹⁸⁰ Do regime de bens entre os cônjuges, em *Direito de Família e o Novo Código Civil*, p. 204-205.

qual somente as pessoas cujo casamento tivesse se realizado à luz do Código Civil de 2002 pudessem pleitear a alteração do regime de bens, despontariam duas classes de cônjuges: os legalmente impedidos de mudar o regime de bens, e os legalmente autorizados a assim proceder. Ora, é só imaginar a seguinte situação: um casamento realizado em 10 de janeiro de 2002, e outro realizado em 11 de janeiro de 2003, data da vigência da nova lei. Ora, a diferença de um único dia separando as duas bodas poderia acarretar prejuízos ao casal cujo casamento se verificou antes da vigência do Código de 2002. Portanto, impedir a alteração do regime de bens é a mesma coisa que violar a Carta Magna, maltratando o princípio constitucional da igualdade. Aliás, um dos argumentos utilizados pelo juiz João Batista Silvério da Silva para deferir o pedido foi justamente a ofensa ao princípio da isonomia.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar recurso de apelação objetivando a reforma de sentença que havia indeferido pedido de expedição de alvará judicial destinado a autorizar a lavratura de escritura pública de pacto antenupcial, aplicou, por via transversa, o art. 1.639, § 2º, ao casamento dos apelantes, celebrado antes da vigência do novo Código. Eis a ementa dessa decisão colegiada:

“Pedido de alvará judicial. Pedido de autorização para lavrar escritura de pacto antenupcial. Possibilidade jurídica da altera-

¹⁸¹ Ob. cit., p. 205.

ção de regime. Desnecessidade de escritura pública. 1. Não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens do casamento é o da comunhão parcial sendo nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constante de escritura pública, e constitui mero erro material na certidão de casamento a referência ao regime da comunhão universal. Inteligência do art. 1.640 NCCB. 2. A pretensão deduzida pelos recorrentes que pretendem adotar o regime da comunhão universal de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, § 2º, do Novo Código Civil e as razões postas pelas partes são bastante ponderáveis, constituindo o pedido motivado de que trata a lei e que foi formulado pelo casal. Assim, cabe ao julgador a quo apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial. O pacto antenupcial é ato notarial; a alteração do regime matrimonial é ato judicial. 3. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros. Inteligência do artigo 2.039, do NCCB. 4. É possível alterar regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Recurso provido” (TJRS, 7ª Câm. Civ., Apelação Cível n.

70.006.423.891, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chavaes, j. 13-8-2003).

Em síntese, aderimos à tese dos autores que permitem a aplicação do art. 1.639, § 2º, aos casamentos celebrados sob o império do Código Civil de 1916.

6.3.6. Publicidade

Apesar de a lei civil se omitir sobre assunto de profunda importância, qual seja o da publicidade da mudança do regime de bens, isso não significa dizer que o juiz não deva dar publicidade ao ato judicial. Muito pelo contrário. Ao deferir o pedido, caberá a ele determinar o registro da sentença no órgão competente. Só assim se dará publicidade à alteração operada judicialmente, pondo a salvo os interesses de pessoas que venham a contratar com os cônjuges.

Orlando Gomes, ardoroso defensor da mutabilidade do regime de bens, já falava há muito tempo sobre a cautela respeitante à publicidade do ato, no resguardo do interesse de terceiros: “Finalmente, só é de ser acolhido se não for feito com o propósito de prejudicar terceiros, cujos interesses, em qualquer hipótese, se ressalvam – para o que se deve exigir a publicidade necessária através da obrigação de transcrever a sentença no registro próprio. Prote-

ge-se, desse modo, o interesse de quem quer que tenha contra qualquer dos cônjuges um direito cujo título seja anterior ao registro da mudança do regime”¹⁸². Rolf Madaleno, por sua vez, é categórico: “a alteração do regime matrimonial será sempre judicial, pouco importando a existência de precedente pacto, já que deverá ser averbada no Cartório do Registro de Imóveis a sentença que deferir a modificação do regime conjugal”¹⁸³.

Na Jornada de Direito Civil à qual nos referimos precedentemente, foi apresentada proposta quanto à publicidade da sentença concessiva da medida: “é admissível alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade” (grifamos).

Portanto, a despeito do silêncio da lei, a publicidade mostra-se absolutamente necessária. De qualquer sorte, para não pairar nenhuma dúvida sobre a questão, sugere-se, de *lege ferenda*, a modificação do § 2º do art. 1.639 do Código Civil para incluir a ampla publicidade da alteração do regime de bens.

7. Modalidades

¹⁸² Ob. cit., p. 164.

¹⁸³ Ob. cit., p. 200.

O direito brasileiro prevê quatro modalidades de regime de bens: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aqüestos, separação de bens.

7.1. Regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens está previsto nos arts. 1.658 a 1.666 do novo Código Civil. Nesse regime de bens comunicam-se apenas os bens adquiridos na constância do casamento, salvo as exceções estabelecidas pela lei.

Isso significa dizer que, no regime da comunhão parcial, os bens presentes, pertencentes a cada um dos cônjuges, não entram na comunhão patrimonial. Somente entrariam se os cônjuges, mediante convenção antenupcial, escolhessem o regime da comunhão universal. Aí sim os bens presentes fariam parte da massa patrimonial comum, à exceção das hipóteses previstas no art. 1.668.

A nosso ver, a comunhão parcial de bens é o regime que melhor atende aos interesses dos cônjuges, além ser o regime que melhor se ajusta aos nossos costumes. Considerando que o casamento não é um meio de aquisição de bens, é preferível o regime da comunhão parcial ao da comunhão universal.

Até porque, convenha-se com Silvio Rodrigues ¹⁸⁴, o regime da comunhão parcial não só constitui um freio à dissolução da sociedade conjugal, como também torna mais justa a divisão dos bens, ao ensejo da separação.

A Itália também adota esse regime de bens, sob a denominação de *comunione legale*. Prevê o art. 159 do Código Civil italiano: “O regime patrimonial legal da família, em falta de diversa convenção na forma do art. 162, é constituído pela comunhão dos bens regulada na seção III do presente capítulo”.

Outro país a adotar o regime da comunhão parcial é Portugal. Consoante o art. 1717 do Código Civil lusitano, na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos.

A comunhão parcial de bens conta com a preferência da população brasileira por dois motivos:

a) É o regime mais justo, se comparado aos outros regimes, porque permite a comunicação tão-somente dos bens adquiridos na constância do casamento. Os bens que cada cônjuge possuir ao se casar não entram na comunhão; isso evita que um cônjuge pobre venha, ao se casar, tornar-se condômino de vultoso patrimônio do consorte. Ora, se o casamento não é, repita-se,

¹⁸⁴ *Direito Civil*, p. 178.

meio de aquisição de bens, sobreleva a justiça do regime da comunhão parcial.

b) A facilidade com que se faz a escolha desse regime. A comunhão parcial não necessita de pacto antenupcial, bastando que os nubentes, no processo de habilitação, optem por tal regime¹⁸⁵. A opção pela comunhão parcial será reduzida a termo, na forma do art. 1.640, parágrafo único, do novo Código Civil.

Conforme veremos daqui a pouco, o novo Código prevê os bens integrantes do acervo patrimonial. Na sua essência são os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal. Mas é preciso ressaltar que nem todos os bens adquiridos durante o casamento são comuns, porque há os que, a despeito de adquiridos após o enlace matrimonial, consideram-se bens particulares, pertencentes a um só dos cônjuges (v.g., bens recebidos em doação ou sucessão).

Nos dois próximos tópicos, discorreremos sobre: os bens excluídos da comunhão; os bens incluídos na comunhão.

7.1.1. Bens excluídos da comunhão

¹⁸⁵ O direito brasileiro passou a adotar, após a vigência da Lei do Divórcio, o regime legal ou supletivo da comunhão parcial de bens (CC de 1916, art. 258, *caput*). Dessa forma, na ausência de convenção antenupcial,

São excluídos da comunhão conjugal os bens relacionados nos arts. 1.659 e 1.661 do novo Código Civil. No Código revogado, os bens incomunicáveis eram previstos nos arts. 269, 270 e 272.

A teor do art. 1.659, são excluídos da comunhão:

I – Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.

Os bens anteriores ao casamento pertencem a cada um dos cônjuges, não se comunicando. Também estão excluídos os que forem adquiridos na constância do casamento por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar. É mister observar, quanto a esses bens, que a lei impõe a incomunicabilidade quando apenas um dos cônjuges os adquirir. Se ambos os consortes os receberem, é caso de comunicabilidade (CC, art. 1.660, inc. II).

Na vigência da lei anterior, o art. 269, inc. I, também excluía da comunhão os bens sobrevividos por doação ou sucessão, mas não fazia menção aos bens sub-rogados em seu lugar. Por conseguinte, se o cônjuge vendesse o bem recebido em herança e comprasse outro bem com o produto da venda, esse bem entraria na comunhão. Com a atual redação, não. Os novos bens, adquiridos com a venda dos bens doados ou herdados, também não se comunicam.

ou sendo nula, vigorava o regime da comunhão parcial. O Código vigente manteve a comunhão parcial de bens como o regime legal ou supletivo (CC, art. 1.640).

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

A redação desse inciso é igual à do art. 269, inc. II, do Código Civil de 1916. É fácil entender o porquê dessa incomunicabilidade. Se os bens existentes por ocasião do casamento já não se comunicavam, não há razão para a lei permitir a comunicação dos bens sub-rogados em seu lugar. Como bem preconiza Silvio Rodrigues, “os bens adquiridos com o produto da venda de bens que se achavam no patrimônio incomunicável do cônjuge tomam o lugar destes bens e passam a se revestir da mesma incomunicabilidade de que aqueles se revestiam”¹⁸⁶. No mesmo sentido é a lição de Guido Tedeschi, para quem “quando os valores decorrem da alienação de um bem próprio, empregado de outra forma – ocorre porque se verificou a sub-rogação; que, no ato da aquisição, se declare que se opera um emprego ou reemprego, ou seja como for, se diga que o adquirido se realizou com dinheiro próprio”¹⁸⁷.

III – As obrigações anteriores ao casamento.

O legislador reproduziu a redação do art. 270, inc. I, do Código Civil de 1916¹⁸⁸. Tratando-se de obrigações anteriores ao casamento, só responde por elas o cônjuge que as contraiu, não havendo mesmo razão para a comunicação de tais obrigações. Assim, o cônjuge deverá cumprir as obrigações anteriores

¹⁸⁶ *Direito Civil*, p. 209.

¹⁸⁷ *El Regimen Patrimonial de la Familia*, p. 368.

¹⁸⁸ Esse inciso ficou sem sentido após a vigência da Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), que alterou a redação do art. 269, excluindo da comunhão parcial “os demais bens que se consideram também excluídos

ao casamento com os seus próprios bens, exceto se o outro cônjuge houver lucrado com elas, caso em que responderá proporcionalmente ao benefício auferido.

IV – As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal.

As obrigações decorrentes de ato ilícito comprometem apenas os bens particulares do cônjuge, pouco importando se o ilícito tenha ocorrido antes ou após o casamento. A lei não exige, portanto, que a ilicitude seja praticada antes do matrimônio, como sucede com a hipótese anterior.

É caso, porém, de comunicação se houver reversão em proveito do casal, conforme prevê o inc. IV. Afinal, se os dois cônjuges tiraram proveito do ato, ambos deverão ser responsabilizados civilmente, recaiando o *quantum* indenizatório sobre os bens comuns do casal. No regime da lei anterior, o art. 270, inc. II, apenas se referia à incomunicabilidade das obrigações provenientes de atos ilícitos, não fazendo menção ao proveito porventura obtido pelo outro consorte¹⁸⁹. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça baixou a Súmula 251, do seguinte teor: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal”.

da comunhão universal (inc. IV). Ora, o art. 263, inc. VII, excluía da comunhão universal as dívidas anteriores ao casamento.

¹⁸⁹ Esse inciso, a exemplo do que sucedeu com o inc. I (v. nota de rodapé anterior), ficou sem sentido após a vigência da Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), porque foram excluídos da comunhão parcial, por força da alteração do art. 269, “os demais bens excluídos da comunhão universal” (inc. IV), sendo certo ainda que o art. 263, inc. VI, excluía da comunhão universal as obrigações provenientes de atos ilícitos.

Na atualidade, o inc. IV autoriza a comunicabilidade da obrigações provenientes de atos ilícitos se houver reversão em proveito do casal.

V – Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão.

Tratando-se de bens de caráter nitidamente pessoal – v.g.: roupas, sapatos, objetos de uso diário –, o legislador excluiu-os da comunhão. O Código anterior também excluiu da comunhão parcial as roupas de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão (CC, art. 269, inc. IV, c.c. o art. 263, inc. IX).

A exclusão alcança, como se viu, os livros e os instrumentos de profissão. Assim, os livros de doutrina e de jurisprudência de um advogado não integram o rol de bens comunicáveis. Mas é preciso observar o seguinte: somente os bens úteis ou necessários ao exercício da profissão ficam excluídos da comunhão; não os demais. Como já alertava Clóvis Bevilacqua¹⁹⁰, os livros que não se comunicam são os de uso do cônjuge, não os que ele tenha para negócio, entendimento também esposado por Lino de Moraes Leme¹⁹¹.

Da mesma forma, os instrumentos de profissão não se comunicam ao outro cônjuge. Assim, os instrumentos de um dentista, ou de um médico, ou de um fisioterapeuta, ou de um músico, etc. não se comunicam ao seu consorte, pois, a exemplo dos livros, são destinados à sobrevivência do profissional. A propósito do tema, a justiça paulista, apreciando nos idos de 1934 o agravo

¹⁹⁰ Ob. cit., p. 178.

¹⁹¹ Ver parecer publicado na RT, 328/72.

n. 2.291, da comarca de Santos, excluiu da comunhão, em obediência ao art. 263, inc. IX, do Código Civil, um piano, como tal considerado instrumento de profissão. Eis a ementa de tal decisão:

“Comunhão de bens – Instrumento de profissão: piano – Exclusão. Penhora – Objeto destinado a exercício de profissão – Embargos procedentes – Aplicação do art. 1.004, n. III, do Código de Processo e art. 263, n. IX, do Código Civil” (Agravante: José da Silva Canheiro; Agravada: Maria da Gloria Mattos; relator Junqueira Sobrinho, j. 3-8-1934) ¹⁹².

VI – Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

Os ganhos do trabalho pessoal de cada consorte são comunicáveis, nos termos do art. 1.659, inc. VI, do novo Código Civil. Entenda-se bem o enunciado legal: o que a lei proibiu foi a comunicação do *direito* aos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. Esse direito pertence apenas ao cônjuge beneficiário dos proventos.

O assunto, no entanto, é controvertido. Maria Helena Diniz, adotando posição excessivamente radical, diz que a incomunicabilidade é total, alcançando não só o produto do trabalho de cada cônjuge como também os bens adquiridos com tais proventos ¹⁹³. Não podemos concordar, *data venia*, com

¹⁹² RT, 94/437.

¹⁹³ *Curso...*, p. 152.

esse entendimento, sob pena de negativa de vigência do art. 1.660, inc. I, que torna comuns “os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges”. Nossa posição, a propósito, está embasada no magistério de Silvio Rodrigues, para quem “só os proventos, enquanto tais, não se comunicam. No exato instante em que se transformam em patrimônio, por exemplo, pela compra de bens, opera-se, em relação a estes, a comunhão, pela incidência da regra contida nos arts. 1.658 e 1.660, I, até porque não acrescenta o inciso em exame, a hipótese ‘e os bens sub-rogados em seu lugar’”¹⁹⁴. O bem adquirido com o numerário dos proventos comunica-se a ambos os cônjuges, uma vez que, como bem notou Silvio Rodrigues, não há na lei a expressão “e os bens sub-rogados em seu lugar”. É a solução adotada pelo art. 1724 do Código Civil lusitano¹⁹⁵.

Aliás, vamos além. Para nós, os próprios ganhos de cada um dos consortes se comunicam ao outro. Ao editar a norma em comento, quis o legislador evitar que, ocorrendo a separação dos cônjuges, um deles tivesse direito permanente à metade dos proventos do outro. Portanto, apenas o *direito* aos proventos é incomunicável, não o valor em si durante a constância do casamento. Depositado o numerário na conta bancária, há, sim, comunicação. Nesse ponto, vale a pena transcrever a opinião de José Antonio Encinas Manfré: “Por outro lado, a respeito desse inciso VI, há a concepção, a nosso ver fundada, de que se deva entender apenas o *direito* aos proventos. Nesse caso,

¹⁹⁴ *Direito Civil*, p. 212.

recebido o dinheiro pela contraprestação laboral, esse numerário passa a ser bem comum, ingressando no patrimônio do casal. Sobrevindo separação judicial, o direito de cada consorte continuar percebendo o respectivo provento não se comunica, mas tão-só o que com ele for adquirido”¹⁹⁶. Aliás, pensamento diverso levaria, *data venia*, à desnaturalização do próprio regime da comunhão parcial. Bem por isso, é preciso interpretar o inc. VI com bastante parcimônia, de conformidade com a filosofia que inspirou a instituição do regime de comunhão, pois, do contrário, quase nada se comunicaria durante a constância do matrimônio¹⁹⁷.

VII – As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Não se comunicam, diz o art. 1.659, inc. VII, as *pensões* (valores periodicamente pagos a alguém em virtude de lei, ou de decisão judicial, ou de contrato, ou de ato de última vontade), *meio-soldos* (metade do soldo paga a militar reformado¹⁹⁸), *montepios* (pensão paga pelo Estado aos herdeiros de funcionário falecido) e *outras rendas semelhantes*, como a tença (pensão de alimentos, quer prestada pelo Estado, quer prestada por qualquer outra pessoa de direito público ou de direito privado¹⁹⁹).

¹⁹⁵ Art. 1724: “Fazem parte da comunhão: a) o produto do trabalho dos cônjuges”.

¹⁹⁶ Ob. cit., p. 65.

¹⁹⁷ Alexandre Guedes Alcoforado Assunção critica o dispositivo, porque entende que o inc. VI, tal como redigido, produz situação que se antagoniza com a própria essência do regime. Por isso mesmo o citado autor sugere a supressão do inc. VI do art. 1.668 e a renumeração do último inciso (*O Novo Código Civil Comentado*, p. 1472), opinião com a qual concordamos integralmente.

¹⁹⁸ O art. 108 do revogado Decreto-Lei n. 9.698, de 2 de setembro de 1946, rezava o seguinte: “Os oficiais da ativa, da reserva e reformados, contribuintes do montepio militar, deixarão, por morte, a seus herdeiros, uma pensão de montepio e meio soldo”.

¹⁹⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, p. 293.

Além dos bens vistos acima, não entram na comunhão os bens cuja aquisição tenha por título uma causa anterior ao casamento (CC, art. 1.661). Aqui o legislador considerou a hipótese de o bem ingressar no seio familiar somente após a celebração do matrimônio. O importante é que tal bem diga respeito a uma causa anterior às bodas. Maria Helena Diniz²⁰⁰ lembra as seguintes hipóteses: 1) moça solteira que vende a crédito um imóvel de sua propriedade, mas só recebe o valor acertado pós o casamento; esse valor é só dela, pois se prendeu a causa anterior às núpcias; 2) ação reivindicatória iniciada antes do casamento, porém julgada procedente após o casamento; 3) domínio útil preexistente, com consolidação do direito de propriedade quando o enfiteuta já se encontrava casado. Podemos também incluir a hipótese de usucapião: a ação, embora iniciada quando o autor era solteiro, somente é julgada procedente após as bodas.

Somem-se aos casos de exclusão previstos nos arts. 1.659 e 1.661 os direitos patrimoniais do autor previstos no art. 39 da Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998²⁰¹.

O legislador de 2002 não incluiu entre os bens comunicáveis “os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder” (art. 269, inc. III, do Código Civil de 1916). Não se pense, porém, que a exclusão dessa hipótese possibilita a comunicabilidade dos rendimentos. Com efeito, sendo os pais usufrutuários dos bens dos filhos menores, conforme dicção do art. 1.689, inc.

²⁰⁰ *Curso...*, p. 152.

²⁰¹ Art. 39 da Lei n. 9.610/98: “Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário”.

I, do novo Código, esse direito de usufruto é personalíssimo, não se estendendo ao outro cônjuge.

7.1.2. Bens incluídos na comunhão

O art. 1.660 do novo Código Civil prevê as seguintes hipóteses de comunhão:

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

A condição para a comunhão dos aqüestos é a aquisição onerosa de bens pelos cônjuges (ou por um deles). Se um dos consortes receber, por exemplo, um imóvel em doação, esse bem, não adquirido a título oneroso (venda e compra, troca, etc.), não entrará na comunhão; pertencerá exclusivamente ao cônjuge donatário. Ao revés, se um bem for adquirido por um dos consortes, a título oneroso, ingressará na comunhão, salvo se incidirem as hipóteses dos incs. I, II e V do art. 1.659.

Por outro lado, diz o art. 1.660, inc. I, do Código Civil que a comunhão ocorrerá ainda que o bem esteja registrado apenas em nome de um dos cônjuges. Ora, tal fato não obsta a comunicabilidade do bem, desde que este tenha sido adquirido onerosamente na constância do casamento.

Quanto aos bens móveis, há a presunção legal de aquisição já no curso do casamento. Dispõe o art. 1.662 do Código Civil: “No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior”. Essa presunção é *juris tantum*, isto é, presunção relativa (e não absoluta), de tal sorte que será lícito a um dos cônjuges demonstrar que o bem foi adquirido antes do casamento.

Por isso, para que não ocorram pendengas, é recomendável que os nubentes descrevem no pacto antenupcial, pormenorizadamente, os bens móveis pertencentes a cada um deles. Isso evitará que se instaure controvérsia, na fase de execução da sentença dissolutória do casamento, sobre a propriedade de tais bens.

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

A lei inclui na comunhão de aqüestos os bens adquiridos por fato eventual, tais como jogo, aposta, loteria, invenção de tesouro, etc. Repetiu a redação do art. 271, inc. II, do Código de 1916. Pontes de Miranda, discorrendo sobre tal dispositivo, incluía na relação a usucapião ²⁰². A nosso ver, porém, nem sempre a usucapião poderá entrar na comunhão. Se a usucapião se verificar após o casamento, é caso de aplicação do art. 1.660, inc. II, do novo Código Civil; se anterior às bodas, não se comunicará ao outro cônjuge, tendo em vista o disposto no art. 1.661.

III – Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges.

Esses bens se comunicam ao marido e à mulher. São bens recebidos por ambos os cônjuges em doação, herança ou legado. A condição para a comunicabilidade é a aquisição por *ambos* os cônjuges. Se a doação contemplar, por exemplo, um só cônjuge, não é caso de comunhão, pois estaremos diante da hipótese prevista no art. 1.659, inc. I, do novo Código.

IV – As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

Não importa a natureza das benfeitorias – se necessárias, úteis ou voluptuárias –, porquanto a lei não faz qualquer distinção entre umas e outras. Basta assim que elas recaiam sobre os bens particulares de cada um dos cônjuges para que seja possível a comunhão.

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.

Por fim, o art. 1.660, inc. V, diz que entram na comunhão os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge. Entenda-se por frutos “tudo o que possa ser produzido periodicamente da coisa, nascendo e renascendo (*quod ex re nasci et renasce solet*), seja pelo trabalho, seja por outros meios”

²⁰² *Tratado de Direito Privado*, p. 334.

²⁰³. Dessa forma, se um imóvel de propriedade exclusiva da mulher estiver locado, os aluguéis se comunicarão ao marido, por força do mencionado dispositivo legal. A comunicação dos frutos dar-se-á, como manda a lei, durante a constância do casamento, mas nada impede que, em caso de dissolução da sociedade, possa haver comunicação quanto aos frutos pendentes. Destarte, se pender de pagamento três ou quatro aluguéis, a superveniente separação judicial do casal não obsta a comunicação desses valores.

Além dos casos vistos acima, na legislação extravagante temos uma outra hipótese de comunhão. Trata-se da Lei n. 9.610/98, cujo art. 39 prevê expressamente a comunicação dos rendimentos relativos aos direitos patrimoniais do autor ²⁰⁴.

7.1.3. Administração do patrimônio comum

A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges, nos termos do art. 1.663, *caput*, do novo Código Civil. Tanto o marido quanto a mulher, ou mesmo ambos, podem administrar o patrimônio comum.

No regime do Código anterior, o legislador confiava apenas ao marido a administração dos bens do casal ²⁰⁵, exceto nas hipóteses do art. 251 ²⁰⁶. Era

²⁰³ De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, vol. II, p. 721, verbete *frutos*.

²⁰⁴ Ver nota de rodapé n. 200.

²⁰⁵ Art. 274 do Código Civil de 1916: “A administração dos bens do casal compete 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”.

natural que o legislador procedesse dessa maneira, na medida em que ao marido competia, na estrutura hierarquizada da legislação revogada, a chefia da sociedade conjugal. O art. 6º do Código Civil de 1916 incluía a mulher casada no rol de pessoas relativamente incapazes ²⁰⁷. A mulher casada não tinha os mesmos direitos outorgados ao homem, uma vez que os cônjuges não estavam no mesmo pé de igualdade. Nem mesmo com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), a mulher conquistou o que tanta almejava, a igualdade na sociedade conjugal.

Essa igualdade só foi alcançada em 1988, corolário da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988. Aí sim o art. 226, § 5º, deixou no mesmo patamar o homem e a mulher, nestes termos: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Portanto, o novo Código, ao entregar a administração dos bens a qualquer dos cônjuges nada mais fez senão observar a igualdade assegurada pela Constituição Federal. Advirta-se, porém, que a administração se refere apenas aos bens comuns, excluídos os bens particulares. Quanto a estes, compete a cada um dos cônjuges administrá-los de per si, salvo convenção diversa em

²⁰⁶ Art. 251 do Código Civil de 1916: “À mulher compete a direção e administração do casal, quando o marido: I- estiver em lugar remoto, ou não sabido; II- estiver em cárcere privado por mais de 2 (dois) anos; III- for judicialmente declarado interdito. Parágrafo único. Nestes casos, cabe à mulher: I- administrar os bens comuns; II- dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido; III- administrar os do marido; IV- alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz”

²⁰⁷ Redação original do art. 6º do Código Civil de 1916: “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de exercer: I. Os maiores de 16 e menores de 21 anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os

pacto antenupcial (CC, art. 1.665). Os bens particulares são os arrolados no art. 1.659, incs. I, II e V, do novo Código. Assim, se a mulher possuir dois imóveis ao celebrar matrimônio, a administração desses bens caberá a ela, salvo se outra coisa ficar convencionada no pacto antenupcial (v.g., o marido será o administrador dos bens particulares da mulher).

Embora a lei civil confie a qualquer dos cônjuges a administração do patrimônio comum, o art. 1.663, § 2º, do novo Código estabelece que a anuência de ambos é necessária “para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns”. Um contrato de comodato somente será possível se os cônjuges concordarem em emprestar o bem a terceiro. Não é válido ao marido ou à mulher ceder o bem sem a anuência de seu consorte.

Uma importante regra foi instituída pelo novo Código Civil: a do art. 1.663, § 3º, que permite ao juiz, havendo malversação de bens, atribuir a administração do patrimônio a apenas um dos cônjuges. Regra bastante salutar, pois impede que os bens integrantes do patrimônio comum sejam, no todo ou em parte, pulverizados pela conduta leviana de um dos cônjuges.

7.2. Regime da comunhão universal de bens

silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida em que se forem adaptando à civilização do país”.

A comunhão universal de bens é o regime que importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, salvo as exceções previstas na lei. No abalizado magistério de Lehmann ²⁰⁸, a idéia que inspira a comunhão de bens consiste em ampliar a comunidade de vida à comunidade patrimonial.

A característica dominante do regime de comunhão universal é, no dizer de San Tiago Dantas, “estabelecer entre os cônjuges uma comunicação dos bens e da parte passiva do patrimônio; o que é de um passa a ser igualmente do outro, e o que, daí por diante, qualquer um deles adquirir, adquire simultaneamente para si e para o outro cônjuge” ²⁰⁹.

No escólio de Lafayete Rodrigues Pereira ²¹⁰, a comunhão universal de bens é dominada por três princípios:

- 1) Tudo o que ingressa no acervo dos bens do casal fica, em regra, subordinado à lei da comunhão.
- 2) Tudo o que cada cônjuge adquire, no momento da aquisição, torna-se bem comum.
- 3) Há meação em todos os bens do casal, embora um deles nada trouxesse ou nada adquirisse na constância do casamento.

A comunhão universal abrange também, nos termos do art. 1.667, *caput*, as dívidas passivas dos cônjuges. A teor de tal dispositivo, poder-se-ia

²⁰⁸ Ob. cit., p. 193.

imaginar, então, que o regime da comunhão importa na mais completa comunicação, na comunicabilidade de todos os bens e de todas as dívidas – passivas ou ativas – dos cônjuges. Mas essa comunicação de bens precisa ser entendida em seus devidos termos. Como ponderam Planiol e Ripert, embora a existência de uma massa comum seja a característica marcante do regime da comunhão, isso não importa dizer que tal massa tenha de compreender “*todos los bienes* de los esposos ni que *todos los intereses* de éstos han de quedar absorbidos en la comunidad. (...) los esposos conservan intereses personales distintos y que sus bienes quedan distribuídos *entre tres patrimonios*: el patrimonio común, el propio del marido y el propio de la mujer”²¹¹.

Por isso mesmo, razões superiores, de conveniência dos próprios cônjuges ou de terceiros, impõem a exclusão de alguns bens da comunhão, consoante se verá a seguir.

7.2.1. Bem excluídos da comunhão

Não obstante a amplitude do regime da comunhão universal, alguns bens não integram o patrimônio comum dos cônjuges. Tais bens, arrolados no art. 1.668 do novo Código, pertencem a cada um dos consortes, não havendo comunicação.

²⁰⁹ *Direitos de Família e Sucessões*, p. 272.

²¹⁰ Ob. cit., p. 171.

No regime da lei anterior, o legislador havia relacionado, no art. 263, treze hipóteses de exclusão de bens. No Código vigente, cinco incisos tratam das hipóteses de incomunicabilidade.

O direito comparado, a exemplo do direito brasileiro, também prevê a exclusão de alguns bens da comunhão. É o caso, por exemplo, do Código Civil português, cujo art. 1733 determina a exclusão dos seguintes bens:

- 1) Os bens dotados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com a cláusula de incomunicabilidade.
- 2) Os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado.
- 3) O usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais.
- 4) As indenizações devidas por fatos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios.
- 5) Os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios.
- 6) Os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência.
- 7) As recordações de família de diminuto valor econômico.

²¹¹ Ob. cit., tomo 8, p. 197.

Mas o Código lusitano faz questão de enfatizar que a incomunicabilidade dos bens não abrange os respectivos frutos nem o valor das benfeitorias úteis.

Passemos a examinar as hipóteses previstas no art. 1.668 do Código Civil brasileiro. São excluídos da comunhão:

I – Os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.

É fácil entender a razão dessa exclusão. Ao impor cláusula de incomunicabilidade ou de inalienabilidade ²¹², não quis o doador ou o testador que o bem integrasse o patrimônio de ambos os cônjuges. Do contrário, teria feito doação ou legado a ambos os consortes.

São também excluídos da comunhão os bens sub-rogados no lugar dos bens doados ou herdados com tal cláusula. Logo, se houver desapropriação de um bem clausulado, o bem adquirido com o dinheiro recebido do poder público também não integrará a comunhão (CC, art. 1.911, parágrafo único, c.c. o art. 1.668, inc. I).

Embora o Código não se refira aos doados com cláusula de reversão (CC, art. 547), tais bens também não integram o patrimônio comum do casal. Dessa forma, se ficou previsto na escritura pública que o bem doado deverá

²¹² Na vigência do Código Civil de 1916, discutia-se na doutrina e na jurisprudência se a cláusula de inalienabilidade incluía também a incomunicabilidade do bem. Tantas foram as decisões no sentido afirmativo, que o Supremo Tribunal Federal baixou a Súmula 49 com o seguinte enunciado: “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”. Hoje em dia, com o advento do novo Código Civil, a questão está superada, porque o art. 1.911 estabelece expressamente que a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

reverter, por morte do donatário, ao patrimônio do doador, não há porque ingressar na comunhão patrimonial ²¹³.

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

Com respaldo na lição de Carlos Maximiliano, Armando Dias de Azevedo define fideicomisso como o “instituto jurídico em virtude do qual se adquire propriedade com a inerente obrigação de conservar o recebido e, por morte, depois de certo tempo ou sob determinada condição, transmitir a outra pessoa, física ou jurídica” ²¹⁴. No fideicomisso, a propriedade do fiduciário é resolúvel, nos termos do art. 1.951 do Código Civil. Assim, enquanto não se verificar a morte do fiduciário ou o decurso de certo tempo ou ainda a conclusão de certa condição, bens fideicomitidos não passam ao patrimônio do fideicomissário. Isso significa dizer, em outras palavras, que somente a realização da condição suspensiva importa na comunicação do bem fideicomitido. Como bem explica Maria Helena Diniz, “o fiduciário é o titular de um domínio resolúvel e o fideicomissário, de um direito eventual, que, enquanto não se der a condição, não se transmite ao seu cônjuge, pois se o fideicomissário falecer antes do fiduciário caduca o fideicomisso, consolidando-se a propriedade nas mãos do fiduciário” ²¹⁵.

²¹³ Ver Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 200; Maria Helena Diniz, *Curso...*, p. 156; José Antonio Encinas Manfré, ob. cit., p. 93.

²¹⁴ *O Fideicomisso no Direito Pátrio*, p. 20.

²¹⁵ *Curso...*, p. 156.

Portanto, somente com a morte do fiduciário, ou com o decurso de certo tempo, ou ainda com a realização de certa condição é que o bem passa a integrar o patrimônio do fideicomissário. É nesse sentido que a lei civil fala em “realizada a condição suspensiva (parte final do inc. II do art. 1.668). Assim, enquanto não realizada a condição suspensiva, incide o inc. II do art. 1.668.

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

No regime da lei anterior, as dívidas anteriores ao casamento eram excluídas da comunhão (CC, art. 263, inc. VII), e continuaram a ser incomunicáveis com o novo Código Civil (art. 1.668, inc. III). Por força dessa disposição legal, somente os bens particulares do devedor e os bens que compõem a sua meação respondem pelos débitos anteriores ao casamento²¹⁶. Quanto aos bens componentes da meação, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que somente com a dissolução do casamento, seguida da partilha de bens, é que a meação do cônjuge devedor estará disponível para responder pelos débitos.

Se é certo que as dívidas anteriores ao casamento são excluídas da comunhão, também é certo que, excepcionalmente, o novo Código permite, a exemplo do Código Bevilacqua, a comunicabilidade dessas dívidas. Eis as duas

²¹⁶ A 10ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo decidiu: “Nos termos do art. 264 do CC, o cônjuge devedor, durante o casamento, responderá pelas dívidas pessoais anteriores ao matrimônio com seus

exceções legais: 1) se provierem de despesas com seus aprestos; 2) se revertirem em proveito do casal.

Ao aludir a *despesas com seus aprestos*, a lei quer que a dívida seja efetivamente empregada nos aprestos. Sobre o assunto, aliás, Pontes de Miranda, comentando o art. 263, inc. VII, do Código revogado, já dizia que “não basta que a dívida tenha sido contraída para os aprestos conjugais, tais como casa, alfaia, vestes. É preciso que tenha sido empregada nos aprestos. É isso o que entende o Código Civil, ao dizer ‘despesas com os aprestos’, e não ‘despesas para os aprestos’. Não importa a finalidade. O que importa é a efetiva aplicação do dinheiro”²¹⁷. Essa parece ser, de fato, a interpretação que melhor se coaduna com o espírito da lei.

Comunicam-se igualmente as dívidas anteriores ao casamento se houver reversão em proveito comum. É o caso, por exemplo, da dívida contraída por um dos nubentes para a aquisição de imóvel destinado à moradia do casal. Como essa dívida foi contraída em benefício do casal, e não somente em favor de um dos cônjuges, ela se comunica ao outro, nos termos do art. 1.668, inc. III.

IV – As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.

bens particulares ou com aqueles que trouxe para a comunhão” (Ap. Cív. n. 876.168-8, Araçatuba, rel. Paulo Hatanaka, j. 27-3-2001, RT 794/277).

²¹⁷ *Tratado de Direito Privado*, p. 305.

A doação antenupcial clausulada é excluída da comunhão, nos termos do art. 1.668, inc. IV. Desse modo, se um dos nubentes doar ao outro imóvel com cláusula de incomunicabilidade, é evidente que tal bem não se comunica ao cônjuge doador. Se este quisesse que o imóvel entrasse na comunhão, era só deixar de fazer a doação. Se agiu diferentemente, é porque teve em mira excluir definitivamente tal bem de seu patrimônio.

Anote-se, a propósito desse inciso, que o legislador pecou por excesso, uma vez que a matéria já se achava contemplada na lei civil. Com efeito, os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar são excluídos da comunhão, conforme previsão do art. 1.668, inc. I, do novo Código.

V – Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

São excluídos da comunhão, por fim, os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de trabalho, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. Examinamos a exclusão desses bens no tópico “7.1.1.”, pelo que estamos dispensados de voltar ao tema.

Além do bens arrolados no art. 1.668 do novo Código, a legislação extravagante prescreve outra hipótese de exclusão: os direitos patrimoniais do autor, conforme art. 39 da Lei n. 9.610/98²¹⁸.

²¹⁸ Ver nota de rodapé n. 200.

7.2.2. Bens incluídos na comunhão

Estão incluídos na comunhão universal todos os bens que a lei ou o pacto antenupcial não excluir.

Como preleciona Carvalho Santos ²¹⁹, a comunhão universal é uma espécie de sociedade de bens dotada de características especiais, porém sem perder a feição de sociedade. O próprio art. 1.667 já diz que o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, à exceção das situações arroladas no art. 1.668.

Note-se que nem mesmo as dívidas passivas estão fora da comunhão, salvo a exceção prevista no inc. III do art. 1.668. Ao instituir o regime da comunhão universal de bens, quis o legislador que a comunhão não fosse apenas de vidas e de almas, abrangendo também bens presentes e futuros.

Sendo assim, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges se comunicam, comunicabilidade extensiva às dívidas passivas. Só não haverá comunicação quando a lei lançar mão de normativa nesse sentido, como é o caso do art. 1.668. Ou ainda quando os nubentes estipularem no pacto antenupcial a exclusão de certos bens comunicáveis.

²¹⁹ *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. V, p. 61.

7.2.3. Administração do patrimônio comum

A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges. É o que se extrai do art. 1.663 c.c. o art. 1.670 do novo Código Civil. Aqui também o Código inovou, em obediência à norma constitucional da igualdade dos cônjuges. No regime da lei anterior, a administração competia ao marido, salvo as hipóteses dos arts. 248, inc. V, e 251. O novo Código comete a qualquer dos cônjuges a administração do patrimônio comum.

7.3. Regime da participação final nos aqüestos

O regime da participação final nos aqüestos está previsto nos arts. 1.672 a 1.686 do novo Código Civil. Ele substituiu o regime dotal, que havia muito tempo caíra em desuso.

De acordo com o art. 1.672, o novel regime é um mescla de outros dois regimes: separação e comunhão parcial. Dispõe o art. 1.672: “No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

Deixamos de tecer, aqui, considerações sobre esse regime, porque ele será examinado no Capítulo IV.

7.4. Regime da separação de bens

O Código Civil prevê, por fim, o regime de separação de bens. Mas cabe esclarecer que o regime de separação de bens se dá tanto por vontade dos próprios nubentes (e aí o regime de separação decorre de convenção, nos termos do art. 1.687 do diploma civil) quanto por imposição legal (hipótese prevista no art. 1.641).

A seguir, trataremos do regime de separação de bens por imposição legal e, depois, do regime de separação decorrente de convenção dos nubentes.

7.4.1. Separação de bens por imposição legal

No Código Civil revogado, o art. 258, parágrafo único, incs. I a IV, impunha o regime da separação de bens no casamento: 1) das pessoas que infringissem os arts. 183, XI a XVI; 2) do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; 3) do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; 4) de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial.

Com o advento do novo Código Civil, o legislador não manteve todos os casos previstos no revogado art. 258, parágrafo único. É obrigatório, atualmente, o regime de separação de bens no casamento: I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II- da pessoa maior de 60 (sessenta) anos; III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (CC, art. 1.641).

O intuito da lei civil, ao estabelecer o regime da separação obrigatória de bens, foi inegavelmente proteger a pessoa do nubente, e também evitar, em algumas hipóteses, a confusão de patrimônio.

As hipóteses contempladas no art. 1.641 são taxativas, não admitindo ampliação. Elas serão examinadas a seguir.

7.4.1.1. Casuística

O inc. I do art. 1.641 fala em “inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento”. Que causas são essas? São as arroladas no art. 1.523 do diploma civil. Não devem casar: a) o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; b) a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; c) o divorciado, enquanto não houver

sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; d) 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.

É dizer, a existência de quaisquer das hipóteses contempladas acima não proíbe a celebração do casamento, mas apenas impõe o regime da separação obrigatória de bens. Contudo, nas hipóteses das alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, o Código Civil permite, havendo pedido dos nubentes e autorização judicial, a não aplicação do regime da separação obrigatória de bens, se restar provada a inexistência de prejuízo para o herdeiro (alínea “a”), para o ex-cônjuge (alínea “c”) e para a pessoa tutelada ou curatela (alínea “d”). E, no tocante à alínea “b”, a prova de que a nubente não estava grávida nos 10 (dez) meses subsequentes à viuvez, à anulação do casamento ou à dissolução da sociedade conjugal ²²⁰.

O art. 1.641, inc. II, do Código Civil impõe o regime da separação de bens aos casamentos de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade. No regime da lei revogada, o art. 258, parágrafo único, inc. II, fazia diferenciação quanto à pessoa dos nubentes. Se homem, o regime seria o da separação se ele contasse com mais de 60 (sessenta) anos; se mulher, a idade caía para 50

²²⁰ É o que prevê o parágrafo único do art. 1.523 do novo Código Civil: “É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo”.

(cinquenta) anos, ou seja, se a mulher fosse maior de 50 (cinquenta) anos, o casamento deveria observar necessariamente o regime da separação de bens. A partir de 5 de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, era palmar a afronta ao dispositivo constitucional, na medida em que conferia tratamento desigual à mulher em relação ao homem. É por isso que, no regime da lei anterior, Silvio Rodrigues já alertava para a transgressão da Carta Magna: “Flagrante a ofensa à Constituição, no tratamento desigual em razão do sexo, apresentamos essa questão como sendo a restrição a partir de 60 anos para ambos os nubentes” ²²¹.

Mesmo agora, com o igualamento da idade dos nubentes, o que calha estudar é se o legislador agiu corretamente ao impor o regime da separação de bens nos casamentos de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos. Sabe-se que a intenção da lei, tanto da atual, quanto da anterior, ao fixar certa idade a partir da qual o regime será o da separação, foi impedir o chamado caça-dotes, “indivíduo que busca enriquecer casando com pessoa rica” ²²². Receou a lei, nas palavras de Clóvis Bevilacqua, “que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes” ²²³. Ou, como observa Silvio Rodrigues, “é nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa moça procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela

²²¹ *Direito Civil*, p. 182, nota de rodapé 195.

²²² *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0.*, verbete *caça-dotes*.

²²³ *Ob. cit.*, p. 168.

fazenda de seu consorte” ²²⁴. Sem embargo desse conhecido propósito do legislador, a verdade é que o art. 1.641, inc. II, do Código Civil, analisado sob o pálio da Constituição Federal, merece críticas pungentes, na medida em que atenta visceralmente contra a liberdade individual dos nubentes. A propósito, o saudoso Silvio Rodrigues, ao tratar justamente da análise do art. 1.641, inc. II, fez questão de enfatizar o seguinte: “Tal restrição, a meu ver, 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 ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver” ²²⁵.

E, de fato, a imposição do regime de separação de bens atenta contra a liberdade individual dos nubentes, pois lhes retira a independência necessária para escolher o regime que melhor atenda a seus interesses. Ora, se a lei civil consagra a plena capacidade civil às pessoas com mais de 18 (dezoito) anos, autorizando-lhes a prática de atos civis, dos mais elementares ao mais complexos, permitindo a celebração de contratos, a realização de testamentos, a doação de bens, etc., não faz sentido, *data venia*, impor o regime obrigatório da separação para os nubentes com mais de 60 (sessenta) anos, mesmo porque

²²⁴ *Direito Civil*, p. 182.

²²⁵ *Direito Civil*, p. 183. Comunga da mesma opinião Maria Helena Diniz, para quem “não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma

os idosos de hoje, se comparados com os do início do século passado, são muito mais esclarecidos, têm muito mais acesso aos meios de comunicação de massa, conhecem suficientemente os seus direitos e deveres, sabem o que querem e o que não querem, de tal sorte que o casamento, feito sob o regime da separação obrigatória de bens, é uma agressão, primeiro, à Constituição Federal e, depois, à inteligência das pessoas que estejam inseridas na terceira idade. Paulo do Amaral Souza ²²⁶ entende que o dispositivo ofende o direito de cidadania do idoso.

É bem verdade que o art. 45 da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio) tratou de excepcionar a regra do então vigente art. 258, inc. II, do Código Civil de 1916, permitindo o livre estabelecimento do regime de bens quando o casamento se seguisse a uma comunhão de vida iniciada antes de 28 de junho de 1977 e tivesse perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou resultasse no nascimento de filhos ²²⁷. De se notar, porém, que o dispositivo está inserido no último capítulo da lei, Capítulo IV, que trata exatamente das disposições finais e transitórias, ou seja, regula situações que, com o correr do tempo, tendem a desaparecer por completo, não ostentando, assim, serventia para regular a permanente situação de pessoas que, antes do casamento, já viviam sob o mesmo teto, aparentando serem marido e mulher.

decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição em função de idade avançada do nubente” (ob. cit., p. 165).

²²⁶ Ob. cit., p. 185.

²²⁷ O art. 45 da Lei do Divórcio apresenta a seguinte redação: “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”.

Em suma, se os idosos têm plena capacidade para realizar atos da vida civil, não agiu corretamente o legislador civilista ao manter o regime de separação de bens decorrente da idade em que se acham os nubentes. *De lege ferenda*, entendemos aconselhável a revogação do art. 1.641, inc. II, do Código Civil, como propugnaram os componentes da Jornada de Direito Civil à qual nos referimos anteriormente, com a apresentação de proposta consubstanciada nos seguintes termos: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida, com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

A última hipótese de observância do regime de separação de bens resulta do casamento daqueles que dependam, para se unir, de suprimimento judicial (CC, art. 1.641, inc. III). Assim, havendo suprimimento judicial, o regime será, *ex vi legis*, o da separação de bens. O Código Civil cuida da capacidade para o casamento no art. 1.517, fixando a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos para a realização do consórcio. Não basta, porém, a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos dos nubentes, porquanto o mencionado art. 1.517 exigiu, quanto àqueles que não atingiram a maioridade civil, a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais. Somente com a autorização dos pais (ou de

seus representantes legais: tutores e curadores) é que os relativamente incapazes terão condições de contrair casamento. Diga-se a propósito que tal anuência, quando denegada injustamente pelos pais, tutores ou curadores, poderá ser suprida judicialmente, nos termos do art. 1.519 do novo Código. É dizer, se os pais, por exemplo, denegarem o consentimento por puro capricho, não havendo nesse dissenso nenhuma razão séria, ponderável, caberá ao juiz suprir o consentimento dos pais, permitindo o casamento do incapaz. Ocorrendo essa hipótese, o regime legal a ser observado é o da separação (CC, art. 1.641, inc. III).

Há na lei civil uma outra hipótese para a qual a realização do casamento exige prévio suprimento judicial. Cuida-se do chamado suprimento de idade núbil, contemplado no art. 1.520 do Código Civil: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”. Ainda que os pais estejam plenamente de acordo com o casamento do filho menor, o suprimento será necessário porque o nubente ainda não atingiu a idade núbil, de 16 (dezesseis) anos, para se casar. A anuência dos pais não elide a necessidade de suprimento judicial, apenas torna mais célere o pronunciamento do juiz. A leitura do art. 1.520 induz à conclusão de que a intervenção do juiz é desnecessária para o suprimento da idade núbil, na medida em que o enunciado legal não alude, ainda que veladamente, à figura da autoridade judiciária. Apenas estatui que será possível, excepcionalmente, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez, o

casamento de pessoas que não tenham atingido a idade de 16 (dezesseis) anos. Assim, interpretação liberal do texto poderia conduzir o intérprete a pensar que a intervenção do juiz, na espécie, é dispensável, a uma porque inexistente referência expressa à pessoa do magistrado, a duas porque o art. 214, *caput*, do Código Civil revogado, apesar de ter redação quase similar à do art. 1.520²²⁸, dizia no parágrafo único que era dado ao juiz ordenar a separação de corpos até que os cônjuges alcançassem a idade legal, deixando bem claro que o suprimimento era da alçada do Poder Judiciário. Nada obstante o silêncio do art. 1.520, entendemos ser essencial, e inexorável, o pronunciamento da autoridade judiciária. Não poderia ficar nas mãos do funcionário do Serviço de Registro Civil a incumbência de deliberar acerca de tão importante e delicada questão. Somente o juiz, ouvido o representante do Ministério Público, poderá suprir a idade núbil do nubente.

Posto isso, é forçoso concluir que o suprimimento da idade núbil compete, com exclusividade, à autoridade judiciária, não podendo ser delegado ao Serviço de Registro Civil. Pois bem, se compete ao juiz se pronunciar sobre a questão da idade núbil, resta saber se, a despeito da lacuna da lei, é possível o suprimimento de idade daquele que, contando com apenas 15 (quinze) anos, tenha seduzido uma menor de 17 (dezesete) anos, cometendo ato infracional equivalente ao crime de sedução? A lei civil não responde a essa indagação. O art. 1.520 alude a “imposição ou cumprimento de pena criminal”, nada dizendo em relação a “suprimimento para evitar a imposição de medida sócio-

²²⁸ O art. 214, *caput*, do Código Civil de 1916 estabelecia o seguinte: “Podem, entretanto, casar-se os referidos menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal”.

educativa a adolescente autor de ato infracional”. O silêncio da lei, porém, não é capaz de retirar do juiz a possibilidade de suprir a idade desse adolescente. Se o art. 1.520 foi editado em prol do interesse público, com vistas a evitar que alguém se sujeitasse, em situação derradeira, a cumprir pena privativa de liberdade, não faria sentido reduzir o alcance interpretativo do dispositivo, deixando de fora a situação ora apresentada nesta tese. Os fins sociais falariam mais alto e permitiriam, com base inclusive no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o suprimimento judicial da idade núbil.

7.4.1.2. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

No Código revogado, o legislador previa os casos de separação obrigatória de bens no art. 258, parágrafo único, incs. I a IV. Além disso, não era intenção do Código permitir, nesse regime patrimonial, a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento (aquestos). É dizer, a separação de bens deveria vigorar até a dissolução da sociedade conjugal. De resto, o legislador, dando mostras de que não queria tornar comuns os bens posteriores ao casamento, impedia doações de parte a parte, isto é, de um cônjuge a outro (v. arts. 226 e 312 do Código de 1916), tudo a tornar hermético o regime da separação de bens.

Muitas discussões surgiram, porém, na doutrina a respeito dessa interpretação, sobretudo porque o art. 259 do Código Civil revogado prescrevia que, embora o regime patrimonial não fosse o da comunhão de bens, prevaleciam, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Com isso, era possível a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, ainda que o regime patrimonial não fosse o da comunhão parcial. Tal dispositivo ensejou, como já se disse, profundas e acaloradas discussões na doutrina. Muitos autores passaram a entender, então, que o art. 259 do Código de 1916 não se aplicava ao regime obrigatório da separação de bens, mas apenas à separação convencional, porque tal dispositivo fazia menção a *contrato*, vocábulo que encerra a idéia de pacto antenupcial, de convenção pré-nupcial firmada entre os nubentes. Opinavam pela separação absoluta, entre outros: Clóvis Bevilacqua, Caio Mário da Silva Pereira, Pontes de Miranda, Carvalho Santos.

A discussão continuou acalorada, porque os defensores da outra corrente sustentavam que os cônjuges, conquanto casados pelo regime da separação obrigatória de bens, formavam entre si uma sociedade de fato, geradora de efeitos no mundo jurídico, de tal sorte que a comunicação dos bens adquiridos após o casamento era uma exigência de justiça, sob pena de beneficiar tão-somente o cônjuge em cujo nome estivessem escriturados tais bens, em inequívoco prejuízo ao outro consorte. Era o entendimento de Espínola, Vicente

Rao, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes, Cândido Oliveira, Philadelpho Azevedo.

Esse assunto foi, aliás, muito debatido na jurisprudência em razão da situação de vários casais estrangeiros, casados pelo regime das leis de seu país, que vinham para o Brasil pobres, mas aqui faziam fortunas. Ora, não era justo que apenas um dos cônjuges viesse a ter direito ao patrimônio adquirido no curso do matrimônio, à custa de uma inequívoca sociedade de fato formada entre os consortes. Por conta dessas circunstâncias, os tribunais brasileiros passaram a acolher a tese da sociedade de fato, permitindo a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, ainda que os cônjuges tivessem se casado pelo regime da separação obrigatória de bens.

O Supremo Tribunal Federal, convocado a se pronunciar sobre tal questão, deu guarida à tese segundo a qual os bens adquiridos no curso do casamento deveriam integrar o patrimônio de ambos os cônjuges, ou seja, deveriam ingressar na esfera dos bens comunicáveis, não obstante o regime de bens adotado (separação obrigatória). Iterativas decisões nesse sentido ²²⁹ fizeram com que o Pretório Excelso, sob o império da lei civil revogada, editasse a Súmula 377 do seguinte teor: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Acabou prevalecendo,

²²⁹ RT, 155/185, 164/712, 167/655, 178/394, 234/435, 256/230, 257/236, 261/171, 265/382, 269/23, 270/291, 274/486, 278/216, 294/714, 297/841, 310/745, 324/366, 499/90, 480/193.

assim, a corrente dos que não viam óbice à comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento.

Sem embargo das considerações formuladas acima, Silvio Rodrigues critica a amplitude da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que “ela deve ser restrita apenas aos bens adquiridos na vigência do matrimônio, pelo esforço comum dos cônjuges” ²³⁰. Essa é uma questão tormentosa, que enfrentaremos oportunamente.

O que cabe indagar, agora, é se a Súmula 377 do STF, dada a entrada em vigor do novo Código, se aplica aos casos de separação obrigatória de bens previstos no art. 1.641, incs. I a III. É também uma questão bastante tormentosa. Silvio Rodrigues, enfrentando o assunto, diz que o novo Código não permite a aplicação de tal súmula aos casamentos regulados pelo regime da separação obrigatória de bens. Para o saudoso jurista ²³¹, o fato de a novel legislação não ter reproduzido a regra contida no art. 259 do Código Civil de 1916 é prova de que, na omissão do contrato ou na omissão da lei, deverão prevalecer as regras pertinentes a cada modalidade de regime de bens, o que impede a subsistência dos princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento, fazendo porém uma ressalva: comprovada a conjugação de esforços para a aquisição dos bens, estes se comunicam, devendo ser partilhados quando da dissolução do casamento.

²³⁰ *Direito Civil*, p. 189, nota de rodapé 201.

²³¹ *Direito Civil*, p. 190.

Rolf Madaleno, apesar de não poupar críticas ao legislador, põe-se do lado daqueles que entendem revogada a Súmula 377 do STF, pois assevera que “diante da redação com que se apresenta o artigo 1.641, ressuscitando o regime obrigatório da total separação de bens, parece ser de novo tarefa dos decisores e jurisconsultos reescreverem a grandiosa trajetória da Súmula 377 do STF”²³², no que é secundado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²³³. Belize Câmara Correia²³⁴ e Denise Willhelm Gonçalves²³⁵ são categóricas quanto à questão: no regime da separação compulsória de bens não se aplica a Súmula 377 do STF.

Por outro lado, há autores que adotam posição contrária, favorável à subsistência da Súmula 377 do STF. É o caso, por exemplo, de José Antonio Encinas Manfré, para quem “razões de equidade autorizam prevaleça essa Súmula, haja vista, como claro na respectiva redação, não atender a regramento patrimonial escolhido ou querido pelos nubentes, de completa incomunicabilidade nesse campo, mas ao que a eles é imposto, forçado, portanto, sem lhes permitir mínima margem de opção”²³⁶. Paulo do Amaral Souza²³⁷ também sustenta que continuarão a existir os aqüestos, para evitar o enriquecimento sem causa.

²³² Ob. cit., p. 209.

²³³ Casamento e Regime de Bens, em *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*, p. 262.

²³⁴ O direito de família sumulado frente ao Novo Código Civil, p. 183.

²³⁵ Regime de bens no Código Civil Brasileiro Vigente, p. 125.

²³⁶ Ob. cit., p. 161.

²³⁷ Ob. cit., p. 185.

Aderimos a essa corrente doutrinária, pois entendemos que o pensamento retratado nessa súmula continua atual e, além disso, encontra guarida no espírito do novo Código Civil. Primeiro, porque a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento representa um imperativo de justiça. Ora, com a formação de uma sociedade de fato entre os cônjuges, não faria sentido beneficiar tão-somente o cônjuge em cujo nome estivesse escriturado o bem adquirido pelo casal.

Um outro argumento reforça o nosso entendimento: no regime da lei anterior, os arts. 312 e 226 vedavam, em matéria matrimonial, doações recíprocas ou doações de um cônjuge ao outro, quando o casamento fosse o da separação obrigatória de bens. O primeiro dispositivo dispunha o seguinte: “Salvo o caso de separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único), é livre aos contraentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de um ao outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador (arts. 263, VIII, e 232, II)”. O art. 226, por sua vez, apresentava esta redação: “No casamento com infração do art. 183, XI a XVI, é obrigatório o regime de separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro”. Hoje em dia não subsistem esses impedimentos, tanto que o legislador, deixando de seguir o modelo de seu antecessor, não abriu capítulo para tratar das doações antenupciais. Isso é sinal de que a lei atual é francamente favorável à comunicação dos aqüestos. Portanto, com a entrava em vigor do novo Código,

as doações anteriores ou posteriores ao casamento são possíveis e se sujeitam às regras das doações em geral (CC, arts. 538 a 564).

Por fim, um derradeiro argumento fere de morte a opinião da corrente que entende revogada a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. A redação do art. 1.641 sofreu alteração significativa na Câmara dos Deputados. Com efeito, o Senado Federal, ao examinar o Projeto do Código Civil, alterou a redação do art. 1.641, acrescentando o seguinte complemento: “sem a comunhão de aqüestos”. No entanto, quando o projeto chegou à Câmara dos Deputados, o trecho agregado ao dispositivo foi suprimido sob a seguinte justificativa: “em se tratando de regime de bens, os aqüestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 377)”²³⁸.

Ora, a supressão do trecho *sem a comunhão de aqüestos* é, a nosso ver, prova cabal de que o nosso direito positivo atual autorizou a comunicação dos aqüestos²³⁹. É certo que a lei poderia ter sido mais clara, aludindo expressamente a essa circunstância no próprio enunciado legal. Para tanto, bastaria que a cabeça do artigo ficasse redigida desta maneira: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, com a comunhão de aqüestos”. Indo mais

²³⁸ Ver Regina Beatriz Tavares da Silva, ob. cit., p. 1.454.

²³⁹ Para Silvio Rodrigues, a supressão do trecho “sem a comunhão de aqüestos” não autoriza pensar que a Súmula 377 foi prestigiada, uma vez que ela teve por base o art. 259 do Código Civil revogado. Como o legislador de 2002 não repetiu esse dispositivo, “pela análise global das regras propostas no Código de 2002, não deverá subsistir a orientação consagrada pela Súmula, aplicando o regime da comunhão parcial quando imposta a separação obrigatória” (ob. cit., p. 190).

além, o ideal seria, na procedente crítica de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁴⁰, que o legislador não tivesse incluído no novo Código as obsoletas regras contidas na legislação de 1916, sobretudo depois de fortemente modificadas pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Seja como for, o legislador preferiu estabelecer os casos em que o casamento observará o regime da separação obrigatória de bens. Ao que tudo indica, o assunto voltará a ser objeto de vivas controvérsias nos tribunais do país²⁴¹.

Uma outra questão relacionada à Súmula 377 do STF diz respeito à comunhão dos aqüestos se houver esforço comum dos cônjuges. Pelo que se viu acima, a Súmula 377 apenas se limita a proclamar que no regime da separação legal de bens se comunicam os adquiridos na constância do casamento. Mas ela não exige que essa comunicação patrimonial somente se verifique se houver esforço comum dos consortes. Assim, pelo teor da Súmula 377, bastaria que o marido tivesse adquirido bens, no curso do casamento, para que a mulher fizesse jus à meação, ainda que não tivesse contribuído para a aquisição de tal patrimônio.

A questão, porém, não é tão singela, porque doutrina e jurisprudência têm examinado as duas vertentes: a) a aquisição de bens pelo esforço comum dos cônjuges; b) a aquisição de bens sem o esforço comum dos cônjuges. En-

²⁴⁰ Ob. cit., p. 262.

contramos decisões tanto em um sentido quanto em outro. Para nós, preservado o entendimento da corrente contrária, a comunicação patrimonial somente ocorrerá se o patrimônio amealhado durante o casamento for fruto do esforço comum do casal, sob pena de enriquecimento ilícito. Nesse sentido, a propósito, assevera Maria Helena Diniz que “a razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, desde que sejam produto do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses”²⁴².

Entenda-se por *esforço comum* a cumplicidade no lar, a intensificação de forças intelectuais e morais para a realização de algum projeto, o zelo pelos assuntos domésticos. *Esforço comum* não significa, pois, a ajuda financeira direta para a aquisição do bem. Essa ajuda pode ocorrer de forma indireta. É possível que um dos cônjuges não desempenhe atividades fora do lar, mas mesmo assim isso tenha ajudado o outro a adquirir ou mesmo a construir o patrimônio comum. A vida registra casos de mulheres que abandonaram promissoras carreiras para se dedicarem não só ao marido e aos filhos com também às tarefas domésticas. Durante anos essas mulheres se entregaram, de corpo e alma, ao lar e à família, apoiando e incentivando o marido e ministrando atenção e cuidados especiais aos filhos menores. Ora, não seria justo

²⁴¹ Chegou ao nosso conhecimento a notícia de que um nubente com mais de sessenta anos casou-se, após a vigência do novo Código, celebrando pacto antenupcial para estabelecer a mais absoluta separação de bens. Isso é prova, no terreno pragmático, que a separação obrigatória de bens não exclui a comunhão de aqüestos.

que a mulher fosse alijada dos bens escriturados em nome do marido, mesmo porque o esforço comum não se resume a contribuição financeira, é muito além do que isso. É por essa razão que aplaudimos o lúcido pensamento de Yussef Said Cahali, a seguir transcrito: “A solução pretoriana que inspirou a Súmula 377 traz em seu contexto argumentos que se mostram igualmente respeitáveis: se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens”²⁴³.

Em apertada síntese, fechamos este tópico concluindo que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal ainda subsiste, não obstante as respeitáveis opiniões em sentido contrário. Os bens adquiridos na constância do casamento, mesmo que o regime patrimonial seja o da separação obrigatória, comunicam-se entre os cônjuges, porque há uma sociedade de fato entre marido e mulher. Pressuposto, porém, para a aplicação dessa comunicabilidade é que o patrimônio tenha advindo do esforço comum do casal.

7.4.2. Separação de bens decorrente de convenção

²⁴² *Curso...*, p. 167.

Aqui, diversamente das hipóteses previstas no art. 1.641 do Código Civil, o regime da separação de bens decorre de prévia e deliberada convenção pré-matrimônio. Os nubentes, de livre e espontânea vontade, optam pelo regime da separação de bens, celebrando, antes do casamento, pacto antenupcial. Os nubentes têm liberdade para escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver, salvo quando o ordenamento jurídico impuser a necessidade de observância de outro regime de bens, como é o caso do art. 1.641 do Código Civil. O legislador delegou aos nubentes total liberdade para escolher o regime de bens a vigorar após o casamento. Sem meias palavras, o legislador brasileiro autorizou os nubentes, a exemplo do que sucede em várias legislações alie-nígenas, a pactuarem livremente acerca do regime matrimonial de bens. Já nas disposições gerais relativas ao regime de bens entre os cônjuges, o art. 1.639, *caput*, prescreve expressamente: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Assim também prescrevia, com idêntica redação, o art. 256, *caput*, do Código Civil de 1916. Nessa matéria, como já advertia Clóvis Bevilacqua²⁴⁴, domina a autonomia da vontade dos nubentes.

O requisito para a escolha do regime de separação de bens é um só: a celebração, antes do casamento, de pacto antenupcial. É dizer, compete aos nubentes, precedentemente à realização do consórcio, firmar acordo mediante

²⁴³ A comunhão de aqüestos no regime da separação de bens, em *Família e Casamento: Doutrina e Jurisprudência*, p. 707.

²⁴⁴ Ob. cit., p. 159.

o qual escolhem, por meio de pacto antenupcial, o regime de separação de bens (sobre o seu conceito, natureza jurídica e demais questões relacionadas ao pacto antenupcial, basta ver Capítulo V).

Os nubentes poderão, na celebração do pacto antenupcial, ajustar por-menorizadamente acerca da extensão do regime de separação escolhido. A extensão do regime de separação ficará, com exclusividade, ao alvedrio do casal de nubentes. Se quiserem estabelecer a separação absoluta de bens, assim entendida aquela na qual cada cônjuge conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de bens presentes e futuros, basta que assim deliberem no pacto antenupcial, já que o pacto é dominado, vale repetir, pela autonomia da vontade. Ao revés, se quiserem firmar a separação relativa de bens, aquela na qual não há a separação completa do patrimônio após o casamento, poderão fazê-lo igualmente por meio de pacto.

Por conseguinte, imperando a autonomia da vontade, cumpre aos nubentes optarem, no pacto antenupcial, pelo regime de separação de bens – separação absoluta ou separação relativa, como foi dito acima. O legislador do novo Código abandonou a fórmula do art. 259 do revogado Código, não permitindo, assim, que os nubentes fossem ludibriados nos seus interesses. Com efeito, o art. 259 apresentava o seguinte teor: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrário, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. Tal regra, a tempo abandonada pelo novo Código, constituía, no dizer sempre autorizado

de Silvio Rodrigues²⁴⁵, verdadeiro alçapão posto na lei para ludibriar a boa-fé dos nubentes.

Realmente, o art. 259 representava uma verdadeira excrescência jurídica, pois conduzia a erro os nubentes, que acreditavam que o regime a vigorar entre eles era o da separação de bens. A teor do mencionado dispositivo legal, era preciso que os nubentes acordassem *expressamente acerca da absoluta separação de bens*. Se eles se limitassem a escolher, por meio de pacto antenupcial, o regime da separação de bens, adotar-se-iam – em razão do silêncio desse pacto – os princípios da comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento. Os nubentes pensavam que estavam casando sob o império de um regime (separação de bens), quando, na realidade, o casamento ocorria sob a égide de outro. Segundo informa Rui Ribeiro de Magalhães²⁴⁶, a redação do art. 259 do Código Civil resultou de uma emenda apresentada em 1901 na Câmara pelo deputado Anísio de Abreu, relator da Comissão dos 21.

O novo Código Civil, sensível às críticas endereçadas ao art. 259 do Código revogado, não repetiu a sua redação. No atual contexto, pois, escolhido o regime da separação, cada cônjuge será senhor não só dos bens levados para o casamento, como também dos bens adquiridos após as bodas, a não ser que ajustem no pacto uma separação *moderada* de bens.

²⁴⁵ *Direito Civil*, p. 186.

²⁴⁶ Ob. cit., p. 248.

7.4.3. Administração dos bens

O legislador não adotou, em matéria de separação de bens, o mesmo sistema do Código Civil de 1916. É bem verdade que o direito anterior, a exemplo do atual, entregava aos cônjuges a administração do próprio patrimônio. No entanto, havia restrição na lei revogada quanto à alienação dos imóveis.

Tal restrição aparecia no art. 276, cuja redação era esta: “Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, I, 242, II, e 310)”. *A contrario sensu*, portanto, os bens imóveis de um cônjuge somente poderiam ser alienados com a concordância do outro consorte. Aliás, o arts. 235, I, e 242, inc. II, diziam expressamente que a alienação de bens imóveis, independentemente do regime de bens, ficava da dependência de autorização dos cônjuges.

Atualmente, já não há essa restrição. O art. 1.687 do novo Código Civil é bem claro ao conferir aos cônjuges total liberdade para administrar os próprios bens. É por essa razão que Ripert e Boulanger, comentando sobre tal regime, prelecionam: “La separación de bienes es un régimen en el cual cada

uno de los esposos conserva la administración, el disfrute y la disposición de sus bienes. Excluye, en principio, toda comunidad”²⁴⁷.

Estipulada a separação de bens – diz o art. 1.687 –, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. É dizer, se o regime for o da separação, a lei dispensa expressamente a autorização de um ou de outro consorte para a transferência de bens móveis ou imóveis. Nesse particular, ademais, o art. 1.647 também consagra o princípio da completa administração dos bens próprios de cada consorte, tendo em vista que o regime de separação absoluta importa na livre alienação de bens imóveis.

É conveniente fazer aqui, por derradeiro, uma observação a respeito do tema: a alienação, sem a anuência do consorte, somente será possível se os nubentes optarem pelo regime da mais *absoluta* separação de bens – feita em pacto antenupcial. É nesse sentido, a propósito, que o art. 1.647 do novo Código alude à expressão *separação absoluta*.

8. Término do regime dotal

O novo Código Civil aboliu o regime dotal, no que agiu muito bem, pois este não contava com a simpatia da população. Os nubentes escolhiam ou

²⁴⁷ Ob. cit., tomo IX, p. 615.

o regime legal (comunhão parcial) ou o regime da comunhão universal ou o regime da separação de bens, mas não se interessavam pelo dotal. Daí a razão de o legislador ter abolido tal regime.

Ao que parece, o Código Civil de 1916 depositou uma grande expectativa no regime dotal, pensando que as pessoas fossem aderir em massa a esse regime. A esperança do legislador era tão grande, a ponto de reservar um número generoso de dispositivos – em comparação aos outros regimes – para disciplinar o regime dotal. Com efeito, os regimes de comunhão universal ²⁴⁸, comunhão parcial ²⁴⁹ e separação de bens ²⁵⁰ continham, respectivamente, sete, sete e dois dispositivos legais regulamentando a matéria, ao passo que o regime dotal, detalhado ao extremo, apresentava nada menos do que trinta e três dispositivos legais (arts. 278 a 311), o que apenas serve para uma vez mais reforçar o argumento de que o legislador de 1916 pensava que o dotal contaria com a preferência nacional. As expectativas do legislador não foram confirmadas.

O desuso era total. Atuando durante vários anos como Curador de Casamentos, nunca tivemos a oportunidade de ver escritura pública de pacto antenupcial em que os nubentes elegiam o dotal como seu regime de bens. Washington de Barros Monteiro criticava acidamente o regime dotal, pregando a sua retirada do Código de 1916. A seu ver, o regime dotal constituía verdadei-

²⁴⁸ CC de 1916, arts. 262 a 268.

²⁴⁹ CC de 1916, arts. 269 a 275.

²⁵⁰ CC de 1916, arts. 276 e 277.

ra superfetação, porque não entrou em nossos hábitos, em nossos costumes, podendo ser cancelado do Código sem nenhum inconveniente. Tal supressão, aduzia, “não afetaria de modo algum a estrutura do nosso direito, que se despojaria de excrescência inteiramente inútil” ²⁵¹. Foi por isso que o legislador contemporâneo aboliu o regime dotal.

Não é despiciendo observar, no entanto, que o fator pragmático não foi o único móvel determinante da retirada do regime dotal do nosso direito positivo. Outras razões também levaram o legislador contemporâneo a aboli-lo do arcabouço jurídico. Para que tenhamos uma noção histórica da razão de sua extinção, é preciso que façamos algumas considerações, ainda que breves, a respeito do período imediatamente posterior à vigência do Código de 1916.

A mulher de então era considerada, *ex vi legis*, relativamente incapaz para os atos da vida civil, pois dependia de autorização do marido para praticar certos e determinados atos. Naquela época, a mulher não podia votar e muito menos trabalhar fora do lar. A hegemonia masculina predominava nas relações entre os cônjuges. Ficava ela, por força de regramento legal absolutamente discriminatório, em permanente estado de submissão marital; a mulher era considerada, do ponto de vista legal, inferior ao marido. O dote representava uma forma de compensar o fato de a mulher não poder desempenhar atividades fora do lar. Os frutos e rendimentos produzidos pelo dote seriam,

²⁵¹ Ob. cit., p. 228.

então, para auxiliar o marido nos encargos da vida conjugal. O regime dotal, portanto, tinha a sua razão de ser.

Paulatinamente, porém, a mulher foi ganhando espaço na sociedade e se libertando dos grilhões que tanto lhe acorrentavam e que tanto lhe oprimiam. Duas importantes leis contribuíram para a igualação dos direitos. Uma foi a Lei n. 4.121/62, que consagrou o Estatuto da Mulher Casada; a outra foi a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio entre nós. A Lei n. 4.121/62 pôs termo a quase todas as regras que discriminavam a mulher, ao passo que a Lei n.6.515/77 conferiu outros benefícios a ela. Mais tarde veio a Constituição de 1988, consagrando a igualdade entre homens e mulheres. Numa só penada, o constituinte derrubou de vez todas as normas legais que, direta ou indiretamente, discriminavam a mulher. O art. 226, § 5º, da Carta Magna, dispôs, em bom português, que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O constituinte percebeu que a mulher moderna era muito diferente da mulher do início do século passado. Enquanto esta não trabalhava fora do lar, dependendo economicamente do marido, aquela, mercê da Lei n. 4.121/62, assumiu, com o casamento, a condição de companheira do marido, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral da entidade familiar. Além disso, o Estatuto da Mulher Casada lhe deu autorização para exercer profissão lucrativa distinta da do marido. Terminou a dependência econômica, na medida em que a mulher passou a desempenhar atividades fora do lar e contribuir decisi-

vamente para o sustento da família. Em muitos casos, aliás, ela passou a ocupar postos de trabalho privilegiados e a perceber quantia superior ao do marido.

Diante de tudo isso, não havia mesmo razões para a manutenção do regime dotal. Portanto, a evolução social desencadeada pelas Leis ns. 4.121/62 e 6.515/77, e depois sacramentada pela Constituição de 1988, ensejou a completa extinção do regime dotal entre nós.

9. Regime legal dispositivo no Brasil

Quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor, o art. 258, na sua redação original ²⁵², dispunha o seguinte:

“Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens, no casamento:

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

II- Do maior de sessenta anos, e da maior de cinquenta 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, n. XI, com o consentimento do tutor.

IV- De todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n. XI; 384, n. III; 426, n. I, e 453)”.

Portanto, na ausência de pacto antenupcial, ou sendo este nulo, vigorava o regime da comunhão universal de bens, a não ser que os nubentes fossem legalmente obrigados a se casarem pelo regime da separação (art. 258, parágrafo único). Carvalho Santos ²⁵³, citando Marcadé, acrescentava mais uma hipótese não prevista na lei: se o contrato antenupcial estivesse redigido de maneira obscura, a ponto de não ser possível reconhecer, com segurança, a intenção dos nubentes quanto ao regime de bens escolhido.

Comentando o art. 258 do Código Civil de 1916, explicava Clóvis Bevilacqua que no sistema do Código “há dois regimes legais: um que a lei presuppõe ou manda aplicar, quer no silêncio das partes, quer em caso de nulidade

²⁵² Em 1977, a Lei do Divórcio alterou a redação do art. 258 do Código Civil.

²⁵³ Ob. cit., p. 51.

do contrato antenupcial celebrado; e outro que ela impõe a certas pessoas: o da comunhão universal e o da separação”²⁵⁴.

Pontes de Miranda²⁵⁵ completava a lição de Clóvis, dizendo que o art. 258 do Código Civil de 1916 abrigava dois regimes de bens: 1) o regime legal *dispositivo*, que é o estabelecido por lei para o caso de completa ou de insuficiente expressão da vontade dos nubentes, de tal sorte que o modelo da lei significa convenção tácita; 2) o regime legal *obrigatório* ou *cogente*, no qual a lei impõe as normas sobre os bens, ainda que os nubentes tenham querido, no pacto antenupcial, adotar outro regime de bens.

Aqui, vamos tratar exclusivamente do regime legal *dispositivo*; quanto ao outro (regime legal obrigatório ou cogente), fizemos considerações no item “7.4.”, subitem “7.4.1.”, deste mesmo capítulo.

Até 1977, o regime da comunhão universal de bens foi o preferido pelo legislador. No dizer de Clóvis²⁵⁶, a comunhão de bens, originária do direito germânico, espalhou-se pela Europa e firmou-se em Portugal, em cujo país foi tradicionalmente adotado: casamento *segundo o costume do reino*, sendo certo que, de Portugal, passaram para o Brasil o costume e a prescrição legal.

E, de fato, assiste razão a Clóvis. Em Portugal, na falta de convenção, o casamento era feito segundo o costume do reino²⁵⁷. O casamento segundo o

²⁵⁴ Ob. cit., p. 165.

²⁵⁵ Ob. cit., p. 234.

²⁵⁶ Ob. cit., p. 166, *observações*, n. 2.

²⁵⁷ Assim dispunha o art. 1.098 do revogado Código português de 1867: “Na falta de qualquer acordo ou convenção, entende-se que o casamento é feito segundo o costume do reino, exceto se for contraído com quebra das disposições do art. 1.058, ns. 1º e 2º; porque, nesse caso, entender-se-á que os cônjuges são casados com simples comunhão de adquiridos”.

costume do reino consistia na comunhão, entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não excetuados na lei ²⁵⁸. Cunha Gonçalves, discorrendo sobre a vetusta legislação lusitana, informava que em Portugal, “desde os primeiros séculos, foi usado o sistema da comunhão geral de bens, o qual, umas vezes, tinha de ser ou era expressamente convencionado, e daí a expressão ‘por carta de ametade’, e, outras vezes, era considerado nascido do fato de viverem os cônjuges sob economia comum durante um ano e dia, fato assaz generalizado – e daí o dizer-se ‘segundo o costume do reino’; pois ambas essas expressões se encontram na Orden. Afons., Livro IV, Título 12” ²⁵⁹.

O legislador brasileiro, abeberando-se na tradição do direito português, elegeu a comunhão universal de bens como o regime legal, desde que não houvesse convenção, ou se tal convenção fosse considerada nula. O regime da comunhão importa na comunhão de todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros. Clóvis indicou entusiasticamente as razões determinantes dessa escolha: “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” ²⁶⁰. Mas essa opção pelo regime universal foi duramente criticada por Silvio Rodrigues ²⁶¹, ao argumento de que o casamento jamais poderia ser meio de aquisição de propriedade.

²⁵⁸ Definição dada pelo art. 1.108 do revogado Código português de 1867.

²⁵⁹ Ob. cit., p. 455.

²⁶⁰ Ob. cit., p. 166, *observações*, n. 3.

²⁶¹ *Direito Civil*, p. 178.

Talvez influenciado pela objeção de Silvio Rodrigues, o legislador alterou a redação do art. 258 do Código Civil 1916²⁶², estatuinto que, na falta de convenção ou sendo nula esta, deveria vigorar o regime da comunhão parcial de bens.

O atual Código Civil manteve, quanto ao regime legal, a redação do art. 258. Com efeito, o art. 1.640, *caput*, do referido diploma estabelece, *verbis*: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Dessa forma, o regime legal dispositivo no Brasil é o da comunhão parcial de bens. Só não o será se os nubentes: a) escolherem outro regime de bens por meio de pacto antenupcial; b) casarem pelo regime obrigatório da separação de bens, nos termos do art. 1.641, incs. I a III, do novo Código Civil.

²⁶² Alteração processada pelo art. 50 da Lei do Divórcio.

CAPÍTULO III: REGIME MATRIMONIAL DE BENS NO DIREITO COMPARADO

1. Importância do estudo do direito comparado

O estudo do direito comparado é de fundamental importância para todos os povos, porquanto tem a inegável serventia de aproximar idéias em época marcada pela globalização, além de cooperar para o aperfeiçoamento da legislação. Não é de hoje que o Brasil reconhece a importância e a necessidade da comparação. Ainda sob o influxo do período monárquico, o Decreto n. 7.247, de 19 de abril de 1879, determinava no art. 23, § 5º, o seguinte: “O estudo do direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos”.

A comparação desfruta, assim, de importância no universo jurídico. Em livro que se tornou clássico, René David ²⁶³ afirma que o direito comparado não é outra coisa senão um método destinado a aplicar a comparação na esfera das ciências jurídicas. O interesse do direito comparado é múltiplo, uma vez que a comparação dos direitos pode empregar-se com os fins os mais variados: fins de ordem prática ou fins de ordem científica, cuja linha de separação é muito indecisa e difícil de assinalar entre ambos.

²⁶³ Ob. cit., p. 39.

Aí já desponta a importância do direito comparado para a humanidade: o conhecimento aliado ao aperfeiçoamento da legislação de um determinado país. Isso porque, como bem destaca René David, os juristas podem utilizar-se do método comparativo “para conocer mejor su propio Derecho nacional, bien sea em sus principios y tendencias, bien sea en sus soluciones y reglas de detalle o para descubrir el contenido del Derecho internacional. El método comparativo puede servir, por outra parte, a aquellos que buscan perfeccionar el Derecho de su país, bien sea el legislador propiamente dicho, bien aquellos otros agentes (Tribunales, autores y tratadistas) que pueden concurrir a la elaboración del Derecho” ²⁶⁴.

Embora o aperfeiçoamento do direito não seja a única finalidade do direito comparado, é inegável a sua importância para o bem estar dos povos. São conhecidas as lendas segundo as quais Solón teria viajado durante dez anos para outros lugares com o escopo de buscar, entre outras coisas, modelos de legislação para o seu país ²⁶⁵.

Pelo método comparativo é possível, segundo o valioso magistério de René David ²⁶⁶, encontrar nas leis estrangeiras o modelo ideal ou então novas técnicas que possam ser aproveitadas mediante uma lei em nossa própria sociedade. É de René Davi esta esmerada lição: “El hecho de que se tenga ante la vista principalmente la legislación positiva está en relación con el predomi-

²⁶⁴ Ob. cit., p. 39.

²⁶⁵ Além de René David, Lino de Moraes Leme também faz menção a essa viagens de Sólon (ob. cit., p. 88).

²⁶⁶ Ob. cit., p. 112.

nio que se ha reconocido, y se sigue reconociendo en Francia en cierta medida hasta hoy, a esta fuente del Derecho, bajo el imperio de las teorías que prevalecieron durante el siglo XIX”²⁶⁷.

É válido observar, contudo, que a importância do direito comparado não se mede apenas pelo direito positivo, senão também por outra fonte: a doutrina. É na leitura de obras estrangeiras que o operador do direito acaba por conhecer melhor os institutos de outros povos, tendo a invulgar oportunidade de traçar um perfil entre o direito pátrio e o direito alienígena.

Por tais razões, procuramos nesta tese examinar não só o direito positivo de países como Alemanha, Itália, Portugal, mas também estudar a doutrina estrangeira mais autorizada, para podermos discorrer sobre o tema central desta tese, dando a nossa cota de colaboração para o aperfeiçoamento da legislação pátria.

2. Direito romano

Como informam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia²⁶⁸, o regime patrimonial entre os cônjuges em Roma não era o da comunhão de bens, mas sim o dotal.

²⁶⁷ Ob. cit., p. 112.

²⁶⁸ *Manual de Direito Romano*, vol. I, p. 127

Havia duas espécies de matrimônio no direito romano, o matrimônio *cum manu* e o matrimônio *sine manu*. Dessa forma, os romanos admitiam o instituto da *manu*, expressão que significava o poder do marido sobre a mulher.

Casamento *cum manu*, na definição de José Cretella Júnior ²⁶⁹, representava aquele em que a mulher caía sob o domínio do marido ou do *paterfamilias* do marido, caso este fosse *alieni juris*, enquanto casamento *sine manu* significava o casamento no qual a mulher não caía sob o poder do marido, continuando sob a *manus* do *pater* da família da qual provinha. No casamento *sine manu*, escreve Vandick Londres da Nóbrega, a mulher “continuava na mesma situação quanto ao *status familiae*” ²⁷⁰.

Nos casamentos *cum manu*, se a mulher fosse *sui juris*, o patrimônio não dotal que ela trazia passava para a propriedade exclusiva do marido; ao contrário, se fosse *alieni juris*, a mulher não trazia nenhum bem, porque não tinha patrimônio. Além disso, considerando que ela mudava de família com a realização do casamento, ficava excluída da sucessão da família de origem. É aqui que encontramos a razão do dote: favorecer a mulher *alieni juris*, ou seja, o pai costumava constituir um dote em favor da filha que viesse a celebrar bodas.

Já nos casamentos *sine manu*, a mulher *sui juris* continuava proprietária de seus bens, podendo administrá-los pessoalmente, ou por intermédio de

²⁶⁹ Ob. cit., p. 122.

²⁷⁰ Ob.cit, p. 492.

procurador, ou então entregando a administração de seus bens ao marido. Tais bens eram chamados no direito romano de parafernais.

O regime dotal, como foi falado acima, era o regime patrimonial entre os cônjuges no direito romano. O dote representava o acervo de bens que a mulher, ou outrem por ela, trazia ao marido para que este pudesse sustentar o ônus matrimonial. Um texto do Digesto proclamava, a propósito, o seguinte: *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*²⁷¹.

O dote podia ser constituído pelo *paterfamilias* da mulher, chamando-se *dos profecticia*. Podia ser constituído, também, pelos parentes dela ou por ela própria; nesse caso, chamava-se *dos adventícia*. Dizia-se *dos recepticia* o dote que se devesse restituir a quem o constituía; havia ainda o dote *dos aestimata*, quando os bens eram, no ato de sua constituição, avaliados em dinheiro, tornando-se o marido devedor do preço, como se fosse um contrato de compra e venda.

O dote podia ser constituído antes ou depois do casamento. E também podia ser acrescido após a realização do casamento.

Segundo as Regras de Ulpiano²⁷², havia as seguintes maneiras de constituição do dote:

I- *A dotis datio*, que consistia na efetiva entrega dos bens ao marido por meio idôneo de transferência da propriedade.

²⁷¹ Digesto, livro 23, título 3, fragmento 56.

²⁷² Ulpiano, Título 6, § 1.

II- A *dotis dictio*, que significava a promessa unilateral solene feita por meio de determinadas palavras. Gerava uma relação obrigacional a cargo de quem promettesse a constituição do dote.

III- A *dotis promissio*, representada por uma estipulação por meio da qual o constituinte do dote se obrigava a transferir posteriormente os bens dotais. Essa modalidade de dote substituiu a *dotis dictio*.

Sob o influxo da regulamentação do matrimônio *cum manu*, os bens dotais passavam a ser propriedade do marido. Para evitar, porém, que, com a dissolução do casamento, o marido se assenhoreasse dos bens dotais, o constituinte costumava exigir-lhe garantias para a devolução do dote, como oferecimento de cauções e outras estipulações. Tais garantias se destinavam a assegurar a devolução do dote. Mais tarde, o pretor dispensou a apresentação de garantias, porém tornou obrigatória a devolução do dote.

Desfeito o casamento, a restituição dos bens, em se tratando de dote *dos recepticia*, se fazia àquele que o constituiu. Se o marido morresse, os bens dotais ficavam com a mulher; contudo, se fosse ela que morresse, seus herdeiros teriam direito a exigir tais bens, mediante a *actio ex stipatu*, caso houvesse a respectiva *stipulatio*. Se não houvesse a estipulação, podia-se intentar a *actio rei uxoriae*, que conduzia a um julgamento eqüitativo: o marido retinha a *dos adventicia* (dote constituído pela mulher ou por parentes dela) até que fossem pagas as benfeitorias realizadas nos bens dotais. Se o casamento se desfizesse por divórcio, havendo culpa da mulher, o marido lançava mão de uma *retentio*

propter mores, mas não podia reter mais da metade do dote, nem ser condenado a pagar valor superior aos limites do patrimônio.

Na legislação justinianéia, como expõem didaticamente Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, havia “duas ações clássicas, *actio ex stipulatu* e *actio rei uxoriae* se encontram fundidas na *actio ex stipulatu*, chamada também *actio de dote*. Tem caráter equitativo e cabe não somente a quem precedentemente fez a *stipulatio*, mas a quem quer que constituiu o dote; além disso a ação é transmissível ativa e passivamente. O processo de transformação se consumou: o marido já não é proprietário, mas somente usufrutuário dos bens dotais, como no direito moderno. Quem constituiu o dote tem sobre os bens do marido hipoteca tácita, que legalmente garante a restituição dotal”²⁷³.

Portanto, para finalizar este tópico, podemos dizer que o direito romano conhecia apenas o regime dotal de bens, sendo certo que o dote desempenhava um papel econômico importante na sociedade conjugal daquela época.

3. Direito alemão

O regime de bens na Alemanha está regulado pelos §§ 1363 a 1563 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – Código Civil alemão. Na atualidade, a legislação alemã conhece apenas três regimes patrimoniais: 1) comunhão de

²⁷³ Ob. cit., p. 130.

aquestos; 2) separação de bens; 3) comunhão de bens. Na falta de contrato nupcial, o regime legal é o da comunhão de aquestos. Aliás, como esclarece Wilfried Schlüter ²⁷⁴, os cônjuges vivem no regime da comunhão de aquestos quando não ajustarem outro regime patrimonial (§ 1363 al. 1 do BGB).

A propósito do contrato nupcial, o § 1408 al. 1 do BGB estabelece que tal contrato se destina a regulamentar tão-somente as relações patrimoniais entre os cônjuges. Logo, um acordo sobre os efeitos matrimoniais pessoais não é um contrato nupcial.

O direito alemão permite que os contratos nupciais sejam firmados antes ou durante o casamento. O contrato nupcial precisa ser concluído perante um tabelião, com a presença simultânea das partes, (§ 1410 do BGB).

Embora os cônjuges sejam livres para a celebração de um contrato nupcial, eles devem manter os limites gerais da autonomia privada (§§ 134, 138 BGB). De acordo com o § 1409 do BGB, o regime de bens não pode ser estabelecido por remissão a uma lei não mais em vigor ou a uma lei estrangeira. Quanto à lei estrangeira, há uma exceção prevista na legislação: os cônjuges podem optar pelo direito 1) do Estado ao qual um deles pertença, 2) do Estado, no qual um deles tenha sua permanência habitual ou 3) vigente no Estado onde se localiza o imóvel.

²⁷⁴ *Código Civil Alemão – Direito de Família*, p. 156.

Celebrado o contrato nupcial, impõe-se o registro público do regime de bens estabelecido pelas partes, na forma do § 1560 do BGB, para conferir efeitos em relação a terceiros.

3.1. Regime de bens da comunhão de aqüestos

Foi a Lei da Igualdade de Direitos, com vigência a partir de 1º de julho de 1958, que introduziu o regime da comunhão de aqüestos como regime legal de bens na Alemanha.

A doutrina alemã critica o nome dado pelo legislador a esse regime patrimonial, ao argumento de que não se trata, na verdade, de uma comunhão patrimonial, porquanto cada cônjuge administra seu patrimônio de forma autônoma ²⁷⁵. De fato, o nome é impróprio, porque não há, durante o curso do casamento, a comunhão de aqüestos.

Os cônjuges não podem dispor livremente dos bens componentes do patrimônio total e tampouco dispor irrestritamente dos bens considerados de utilidade doméstica. Tais restrições têm por escopo resguardar a família e, ao mesmo tempo, proteger os cônjuges da perda de futuras prerrogativas de compensação.

²⁷⁵ Wilfried Schlüter, ob. cit., p. 165.

Consideram-se bens de utilidade doméstica, no magistério de Wilfried Schlüter, “tudo o que, conforme as relações patrimoniais e de vida dos cônjuges, foi determinado para a moradia conjunta, para a administração do lar e para a vida conjugal comum” ²⁷⁶.

No regime da comunhão de aqüestos, os cônjuges são tratados como se fossem casados pelo regime da separação – sob a ótica eminentemente patrimonial. Isso porque após a celebração do casamento, o patrimônio dos cônjuges forma duas massas patrimoniais completamente distintas. Aliás, o § 1363 al. 2 do BGB estabelece que “O patrimônio do marido e o patrimônio da mulher não são patrimônio dos cônjuges”. Contudo, o direito alemão não impede a formação de patrimônio comum, seja mediante a celebração de negócios jurídicos, seja mediante a transferência de propriedade.

O término do regime da comunhão de aqüestos ocorre nas seguintes hipóteses: anulação de casamento; morte; divórcio; acordo entre os cônjuges; anulação do regime legal. Nesses casos, a compensação dos aqüestos será concretizada após a avaliação do patrimônio inicial e do patrimônio final amealhado durante a constância do matrimônio.

O aqüesto é, nos termos do § 1373 do BGB, o montante de valor que exceder o patrimônio inicial dos cônjuges. O excedente será dividido entre os cônjuges, a teor do § 1378 al. 1 do BGB: “Se o adquirido de um cônjuge ex-

²⁷⁶ Ob. cit., p. 187.

ceder o adquirido do outro, caberá a metade do excesso, como crédito de igualação, ao outro cônjuge”.

Wilfried Schlüter fornece exemplo altamente esclarecedor a respeito do § 1378 al. 1 do BGB: “O marido tinha um patrimônio inicial no valor de 10.000 DM e um patrimônio final no valor de 100.000 DM, portanto um ganho (aquesto) de 90.000 DM. A mulher tinha um patrimônio inicial de 20.000 DM e um patrimônio final de 30.000 DM, portanto um ganho de 10.000 DM. Com isso o aquesto do marido é 80.000 DM maior que o da mulher. Portanto, a mulher tem contra o marido uma prerrogativa de pagamento no valor da metade deste excedente, ou seja, no valor de 40.000 DM” ²⁷⁷.

Considerando que a apuração dos aquestos deverá levar em conta o patrimônio inicial e o patrimônio final dos cônjuges, entenda-se por patrimônio inicial o que pertence a um cônjuge no início da sociedade conjugal, após a dedução das dívidas (§ 1374 al. 1 do BGB). Mas é importante salientar que os bens adquiridos, após o início do regime, por herança ou doação não integram o patrimônio inicial. Entenda-se por patrimônio final o patrimônio pertencente a um dos cônjuges, abatidas as dívidas, no momento do término do regime de bens (BGB, § 1375 al. 1).

O BGB contém um mecanismo de proteção ao cônjuge enganado pela malícia do outro. Se um dos cônjuges fizer alienações a título gratuito, legalmente não justificadas, desperdiçar bens ou praticar atos com a intenção de prejudicar o consorte, o § 1375 al. 2 do BGB permite o acréscimo do valor

²⁷⁷ Ob. cit., p. 189.

correspondente ao bem egresso da massa patrimonial. É dizer, o valor do patrimônio alienado orienta-se pelo momento de sua diminuição.

O regime da comunhão de aqüestos é, como foi dito, o regime legal na Alemanha, na falta de contrato nupcial. Os cônjuges, porém, podem celebrar contratos para eleger outros regimes: o da separação de bens ou o da comunhão de bens.

Veremos a seguir os regimes contratuais da separação de bens e da comunhão de bens.

3.2. Regime da Separação de bens

O regime da separação bens caracteriza-se pela inexistência total de relações patrimoniais entre os cônjuges. Cada cônjuge tem o seu próprio patrimônio, podendo dele dispor ilimitadamente. Além disso, cada cônjuge responde isoladamente por suas dívidas.

Conquanto escolhido por contrato nupcial o regime da separação de bens, os cônjuges são obrigados a prestar alimentos entre si, nos termos do § 1360 do BGB.

Como já foi dito anteriormente, o regime da separação de bens depende da celebração de contrato nupcial. Na falta deste, o regime de bens será o da

comunhão de aqüestos. Nem sempre foi dessa forma, porém. Conforme informa Wilfried Schlüter ²⁷⁸, a separação de bens valeu como regime legal no período entre 1º de abril de 1953 e 30 de junho de 1958, com o aval da jurisprudência do STF alemão. A partir de 1º de julho de 1958, com a vigência da lei de igualdade de direitos, o regime legal passou a ser o da comunhão de aqüestos.

A separação de bens inicia como regime auxiliar legal de bens, com o trânsito em julgado da sentença que reconhece, nos termos do § 1388 do BBG, a compensação antecipada, ou através da qual a comunhão de bens é anulada (§§ 1449 al. 1, 1470 al. 1 do BGB).

De acordo com a regra legal do § 1414 do BGB, também deve valer a separação de bens nos casos a seguir arrolados:

- 1) Quando os cônjuges, antes do casamento, excluïrem o regime de bens da comunhão de aqüestos, ou o anularem, sem ter simultaneamente acordado um outro regime de bens.
- 2) Quando os cônjuges excluïrem, em contrato nupcial, a compensação de aqüestos, a teor do § 1371 do BGB, ou a compensação das expectativas de pensões previdenciárias (§ 1587 do BGB).
- 3) Quando os cônjuges anularem a comunhão de bens (§ 1415 do BGB).

²⁷⁸ Ob. cit., p. 148.

O regime de bens termina de duas maneiras: a) fim da união conjugal; b) escolha de um regime de bens para o futuro. Cabe uma advertência, porém: se o regime de separação de bens é anulado, sem que um novo regime de bens seja acordado, passará a valer o regime legal da comunhão de aqüestos.

3.3. Regime da comunhão de bens

O regime da comunhão de bens arrima-se no fato de que a comunhão de vida deve ensejar a comunhão de patrimônios. Como regra, observa Wilfried Schlüter, “o patrimônio de ambos os cônjuges deve se tornar patrimônio comum unido à mão comum, que é administrado somente pelo marido ou pela mulher (§§ 1422 ff BGB) ou por ambos os cônjuges conjuntamente (§§ 1450 ff BGB)”²⁷⁹. Reconhece o direito alemão, no regime da comunhão de bens, cinco diferentes massas patrimoniais: os bens comuns, os bens próprios do marido e da mulher, os bens reservados do marido e da mulher.

Os bens comuns dos cônjuges compreendem todos os bens, excluídos os bens próprios e os reservados de cada um. No tocante ao patrimônio comum, surge o que direito alemão qualifica de *comunhão à mão comum* dos cônjuges. A cada cônjuge cabe no total uma parte no patrimônio unido à mão comum, mas não isoladamente nos bens pertencentes a esse patrimônio. A

²⁷⁹ Ob. cit., p. 224.

administração do patrimônio comum compete a ambos os cônjuges, salvo se outra coisa for ajustada no contrato nupcial.

Quanto aos bens próprios, estes consistem nos bens que não podem ser transmitidos por meio de negócio jurídico (§ 1417 al. 2 BGB), como por exemplo as participações não transmissíveis em sociedades de pessoas. Incumbe a cada cônjuge administrar os bens próprios. Os frutos e rendimentos advindos desses bens pertencerão ao patrimônio comum.

Os bens reservados estão arrolados no § 1418 al. 2 do BGB. Consideram-se bens reservados os seguintes:

- 1) Os que, por contrato nupcial, são declarados bens reservados de um cônjuge.
- 2) Os que um cônjuge adquire por disposição de última vontade, com cláusula expressa de bem reservado.
- 3) Os que forem recebidos de terceiros, a título gratuito, com cláusula expressa de bem reservado.

Segundo o direito alemão, cada cônjuge administra seus bens reservados de forma autônoma, por conta própria. Dessa forma, os rendimentos advindos dos bens reservados pertencem exclusivamente a cada cônjuge.

A administração do patrimônio comum, no regime da comunhão de bens, compete, vale repetir, a ambos os cônjuges, sem embargo de o contrato nupcial poder ajustar de maneira diferente, cometendo apenas ao marido, ou à

mulher, a administração do patrimônio comum. Se a administração incumbir a ambos, a disposição dos bens comuns dependerá necessariamente da manifestação conjunta dos cônjuges, nos termos do § 1450 do BGB.

O patrimônio comum é a garantia de terceiros. O direito alemão parte do princípio segundo o qual os credores do marido e os da mulher podem exigir a satisfação de seus direitos a partir do patrimônio comum.

Cada cônjuge responde pessoalmente com os bens próprios e os reservados para cumprir as obrigações assumidas com terceiros.

O término do regime da comunhão de bens ocorre nas seguintes hipóteses: 1) dissolução do casamento (nulidade, anulação, divórcio ou morte); 2) sentença constitutiva (§§ 1447-1449, 1469-1470); 3) celebração de contrato nupcial.

Nem sempre, porém, a morte de um dos cônjuges conduzirá ao término do regime da comunhão de bens. O direito alemão faculta aos cônjuges, mediante contrato nupcial, acordar a subsistência do regime de bens após a morte de um deles. Nesse caso, o regime, recebendo nome de *comunhão de bens continuada*, continuará entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes comuns (§ 1483 do BGB).

O BGB trata da presunção patrimonial no § 1362. Tal presunção foi instituída em favor dos credores do marido e dos credores da mulher. As coisas móveis que se encontrem na posse de um cônjuge ou na composses de am-

bos os cônjuges presumem-se de propriedade do cônjuge devedor. No entanto, não se aplica a presunção de propriedade prevista no § 1362 se os cônjuges se encontrarem separados de fato e as coisas móveis estiverem na posse do cônjuge não devedor.

4. Direito italiano

O Código Civil italiano, no Livro I (Das pessoas e da família), Título VI (Do casamento), Capítulo VI (Do regime patrimonial da família), trata das questões patrimoniais entre os cônjuges. Tal capítulo abrange os arts. 159 a 230.

No direito italiano havia três regimes patrimoniais: o da comunhão legal, o da separação de bens e o regime dotal. A Lei 19, de 19 de maio de 1975, extinguiu o regime dotal. Portanto, o ordenamento jurídico italiano conta, atualmente, com apenas dois regimes patrimoniais.

Antes de ingressar no estudo desses dois regimes, faremos considerações gerais sobre as convenções matrimoniais.

As relações patrimoniais entre os cônjuges são reguladas pelas convenções das partes ou pela lei.

Na falta de convenções, vigorará entre os cônjuges o regime de comunhão legal.

Devem as convenções matrimoniais ser estipuladas por documento público, sob pena de nulidade. Se esta for declarada, ficará estabelecido automaticamente o regime legal de comunhão.

Será nula toda cláusula que tenha por fim a constituição de um bem dotal.

É lícito ao menor prestar seu consentimento nas convenções matrimoniais, desde que assistido por seus pais, tutores ou curadores especiais, nos termos do art. 165 do Código Civil italiano.

O direito italiano autoriza a modificação das convenções no curso do casamento. Para tanto, é preciso que o ato público seja realizado com a participação de todas as pessoas que fizeram parte convenção, incluindo os herdeiros de ambos os cônjuges.

Se depois do consentimento público de alteração da convenção matrimonial um dos cônjuges vier a falecer, os efeitos somente serão produzidos mediante o consentimento imediato do outro cônjuge, salvo homologação judicial. A modificação convencional e a decisão judicial só produzirão efeitos em relação a terceiros se forem transcritas à margem da convenção anterior.

O art. 1.417 do Código Civil italiano permite ao terceiro fazer prova da simulação da convenção matrimonial. É deste teor o mencionado dispositivo legal, cujo *nomem juris* é “prova da simulação”: “A prova por testemunhas, no caso de simulação, é admissível, sem limitação, se o pedido for proposto

por credores ou por terceiros e, quando visa a fazer valer a qualidade de ilícito ao contrato simulado, ainda mesmo se for proposto pelas partes”.

4.1. Regime de comunhão legal

Salientamos anteriormente que, não havendo convenção entre os cônjuges, observar-se-á o regime da comunhão legal.

Constituem objeto da comunhão:

- 1) Os adquiridos por ambos os cônjuges em conjunto ou separadamente durante o casamento, excluindo-se os bens pessoais.
- 2) Os frutos dos bens próprios de cada um dos cônjuges, percebidos e não consumidos ao término da comunhão.
- 3) Os proventos individuais de cada cônjuge, se ao término da comunhão não for consumido.
- 4) As empresas constituídas após o matrimônio e administradas por ambos os cônjuges.
- 5) Os rendimentos, lucros e a valorização obtida de empresa administrada por ambos os cônjuges, mas constituída por um deles anteriormente ao casamento.

Os bens pessoais, como foi dito, são excluídos do regime de comunhão de bens. A lei italiana considera bens pessoais os seguintes:

- a) O bem em relação ao qual o cônjuge era titular de um direito real de gozo antes do casamento.
- b) O bem adquirido por doação ou sucessão, após o matrimônio, desde que conste no ato de liberalidade a cláusula de incomunicabilidade.
- c) Os bens estritamente pessoais de cada cônjuge e seus acessórios.
- d) Os bens destinados ao exercício profissional do cônjuge, exceto quando os referidos bens forem destinados à administração de empresa comum.
- e) O bem recebido a título de ressarcimento de danos, bem como a pensão referente à perda total ou parcial da capacidade laborativa.
- f) O bem adquirido pela transferência dos bens pessoais constantes dos itens anteriores, bem como a sua permuta, desde que expressamente declarados no ato da aquisição.
- g) O bem móvel ou imóvel adquirido após o casamento em substituição aos bens que não integram a comunhão, ou seja, os mencionados nas letras “c”, “d” e “f”.

A administração dos bens em comunhão será efetivada por ambos os cônjuges, respondendo cada um pelos atos e prejuízos que causar.

Se um dos cônjuges se recusar a outorgar poderes para a tomada de providências judiciais ou extrajudiciais necessárias para a administração do patrimônio, o cônjuge prejudicado poderá obter suprimento judicial.

Sendo um dos cônjuges menor, ou não podendo um deles administrar, ou estando a causar prejuízo, o cônjuge prejudicado poderá pedir judicialmente que seja excluído da administração. Contudo, cessada a causa do impedimento, poderá requerer o restabelecimento de seus poderes.

Se um dos cônjuges efetivou negócio jurídico com bens móveis ou imóveis sem o necessário consentimento do outro, tal negócio poderá ser convalidado ou anulado, observando-se os prazos prescricionais de um ano da data do ato ou de um ano da data da transcrição no registro. Em se tratando de bens móveis que não exijam transcrição, o cônjuge culpado deverá restabelecer o bem ao estado anterior à realização do ato. Caso não seja possível, impõe-se o ressarcimento do valor correspondente ao prejuízo causado.

Os bens da comunhão respondem:

- a) Por todos os ônus que gravam o bem no momento da aquisição.
- b) Por todos os encargos de administração.
- c) Pelas despesas para a manutenção da família incluindo educação dos filhos e todas as obrigações que os cônjuges assumiram, mesmo que individualmente no interesse da família.
- d) Por todas as obrigações contraídas pelos cônjuges conjuntamente.

Os bens comuns não respondem pelas obrigações contraídas por um dos cônjuges antes do casamento, bem como as obrigações decorrentes dos gravames de bens recebidos por doação ou sucessão durante o matrimônio e não atribuída à comunhão.

Os bens comuns podem satisfazer as obrigações contraídas separadamente pelo marido ou pela mulher se o cônjuge administrador se excedeu em seus poderes sem o consentimento do outro e seus bens pessoais são insuficientes para a satisfação dos créditos.

O direito italiano autoriza a satisfação do crédito particular de um dos cônjuges mediante a utilização de bens comuns até o valor correspondente à cota do cônjuge que assumiu a obrigação, sendo considerado quirografário privilegiado em relação as da comunhão.

Sendo insuficientes os bens para a satisfação do crédito, respondem solidariamente os bens pessoais, na proporção de metade para cada um dos cônjuges.

Cessa a comunhão:

- 1) Pela declaração de ausência ou de morte presumida de um dos cônjuges.
- 2) Pela nulidade do matrimônio declarada judicialmente.
- 3) Pela cessação dos efeitos civis do matrimônio.
- 4) Pela separação dos cônjuges.

- 5) Pela separação dos bens.
- 6) Pela alteração do regime patrimonial de bens.
- 7) Pelo mau gerenciamento patrimonial.

A lei impõe a ambos os cônjuges o dever de reembolsar ao patrimônio comum os valores dele retirados e utilizados para fins diversos de administração e manutenção familiar.

É facultado aos cônjuges requerer restituição das somas retiradas do patrimônio pessoal e utilizadas em despesas e investimentos do patrimônio comum.

Os reembolsos e as restituições devem ser feitos no momento do término da comunhão, podendo ser autorizado pelo juiz anteriormente se o interesse da família assim o exigir ou permitir.

A sentença de separação judicial dos bens retroage à data da propositura da ação, instaurando no casamento o regime de separação de bens, ressalvado o direito de terceiros, devendo ser averbado à margem do ato do matrimônio e da convenção matrimonial.

Os bens da comunhão serão divididos em partes iguais seja no ativo seja no passivo. Havendo necessidade de entregar algum bem aos filhos, o juiz poderá constituir usufruto a favor de um dos cônjuges.

Por fim, na divisão de bens móveis, o cônjuge ou seus herdeiros terão direito de retirar os bens que lhe pertenciam antes da comunhão, ou os que

foram recebidos por sucessão ou doação durante o regime da comunhão. Os bens móveis presumem-se pertencentes à comunhão, salvo prova em contrário. Não encontrando os bens móveis que o cônjuge ou herdeiros tenham direito, serão reembolsados no valor correspondente, salvo se o bem deteriorou por uso, consumo, ou por outra causa não imputável ao outro cônjuge. O reembolso autorizado não pode prejudicar direito de terceiro.

4.2. Regime de separação de bens

De duas formas pode ser instituído o regime de separação de bens: a) por convenção no pacto matrimonial; b) pela cessação do regime de comunhão de bens.

Instituído o regime de separação de bens, os cônjuges conservam a titularidade dos bens adquiridos na constância do casamento.

Os cônjuges podem administrar e dispor livremente dos bens componentes de seu exclusivo acervo. Contudo, o direito italiano permite a um dos cônjuges administrar o bens do outro cônjuge. Para tanto, é mister a outorga de procuração específica na qual haja a discriminação das obrigações e direitos relativos a frutos e rendas, bem assim das responsabilidades referentes às ações praticadas no exercício da administração. O cônjuge que desfruta dos bens do outro cônjuge, assume o papel de usufrutuário, sujeitando-se a todas

as obrigações daí derivadas. Por sinal, o art. 1001 do Código Civil italiano prevê: “O usufrutuário deve restituir as coisas que formam o objeto do seu direito, no termo do usufruto, observado o disposto no art. 995. No gozo das coisas deve ele usar a diligência de um bom pai de família”.

Para a prova de propriedade exclusiva de cada cônjuge, a lei permite a utilização de todos os meios probatórios. Mas se nenhum deles demonstrar a propriedade exclusiva de um bem, este pertencerá a ambos os cônjuges.

5. Direito português

O Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966, aprovou o Código Civil português, porém sua entrada em vigor só se verificou em 1º de junho de 1967.

De acordo com o Código Civil português, os regimes de bens matrimoniais estão previstos no Livro IV (Direito da Família), Título II (Do casamento), Capítulo IX (Efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges), Seção IV (Regime de bens).

5.1. Convenções antenupciais

Há permissão expressa no Código Civil português para a realização de convenções antenupciais. As convenções estão previstas nos art. 1698 a 1716. Alguns desses dispositivos estipulam o seguinte:

Os nubentes podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no Código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei. Percebe-se, pois, que os nubentes têm liberdade não só para escolher um dos regimes de bens instituídos pelo legislador como também para mesclar regimes.

Essa liberdade, porém, não é absoluta, senão relativa, na medida em que o legislador estabeleceu certas restrições, casuisticamente arroladas no art. 1699 do Código Civil português.

Por isso mesmo, não podem ser objeto de convenção:

- 1) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiros.
- 2) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais.
- 3) A alteração das regras sobre administração dos bens do casal.
- 4) A estipulação da comunicabilidade dos bens excluídos do regime da comunhão geral.

Uma outra restrição estabelecida pelo Código Civil português é esta: se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou e-

mancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens particulares de cada cônjuge.

A convenção antenupcial pode conter:

- a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatários em favor de qualquer dos cônjuges, feita pelo outro cônjuge ou por terceiro nos termos da lei.
- b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos cônjuges.
- c) A instituição de cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberdades efetuadas, sem prejuízo das limitações a que genericamente estão sujeitas essas cláusulas.

Relativamente aos pactos sucessórios, o art. 1701 do Código prevê o seguinte:

- 1) A instituição contratual de herdeiro e a nomeação de legatário, feitas na convenção antenupcial em favor de qualquer dos cônjuges, quer pelo outro nubente, quer por terceiro, não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação, nem é lícito ao doador prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição; mas podem essas liberalidades, quando feitas por terceiro, ser revogadas a todo o tempo por mútuo acordo dos contraentes.

2) Precedendo, em qualquer dos casos, autorização do donatário, prestada por escrito, ou o respectivo suprimento judicial, pode o doador alienar os bens doados com fundamento em grave necessidade, própria ou dos membros da família a seu cargo.

3) Sempre que a doação for afetada, nos termos do número anterior, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador.

No tocante ao regime da instituição contratual, o art. 1702 do Código lusitano estabelece:

I) Quando a instituição contratual em favor de qualquer dos cônjuges tiver por objeto uma quota de herança, o cálculo dessa quota será feito conferindo-se os bens de que o doador haja disposto gratuitamente depois da doação.

II) Se a instituição tiver por objeto a totalidade da herança, pode o doador dispor gratuitamente, em vida ou por morte, de uma terça parte dela, calculada nos termos do item anterior.

III) Em se tratando de doação, é lícito ao doador renunciar no todo ou em parte ao direito de dispor da terça parte da herança.

Finalmente, uma última palavra cabe registrar acerca das convenções: as convenções antenupciais só serão válidas se forem celebradas por escritura

pública ou por auto lavrado perante o conservador do registro civil. É o que estabelece o art. 1710, na redação determinada pelo Decreto-Lei n. 163, de 13 de julho de 1995. Pelo que se vê, o legislador português permitiu não só a celebração de convenções por escritura pública (como ocorre no direito brasileiro), como também a realizada mediante auto lavrado perante o conservador do registro civil. As convenções são revogáveis ou modificáveis até a celebração do casamento. E para produzirem efeitos em relação a terceiros dependem de registro, consoante preceitua o art. 1711, n. 1, do Código português.

5.2. Administração dos bens do casal

O legislador lusitano regulou a administração dos bens do casal no art. 1678. Compete a cada um dos cônjuges a administração de seus próprios bens.

Além do mais, cada cônjuge tem ainda a administração:

- a) dos proventos que receba pelo seu trabalho;
- b) dos seus direitos de autor;
- c) dos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles;

- d) dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima desse outro cônjuge;
- e) dos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho;
- f) dos bens próprios do outro cônjuge, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer outro motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens;
- g) dos bens próprios do outro cônjuge se este lhe conferir por mandato esse poder.

O Código português confere, ademais, legitimidade aos cônjuges para a prática de atos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal; porém, os demais atos de administração só podem ser praticados com o consentimento de ambos os cônjuges.

5.3. Regime de bens

A legislação portuguesa prevê a existência de três modalidades de regimes matrimoniais de bens, na seguinte ordem: 1) regime da comunhão de

adquiridos (arts. 1721 a 1731); 2) regime da comunhão geral (arts. 1732 a 1734); 3) regime da separação (arts. 1735 e 1736).

Um quarto regime (o dotal), então regulado pelos arts. 1738 a 1752 do Código Civil português, foi abolido pelo Decreto-Lei n. 496/77. O legislador entendeu que o regime dotal era incompatível com o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges.

Veremos a seguir os três regimes de bens previstos pela legislação portuguesa.

5.3.1. Regime da comunhão de adquiridos

Como foi dito acima, os arts. 1721 a 1731 regulam o regime da comunhão de adquiridos. Trata-se do regime legal previsto em Portugal. Com efeito, estabelece o art. 1717 do Código Civil que “Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime de comunhão de adquiridos”. *Mutatis mutandis*, é o que sucede no Brasil com o regime da comunhão parcial de bens. A teor do art. 1.640, *caput*, do Código Civil brasileiro, não havendo convenção ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Portanto, na falta de convenção antenupcial ou, ainda, no caso de caducidade ²⁸⁰, invalidade ou ineficácia da convenção, o regime a ser observado é o da comunhão de adquiridos.

No regime da comunhão de adquiridos, consideram-se comuns apenas os bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento. *A contrario sensu*, são considerados próprios dos cônjuges, nos termos do art. 1722, n. 1:

- a) Os bens que cada um deles tiver ao tempo da celebração do casamento.
- b) Os bens que lhes advierem depois do casamento por sucessão ou doação.
- c) Os bens adquiridos na constância do matrimônio em virtude de direito próprio anterior.

Quanto a esses últimos bens, isto é, aos adquiridos em virtude de direito próprio anterior ao casamento, o art. 1722, n. 2, do Código Civil lusitano considera como tal:

- 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.

²⁸⁰ O art. 1716 do Código Civil português esclarece o que se entende por caducidade das convenções antenupciais: “A convenção caduca se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo”.

- 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.

Ainda quanto aos bens próprios, o art. 1723 se encarrega de dispor que conservam essa qualidade:

- 1) Os bens sub-rogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges por meio de troca direta.
- 2) O preço dos bens próprios alienados.
- 3) 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.

Também são considerados bens próprios todos os que forem adquiridos em razão da titularidade de bens próprios. Nos termos do art. 1728, n. 1, do Código Civil português, consideram-se próprios os bens adquiridos em virtude da titularidade de bens próprios, que não possam considerar-se como frutos destes, sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao patrimônio comum. Ademais, o art. 1.728, n. 2, considera bens próprios, por força do disposto no número anterior, as acessões, os materiais resultantes da demolição ou destruição de bens, a parte do tesouro adquirida pelo cônjuge na qualidade de proprietário, os prêmios de amortização de títulos de crédito ou de

outros valores mobiliários próprios de um dos cônjuges, bem como os títulos ou valores adquiridos em virtude de um direito de subscrição àqueles inerente.

Depois de explicitar os casos em que os bens são considerados próprios, o legislador lusitano põe-se a regular, no art. 1724, os bens integrantes da comunhão de adquiridos: a) o produto do trabalho dos cônjuges; b) os bens adquiridos por eles na constância do casamento, que não sejam excluídos pela lei.

Entram também na comunhão, a teor do art. 1729, n. 1, os bens havidos por um dos cônjuges por meio de doação ou deixa testamentária de terceiro, desde que o doador ou testador assim o determinar. E, em seguida, o legislador acrescenta: “entende-se que essa é a vontade do doador ou testador, quando a liberalidade for feita em favor dos dois cônjuges conjuntamente”.

No regime em epígrafe, os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido contrário. É curial observar, com base no art. 1730, n. 2, do Código português, que a regra da metade não impede que cada um dos cônjuges faça em favor de terceiro doações ou deixas por conta da sua meação nos bens comuns, nos termos da lei.

5.3.2. Regime da comunhão geral

O regime de comunhão geral tem previsão legal nos arts. 1732 a 1734. Equivale, grosso modo, ao nosso regime da comunhão universal de bens, regulado pelos arts. 1.667 e seguintes do Código Civil pátrio.

Não é a comunhão geral de bens o regime legal adotado pelo direito português, porque, como foi dito anteriormente, o regime legal é o da comunhão de adquiridos. Se os nubentes quiserem escolher o regime da comunhão geral de bens, deverão celebrar convenção antenupcial, a teor do art. 1717 do Código. Mas é cabível, aqui, uma ressalva: se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionalizado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n. 1 do art. 1722.

Consigna o art. 1732 que o regime da comunhão geral de bens é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam excluídos por lei. Dessa forma, o regime da comunhão geral consiste na comunhão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, adquiridos a título oneroso ou gratuito, salvo as exceções previstas na lei, tais como vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal.

Incluem-se na comunhão, *ex vi legis*, as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal (art. 1691, n. 2). Mas o legislador salienta, no número 3 do mesmo dispositivo, que “O proveito comum do casal não se presume, exceto nos casos em que a lei o declarar”.

São excluídos da comunhão:

- a) Os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com a cláusula de incomunicabilidade.
- b) Os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado.
- c) O usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais.
- d) As indenizações devidas por fatos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios.
- e) Os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios.
- f) Os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência.
- g) As recordações de família de diminuto valor econômico.

Por fim, cabe apenas registrar que, a teor do art. 1734, são aplicáveis à comunhão geral de bens, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à comunhão de adquiridos.

5.3.3. Regime da separação

O regime da separação de bens está previsto nos arts. 1735 e 1736 do Código Civil. Observar-se tal regime nos casos de convenção, bem assim nos casos de imposição legal. Na primeira hipótese, compete aos nubentes celebrar, antes do casamento, convenção antenupcial elegendo a separação de bens. Já na segunda hipótese, diferentemente, não há escolha dos nubentes, mas sim determinação da lei. Exige-se o regime imperativo da separação quando o casamento for celebrado: a) sem precedência do processo de publicações; b) por quem tenha completado sessenta anos de idade.

De qualquer forma, o regime da separação de bens, seja em decorrência de convenção antenupcial, seja em virtude de imposição legal, importa na total incomunicabilidade dos bens, ou seja, cada cônjuge conserva o domínio e a fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente. É dizer, nesse regime não há bens comuns no casamento, porquanto cada cônjuge é detentor exclusivo de uma massa patrimonial.

Aos cônjuges é lícito estipular, na convenção antenupcial, cláusulas de presunção sobre a propriedade dos móveis, com eficácia extensiva a terceiros, mas sem prejuízo de prova em contrário. Havendo dúvidas sobre a propriedade exclusiva de um dos cônjuges, os bens móveis ter-se-ão como pertencentes em co-propriedade a ambos os cônjuges.

6. Direito mexicano

O Código Civil mexicano examina no Livro I, Título V, a sociedade conjugal e os regimes matrimoniais (arts. 178 a 234). É conveniente esclarecer, desde logo, que, sendo a República do México composta por vários Estados independentes, cada qual tem a sua legislação.

Não obstante tal particularidade, as legislações prevêem, com pequenas alterações, dois regimes básicos matrimoniais: o regime de sociedade conjugal e o de separação de bens. As alterações existentes entre as legislações estaduais dizem respeito ao regime de bens a ser instituído entre os cônjuges: algumas consideram como regime legal o de sociedade conjugal, outras, o de separação de bens.

6.1. Sociedade conjugal

Inicia-se a sociedade conjugal com a celebração do casamento, mas a sua dissolução não depende da dissolução do matrimônio. Sendo assim, é facultado aos cônjuges convencionar a dissolução da sociedade conjugal, subsistindo o matrimônio.

Dependerá de escritura pública o contrato nupcial de constituição do regime de sociedade conjugal quando os cônjuges pactuarem a qualidade de co-partícipes ou pretenderem transferir a propriedade de bens. As alterações posteriores de cláusulas também serão feitas por escritura pública, observada a inscrição do documento no registro público para dar conhecimento a terceiros.

A sociedade conjugal termina com a dissolução do matrimônio, pela vontade das partes, ou por sentença que declare a presunção de morte do cônjuge ausente.

A sociedade conjugal pode terminar, durante o matrimônio, a pedido de um dos cônjuges, ocorrendo os seguintes motivos:

- a) Se o sócio administrador, por sua notória negligência ou torpeza administrativa, ameaçar prejuízo ao cônjuge ou diminuir consideravelmente os bens comuns.
- b) Quando o sócio administrador, sem o consentimento expresso de seu cônjuge, faz cessão de bens pertencentes à sociedade conjugal a seus credores.
- c) Se o sócio administrador é declarado falido ou insolvente.
- d) Por qualquer outra razão que forme a convicção do juiz do órgão jurisdicional competente.

Ainda de acordo com o direito mexicano, as cláusulas matrimoniais relativas à sociedade conjugal devem conter:

- a) Lista detalhada dos bens imóveis que cada consorte leve à sociedade com respectivo valor e os gravames que incidirem.
- b) Lista minuciosa dos bens móveis que cada consorte leve à sociedade.
- c) Relação detalhada das dívidas de cada contraente, ao tempo da celebração do matrimônio, especificando ainda se a sociedade conjugal responderá por elas, ou se caberá unicamente ao cônjuge que a contrair durante o matrimônio ou se por ambos os consortes ou por qualquer deles.
- d) Declaração expressa se a sociedade conjugal compreenderá todos os bens de cada consorte ou somente parte deles, neste caso, especificando quais bens entrarão para a sociedade conjugal.
- e) Declaração expressa se a sociedade conjugal compreenderá todos os bens dos consortes ou somente seus frutos, detalhando-os.
- f) Declaração quanto ao produto do trabalho de cada cônjuge, se correspondente ao que o executou ou se deve dar participação deste produto ao outro consorte e em que proporção.
- g) Declaração de quem será o administrador da sociedade conjugal, expressando com clareza as faculdades concedidas.

- h) Declaração acerca dos bens futuros que adquirirem os cônjuges durante o matrimônio se pertencerão exclusivamente ao adquirente ou se deve repartir-se entre eles e em que proporção.
- i) Bases para liquidar a sociedade.

O direito mexicano considera nulas as cláusulas parciais que atribuam a um só dos cônjuges todos os benefícios ou estabeleçam responsabilidades pelos prejuízos e dívidas comuns na parte que exceda a proporção correspondente ao seu capital ou benefício.

Todo pacto que importe cessão de uma parte dos bens próprios de cada cônjuge será considerado como doação.

O domínio dos bens comuns pertence a ambos os cônjuges.

A administração ficará a cargo do cônjuge designado na cláusula do contrato matrimonial, podendo ser livremente modificadas as estipulações, sem necessidade de motivação; em caso de divergência, a questão será decidida pelo juiz da vara de família.

O abandono injustificado do domicílio conjugal por mais de seis meses faz cessar para o cônjuge, desde o dia do abandono, os efeitos da sociedade conjugal, enquanto lhe favoreçam. O reatamento da sociedade conjugal dependerá de pacto expresse.

Se a dissolução da sociedade decorrer de nulidade do matrimônio, o consorte que agiu de má-fé não terá participação nos benefícios. Esta partici-

pação será revertida aos filhos e se não os tiver, ao cônjuge inocente. Se ambos os cônjuges procederam de má-fé, os benefícios serão repassados aos filhos, e se não os tiver, serão repartidos na proporção dos bens que cada consorte levou para o casamento.

Dissolvida a sociedade conjugal, proceder-se-á a inventário, no qual não se incluirão roupas e objetos de uso pessoal de cada cônjuge, bens que serão deles ou de seus herdeiros. Com o término do inventário, pagar-se-ão os créditos que houver contra o fundo social, recebendo cada cônjuge o que levou para o casamento; quanto aos bens remanescentes, serão divididos conforme as disposições do pacto antenupcial.

Falecendo um dos cônjuges, o sobrevivente continuará na posição e administração do fundo social com intervenção do representante da sucessão, enquanto não se realizar a partilha.

6.2. Separação de bens

O regime de separação de bens poderá ser adotado: a) antes do casamento mediante convenção pré-nupcial; b) após o casamento por convenção entre os cônjuges; c) por decisão judicial.

A separação de bens poderá ser absoluta ou parcial. Absoluta, quando houver a mais completa divisão de patrimônios; parcial, quando certos bens ficarem de fora do regime de separação.

Durante o casamento a separação poderá ser substituída pelo regime da sociedade conjugal

Eleito o regime de separação de bens mediante pacto, as cláusulas deverão conter a relação de bens de cada um dos cônjuges, bem como suas dívidas.

No regime de separação de bens os cônjuges conservam a propriedade dos bens e de todos os frutos e acessórios de tais bens. São também próprios de cada um dos cônjuges os salários, soldos, emolumentos e ganhos que obtiverem por desempenho de emprego ou exercício de profissão, comércio ou indústria.

Quanto aos bens adquiridos em comum por doação, herança ou legado, ou por qualquer outro título gratuito, serão administrados por ambos os cônjuges ou por um deles com a concordância do outro; no último caso, quem administrar será considerado mandatário.

Os cônjuges, exercendo o poder familiar, dividirão entre si, em partes iguais, o usufruto relativo aos bens dos filhos menores. E responderão de igual modo por danos e prejuízos que venham a causar por dolo, culpa ou negligência.

7. Direito espanhol

O Código Civil espanhol regula não só o regime pessoal entre os cônjuges como também o regime econômico matrimonial. Nos arts. 42 a 107 trata do matrimônio no tocante ao direito das pessoas, ao passo que nos arts. 1315 a 1444 cuida do aspecto patrimonial.

Datado de 29 de julho de 1899, o Código espanhol não conferia, até 1961, a mesma situação jurídica para homens e mulheres. Só depois é que veio a Lei de Direitos Políticos, Profissionais e de Trabalho, conferindo equiparação jurídica, mas mesmo assim deixando de fora as mulheres casadas.

Em 1967, com a evolução do Direito de Família, sobreveio a Lei de Liberdade Religiosa, ampliando a opção para contrair matrimônio com efeitos civis.

Modificações outras atingiram em cheio a sociedade espanhola. O legislador cassou o conceito de autoridade marital, impedindo, assim, que a mulher ficasse sujeita às ordens do marido. A consagração total do princípio da igualdade jurídica dentro casamento só veio em 1978, com a promulgação da Constituição espanhola. Essa igualdade ensejou a reforma do regime econômico conjugal por meio da Lei de 13 de maio de 1981.

Veremos a seguir os regimes de bens existentes no Código Civil espanhol, disciplinados pelos arts. 1315 a 1444.

7.1. Regime *de la sociedad de gananciales*

O regime *de la sociedad de gananciales* corresponde ao regime da comunhão parcial de bens. Trata-se de regime econômico aplicado frequentemente aos casamentos, seja em razão da existência de pactos antenupciais, seja – supletivamente – em razão da ausência destes.

De acordo com esse regime, os bens são comuns, pertencendo metade para cada um dos cônjuges em eventual dissolução da sociedade conjugal. Esclarece José Puig Brutau ²⁸¹ que o regime *de la sociedad de gananciales* é uma comunidade limitada às aquisições a título oneroso, razão por que se funda em uma radical separação entre os bens comuns e os próprios dos cônjuges. O regime *de la sociedad de gananciales* não é “otra cosa que una comunidad de adquisiciones”, conclui Brutau ²⁸².

O Código espanhol cuida de ressaltar as hipóteses nas quais os bens são privativos de cada um dos cônjuges.

Assim, há duas massas patrimoniais distintas, uma de bens privativos, outra de bens comuns. No dizer de Antonio M. Borrell Y Solter, o regime *de la sociedad de gananciales* “es una forma de comunidad relativa de bienes entre los cónyuges: cada uno de ellos conserva el dominio de los que tenía al casarse y adquiere para sí los que le otorgan durante el matrimonio por dona-

²⁸¹ Ob. cit., p. 617.

²⁸² Ob. cit., p. 589.

ción o testamento; perto se hacen comunes los frutos y productos de los bienes, los de la industria y, em general, del trabajo de cada uno de los asociados, y los adquiridos a cambino de ganciales” ²⁸³.

São privativos de cada um dos cônjuges:

- a) os bens e direitos que lhe pertencem ao iniciar a sociedade conjugal;
- b) os que adquirir depois do casamento por título gratuito;
- c) os adquiridos às expensas ou em substituição de bens privativos;
- d) os direitos adquiridos antes do casamento com perspectiva de se perfeccionar depois de celebrado o casamento;
- e) os bens e direitos patrimoniais inerentes à pessoa e não transmissíveis intervivos;
- f) o ressarcimento por danos causados à pessoa de um dos cônjuges ou aos seus bens privativos;
- g) as roupas e objetos de uso pessoal de pequeno valor;
- h) os instrumentos necessários para o exercício profissional, exceto se estes bens fazem parte integrante do acervo de empresa pertencente a ambos os cônjuges;
- i) os bens constantes das alíneas “d” e “h” não perderão seu caráter privativo pelo fato de que sua aquisição seja decorrente dos rendimentos

²⁸³ *Derecho Civil Español*, tomo 4, p. 413.

comuns. Neste caso, a sociedade conjugal será credora do cônjuge proprietário pelo valor dos bens.

São bens comuns aos cônjuges:

- a) os obtidos pelo trabalho como empregado ou empregador por qualquer dos cônjuges;
- b) os frutos, rendas e produtos obtidos tanto pelos bens privativos quanto pelos comuns;
- c) os adquiridos a título oneroso;
- d) os direitos adquiridos com bens do patrimônio comum cuja efetivação ocorra futuramente;
- e) as empresas e os estabelecimentos criados durante a vigência da sociedade, por qualquer um dos cônjuges, às expensas dos bens comuns. Se para a formação da empresa houver investimento de capital privativo e comum, os bens adquiridos serão considerados comuns ao cônjuge ou cônjuges, na proporção do valor investido.

7.1.1. Obrigações e deveres *de la sociedad de gananciales*

Constituem deveres da sociedade conjugal, os gastos originários das seguintes causas:

- a) o sustento familiar, a alimentação e a educação dos filhos comuns e o provimento das necessidades habituais da família; em caso de filhos de um dos cônjuges, os encargos correrão por conta da sociedade conjugal, se residirem sob o mesmo teto. Em caso contrário, os gastos efetuados pela sociedade deverão ser reembolsados;
- b) a aquisição, a posse e a fruição dos bens comuns;
- c) a administração comum de bens privativos de qualquer dos cônjuges;
- d) a exploração regular dos empreendimentos e o desempenho da profissão, arte ou ofício de cada cônjuge.

Os bens comuns responderão perante terceiros pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges:

- a) no exercício do poder familiar ou da administração de bens comuns, imposto por lei ou por pacto entre as partes;
- b) no exercício de profissão, arte ou ofício, ou na administração dos bens próprios. Se o marido ou a mulher for comerciante, as normas aplicáveis estão previstas no Código Comercial espanhol.

7.1.2. Administração de bens *de la sociedad de gananciales*

A administração e a disposição dos bens comuns são atribuídas conjuntamente aos cônjuges, observado o seguinte:

- a) se para a realização de atos de administração for necessário o consentimento de ambos os cônjuges e um deles se achar impedido ou negar seu consentimento injustificadamente, poderá o juiz suprir sua vontade, desde que em petição fundamentada;
- b) aos atos de disposição a título oneroso dos bens comuns, será necessário o consentimento de ambos os cônjuges. No entanto, se um negar ou estiver impedido para autorizá-lo, poderá o juiz autorizar um ou vários atos desde que se convença do interesse para a família, ficando a seu livre arbítrio as cautelas limitadoras que julgar conveniente;
- c) os atos, a título gratuito, serão nulos sem o consentimento de ambos os cônjuges, porém em relação aos bens comuns, cada cônjuge poderá usá-los livremente;
- d) por testamento cada cônjuge poderá dispor de sua metade dos bens comuns;
- e) as disposições testamentárias dos bens comuns produzirão seus efeitos se for adjudicada a herança do testador. Ao contrário, se entenderá como legado o valor que tiver ao tempo do falecimento;
- f) os frutos e benefícios dos patrimônios particulares de qualquer dos cônjuges estão sujeitos aos deveres e responsabilidades da sociedade. Cada cônjuge como administrador de seu patrimônio pessoal poderá dispor apenas dos frutos e produtos de seus próprios bens;

- g) cada cônjuge poderá sem o consentimento, porém com o conhecimento, requerer antecipação do dinheiro pertencente ao patrimônio comum que seja necessário de acordo com os usos e circunstâncias familiares para o exercício de sua profissão ou a administração de seus bens;
- h) devem os cônjuges informar-se recíproca e periodicamente sobre a situação e rendimentos de qualquer atividade econômica;
- i) serão válidos os atos de administração dos bens e os de disposição de dinheiro ou títulos realizados pelo cônjuge, cujos bens estejam em seu poder ou que figure seu nome;
- j) os direitos de crédito de qualquer natureza serão exercidos pelo cônjuge constituído, sendo válido a qualquer dos cônjuges exercer a defesa dos bens e direitos comuns por via de ação ou exceção;
- l) para gastos necessários ou extraordinários bastará o consentimento de um só dos cônjuges;
- m) a administração e a disposição dos bens da sociedade conjugal se transferirão nos termos da lei ao cônjuge que seja tutor ou representante legal do outro cônjuge. Os tribunais poderão delegar a administração conjugal a um só dos cônjuges quando o outro se encontrar impossibilitado de prestar consentimento ou tiver abandonado a família, ou existir a separação de fato. Nestes casos ao juiz é facultado, se considerar o interesse da família, obter prévia informação ou estabelecer cautelas ou

limitações. Para os atos de disposição sobre imóveis, estabelecimentos mercantis, de objetos preciosos ou valores mobiliários, salvo o direito de subscrever ações preferenciais, será necessária a autorização judicial;

n) se o ato administrativo ou de disposição de um bem, realizado por um dos cônjuges, obtiver um benefício ou lucro exclusivo para si, ocasionando dolosamente um dano à sociedade, será devedor em sua parte, mesmo que o outro cônjuge não impugne a eficácia do ato. Também se aplica esta disposição se o cônjuge ao fraudar direitos de seu consorte procedeu de má-fé. Neste caso o ato será rescindível.

7.1.3. Dissolução e liquidação *de la sociedad de gananciales*

Dissolve-se de pleno direito a sociedade de bens comuns nos seguintes casos:

- a) dissolução do matrimônio;
- b) declaração de nulidade do matrimônio;
- c) declaração judicial da separação dos cônjuges;
- d) convenção de regime econômico distinto da forma prevista no Código Civil espanhol.

A lei prevê, ademais, a dissolução da sociedade por decisão judicial, se houver petição de um dos cônjuges, nos seguintes casos:

- a) tiver o juiz declarado o outro cônjuge incapacitado, pródigo, ausente ou falido, ou condenado por abandono de família, bastando apresentar a sentença judicial transitada em julgado;
- b) tiver um dos cônjuges realizado individualmente atos de gestão patrimonial com fraude, dano ou perigo para o direito do outro cônjuge na sociedade;
- c) estiver separado de fato há mais de um ano por acordo mútuo ou por abandono do lar;
- d) deixar o cônjuge de fazer prestação de contas sobre suas atividades econômicas.

Após a dissolução da sociedade conjugal, proceder-se-á à sua liquidação, com o inventário do ativo e do passivo.

O ativo da sociedade compreende:

- a) os bens comuns existentes no momento da dissolução;
- b) a importância atualizada do valor dos bens que foram alienados por negócio ilegal ou fraudulento, se não houverem sido recuperados;
- c) a importância atualizada dos valores pagos pela sociedade que eram de responsabilidade de cada um dos cônjuges, constituindo-se em crédito contra estes.

Já o passivo compreende:

- a) as dívidas pendentes da sociedade conjugal;
- b) a importância atualizada dos valores dos bens privativos gastos para manutenção da sociedade, quando sua restituição se der em moeda;
- c) a importância atualizada de valores pagos por um dos cônjuges em favor da sociedade, constituída geralmente de créditos contra a sociedade.

Pagas as dívidas e os encargos da sociedade, liquidar-se-ão as indenizações e reintegrações devidas a cada cônjuge até o limite do patrimônio inventariado.

Se, no momento da liquidação, um dos cônjuges for considerado credor pessoal do outro, poderá exigir que sejam adjudicados bens comuns para a satisfação da dívida, salvo quando o devedor pagá-la voluntariamente.

Cada cônjuge terá direito a incluir preferencialmente em seus haveres, até o limite legal:

- a) os bens de uso pessoal, exceto roupas e objetos de uso pessoal que não sejam de valor elevado;
- b) a exploração agrícola, comercial ou industrial que tenha auferido com seu trabalho;
- c) o local onde exerça sua atividade profissional;

d) a casa onde estabelecia residência habitual, em caso de morte do outro cônjuge;

e) com relação ao local de exercício profissional e residência habitual, poderá o cônjuge requerer que se destinem os bens em propriedade ou atribua o direito de uso ou de habitação. Se o valor destes bens for superior à sua cota, deverá devolver em dinheiro.

Quando houver liquidação simultânea de bens comuns de dois ou mais casamentos contraídos por uma mesma pessoa e na falta de inventário, para determinar o capital de cada sociedade, poderão ser utilizadas todos os meios de prova. Havendo ainda dívidas, os bens serão atribuídos proporcionalmente a cada sociedade, atendendo o tempo de sua duração e os rendimentos dos respectivos cônjuges.

7.2. Regime de participação

O regime de participação é pouco utilizado pelos espanhóis, dependendo de convenção pré-nupcial. Dá-se a participação quando cada um dos cônjuges adquire direito a participar dos ganhos obtidos pelo seu consorte.

A administração, o uso e a livre disposição compete a cada um dos cônjuges, seja em relação aos bens já existentes ao tempo do casamento, seja em relação aos adquiridos posteriormente a qualquer título.

Quanto aos bens adquiridos conjuntamente na vigência do casamento, a lei considera-os comuns.

De acordo com o art. 1394 do Código Civil espanhol, o regime de participação se extingue nos mesmos casos do regime *de la sociedad de gananciales*.

Decretada a extinção do regime de participação, a lei espanhola impõe a apuração dos ganhos ou diferenças entre os patrimônios inicial e final dos cônjuges.

O patrimônio inicial de cada cônjuge é constituído por: 1) bens e direitos que pertenciam a eles individualmente ao iniciar o regime matrimonial; 2) bens adquiridos após o casamento a título de herança, doação ou legado. Já o patrimônio final de cada consorte será formado por bens e direitos dos quais seja titular contemporaneamente ao término do regime de participação, com a deduções das obrigações não satisfeitas.

A estimação do patrimônio inicial deverá levar em conta o estado e valor dos bens na época do início do regime matrimonial, ao passo que a estimação do patrimônio final tomará por base o momento de sua dissolução.

Quando a diferença entre os patrimônios inicial e final de um ou de outro cônjuge resultar positiva, o cônjuge cujo patrimônio tiver menores ganhos receberá a metade da diferença entre o seu próprio acréscimo e o do outro cônjuge. Contudo, se apenas um dos patrimônios resultar positivo, o direito de

participação do cônjuge não titular desse patrimônio consistirá na metade do acréscimo patrimonial.

A lei espanhola faculta aos cônjuges firmarem por meio de pacto distribuição distinta na participação dos bens, desde que se respeite a mesma proporção no patrimônio e direitos de ambos os cônjuges.

O crédito de participação deverá ser satisfeito em dinheiro. Não sendo possível o pagamento imediato, o juiz poderá conceder prazo não excedente a três anos para o cumprimento da obrigação, desde que as dívidas e os interesses legais estejam suficientemente garantidos.

A lei espanhola admite a satisfação do crédito mediante adjudicação de bens concretos. Para tanto, é mister acordo entre os cônjuges ou decisão da autoridade judiciária.

Na hipótese de o cônjuge devedor não pagar o crédito de participação, o cônjuge credor poderá impugnar judicialmente as transferências: a) feitas a título gratuito ou sem o seu consentimento; b) realizadas em fraude de seus direitos. O prazo dessas ações prescreve em dois anos da data da extinção do regime de participação, com resguardo, porém, dos direitos dos adquirentes a título oneroso e de boa-fé.

7.3. Regime de separação de bens

De acordo com o direito espanhol, o regime de separação de bens vigorará entre o casal nas seguintes hipóteses:

- a) Quando os cônjuges convencionarem.
- b) Quando os cônjuges tiverem pactuado em convenção que não haverá entre eles a *sociedad de gananciales*, mas estipulando regras para reger seus bens.
- c) Quando extinguir a *sociedad de gananciales* ou o regime de participação, na constância do casamento, exceto se por vontade dos interessados for substituído por outro regime distinto.

No regime ora examinado, pertencerão a cada um dos cônjuges tanto os bens que possuíam ao casar quanto os adquiridos na constância do casamento a qualquer título. Em razão dessa separação patrimonial, compete a cada cônjuge a livre administração e disposição dos bens. No entanto, se um dos cônjuges administrar bens do outro, terá a mesma obrigação e responsabilidade de mandatário, sem ficar obrigado a prestar contas dos frutos percebidos, exceto quando restar demonstrado desvio dos encargos matrimoniais.

Ambos os cônjuges têm a obrigação de manter o lar conjugal. Não havendo convenção, a manutenção será proporcional aos respectivos recursos econômicos de cada um. O direito espanhol permite que o trabalho doméstico, em caso de extinção do regime, seja computado como contribuição, dando ensejo, à falta de acordo, a indenização fixada pelo juiz.

As obrigações contraídas na constância do casamento serão de exclusiva responsabilidade de cada cônjuge. Se essas obrigações forem assumidas em benefício da família, responderão ambos os cônjuges.

Se o juiz declarar a insolvência de um dos cônjuges, presumem-se em benefício dos credores os bens doados e os adquiridos a título oneroso pelo outro cônjuge durante o ano anterior à declaração ou no período retroativo à insolvência. A presunção não será aplicada se os cônjuges estiverem separados judicialmente ou de fato.

A separação de bens decretada judicialmente não se alterará pela reconciliação dos cônjuges, no caso de separação conjugal ou pelo desaparecimento das causas que houvessem motivado a separação de bens. Entretanto, é facultado aos cônjuges pactuar em convenção o retorno às regras vigentes antes da separação de bens.

CAPÍTULO IV: REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS

1. Considerações iniciais sobre o novo regime de bens

O regime de participação final nos aquêstos é uma inovação do Código Civil de 2002. No regime da lei anterior, tínhamos, ao lado dos três regimes subsistentes (comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens), o regime dotal.

Embora novidade no Brasil, o regime de participação final nos aquêstos já é conhecido de outros países, tais como Alemanha, Áustria e Suíça, com uma diferença: enquanto no Brasil o regime de participação depende de convenção antenupcial (conforme veremos adiante, no Capítulo V), naqueles países é o regime legal.

Na Alemanha, por exemplo, o regime de participação final nos aquêstos está previsto no § 1363 al. 1 do Código Civil alemão (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*): “Os cônjuges vivem no regime de bens da comunidade de adquiridos se eles, por contrato nupcial, não concordarem em outra coisa”. Aí se vê que, na falta de convenção nupcial, observar-se-á o regime de comunidade de adquiridos (comunhão de aquêstos). Já a al. 2 do citado dispositivo alemão estabelece o seguinte: “O patrimônio do marido e o patrimônio da mulher não são patrimônio comum dos cônjuges; aplica-se isto, também, ao patrimônio

que um cônjuge obtiver depois da realização do casamento. O adquirido, que os cônjuges perceberam durante o casamento, será, contudo, igualado quando a comunidade de adquiridos terminar”.

Outros países que também conhecem esse peculiar regime de bens são a França e a Espanha. A exemplo do nosso direito, o direito francês e o direito espanhol o incluem na categoria de regime convencional, cabendo a opção mediante a celebração de pacto antenupcial.

Na América Latina, a Argentina também o adota, conforme dá conta o art. 1411 do Código Civil argentino: “En él regimen de participación cada uno de los cónyugs adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”.

Entre nós, os arts. 1.672 a 1.686 disciplinam o regime de participação final nos aqüestos. Dispõe o art. 1.672 “No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

No dizer de Maria Helena Diniz, o novo regime de bens impõe a “formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio, de sorte que na constância do casamento os cônjuges têm a expectativa de direito à

meação, pois cada um é credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio (CC, art. 1672). Há, portanto, dois patrimônios, o *inicial*, que é o conjunto dos bens que possuía cada cônjuge à data da nupcias e os que foram por ele adquiridos, a qualquer título, durante a vigência matrimonial, e o *final*, verificável no momento da dissolução do casamento (CC, art. 1674)”²⁸⁴.

É também a lição de Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, para quem “o regime de participação final nos aqüestos caracteriza-se pela existência de dois patrimônios distintos. Um pertencente ao homem e outro pertencente à mulher. Tal situação perdura até a dissolução da sociedade conjugal, quando se fará a apuração dos bens adquiridos pelos cônjuges, a título oneroso, na constância do casamento, partilhando-os meio a meio”²⁸⁵.

A lei, nesse particular, é muito clara ao estatuir que cada cônjuge possui patrimônio próprio, não comunicável, integrado por bens que cada consorte possuir ao casar, mais os bens adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento (CC, art. 1.673, *caput*).

O regime de participação final nos aqüestos é uma mistura de dois outros regimes patrimoniais: o da comunhão parcial com o da separação de bens. Enquanto subsistir o casamento, o regime a ser observado é o da separação de bens, mas a dissolução do matrimônio importa na apuração do montante dos aqüestos, na forma dos arts. 1.674 e seguintes do novo Código Civil.

²⁸⁴ *Curso...*, p. 160-161.

²⁸⁵ Ob. cit., p. 1484.

No entender de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, “o regime de participação associa os cônjuges nos ganhos e não nas perdas. O eventual saldo passivo da conta dos *aqüestos* é suportado integralmente pelo cônjuge titular do déficit. Dos *aqüestos* de cada cônjuge são deduzidas todas as dívidas que o oneram, para obter o ganho ou benefício”²⁸⁶.

Veremos a seguir as particularidades do novo regime de participação final nos *aqüestos*.

2. Significado do vocábulo *aqüestos*

O novo regime instituído pelo legislador faz referência ao vocábulo *a-qüestos*. De acordo com a nova sistemática legal, a dissolução da sociedade conjugal importa na apuração do montante dos *aqüestos*. Resta saber, pois, o que se entende pelo vocábulo *aqüestos*. O *Dicionário Aurélio*, no verbete *a-qüestos*, remete à palavra *bens*, ao passo que no verbete *bens aqüestos* encontramos a seguinte definição: “Os adquiridos na vigência do matrimônio”²⁸⁷. O *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, por sua vez, define *aqüesto* como “que ou o que foi adquirido na vigência do matrimônio (diz-se de bem)”²⁸⁸.

²⁸⁶ Ob. cit., p. 367.

²⁸⁷ *Dicionário Aurélio Eletrônico*.

²⁸⁸ *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*.

A Enciclopédia Saraiva do Direito, por sua vez, transcreve o art. 1.343 (*rectius*: art. 1.346) do Esboço Teixeira de Freitas: “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”

²⁸⁹.

O Esboço de Teixeira de Freitas detalhava os bens que eram considerados *aqüestos conjugais*:

- Os bens adquiridos na constância do casamento por compra ou outro título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges. Os adquiridos por fatos fortuitos (art. 433), como loterias, jogo, apostas, aluvião, ainda que não tivesse havido algum trabalho, ou despesa anterior.
- Os adquiridos mesmo por doação, herança, ou deixa, uma vez que o benefício tenha sido feito a ambos os cônjuges.
- As benfeitorias ou melhoramentos, que na constância do casamento tenham dado maior valor aos bens próprios de cada um dos cônjuges.
- Os frutos naturais ou civis dos bens comuns, ou dos próprios de cada um dos cônjuges, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos.
- Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada um dos cônjuges, ou de ambos”.

²⁸⁹ Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 7, p. 307.

Portanto, podemos dizer que *aqüestos*, numa definição *lato sensu*, são os bens adquiridos pelo casal, a qualquer título, na constância do casamento, excluído apenas o patrimônio adquirido por doação, herança, ou legado. É forçoso esclarecer, no entanto, que se os bens oriundos de doação, herança ou legado tiverem como favorecidos ambos os consortes, tais bens também integram o patrimônio do casal.

É o que ocorre com o regime da comunhão parcial de bens. Somente os bens adquiridos na constância do casamento (*aqüestos*) integram o patrimônio comum do casal; com relação aos bens que cada cônjuge levou para o casamento, descabe falar em *aqüestos*; tais bens integram o patrimônio exclusivo de cada consorte.

Mas aqui podemos notar uma diferença significativa entre o regime de comunhão parcial e o regime de participação final nos *aqüestos*. Naquele, integram o patrimônio dos cônjuges os bens adquiridos na constância do casamento *a qualquer título*, salvo as exceções legais (CC, arts. 1.658 e 1.659). Assim, se o casal recebeu, por exemplo, uma doação, o bem recebido entrará na comunhão, sendo considerado comum, por força do art. 1.660, inc. III, do Código Civil. No regime de participação final de *aqüestos*, ao contrário, o art. 1.672 é muito claro ao só permitir a divisão bens adquiridos pelo casal, na constância do casamento, *a título oneroso*.

Disso resulta a conclusão segundo a qual a palavra *aqüestos*, empregada pelo legislador ao disciplinar o novo regime de bens, não tem perfeita cor-

respondência com a expressão *aqüestos*, utilizada pela doutrina para tratar dos regimes de comunhão parcial e de separação de bens. Dessa forma, *aqüestos*, para os fins do novo regime, compreende tudo aquilo que o casal adquirir, a título oneroso, durante o casamento, aí incluídos, como bem observa Lydia Neves Bastos Telles Nunes ²⁹⁰, em tese de doutoramento apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, os frutos dos bens particulares e os que forem com eles obtidos, os bens adquiridos pelo esforço comum (CC, art. 1.679), as doações feitas por um dos cônjuges sem a autorização do outro, o valor dos bens alienados em detrimento da meação e o pagamento de dívidas de um dos cônjuges com o patrimônio do outro.

3. Sistemática legal do novo regime matrimonial

De acordo com a sistemática instituída pelo legislador de 2002, cada cônjuge, no regime de participação final nos aqüestos, possui bens particulares e bens próprios.

Esse patrimônio é constituído tanto pelos bens que cada consorte possui ao casar (bens particulares), quanto pelos bens adquiridos por quaisquer deles na constância do casamento (bens próprios). Os bens particulares estão excluídos do novo regime (CC, art. 1.674). No tocante aos bens próprios, eles não

²⁹⁰ *Questões patrimoniais no casamento – ensaio de sistematização*, p. 172.

ingressam, num primeiro momento, na comunhão, pois pertencem a cada cônjuge.

Essa incomunicabilidade desaparecerá, porém, no momento em que for dissolvida a sociedade conjugal. É o que deixa bem claro o art. 1.674, *caput*, do novo Código Civil, *in verbis*: “Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I- os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II- os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III- as dívidas relativas a esses bens”.

Análise rigorosa da lei é suficiente para concluir, como fizeram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁹¹, que no regime de participação final nos aqüestos há três massas patrimoniais distintas: 1) o patrimônio exclusivo do varão; 2) o patrimônio exclusivo da mulher; 3) o patrimônio autônomo comum, em relação ao qual será feita a entrega da meação de cada um.

Realmente, da leitura do art. 1.674 do novo Código extrai-se a interpretação segura de que o patrimônio é composto por três massas patrimoniais, a saber: 1) os bens exclusivos do marido; 2) os bens exclusivos da mulher; 3) os bens componentes dos aqüestos. Quanto aos bens exclusivos, o art. 1.674 não permite a comunhão, após a dissolução da sociedade conjugal, a) dos anteriores ao casamento e dos que em seu lugar se sub-rogaram, b) dos que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e c) das dívidas relativas a

²⁹¹ Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, p. 563.

esses bens. Nessa categoria podem ser lembradas também as hipóteses contempladas no art. 1722, n. 2, letras “a” a “d”, do Código Civil português, a seguir transcritas: “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 preferência fundado em situação já existente à data do casamento”.

Por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, a massa dos bens do marido e a massa dos bens da mulher (excluídos em quaisquer casos os bens arrolados no art. 1.674, incs. I e II) serão repartidos. Como bem observa Rolf Madaleno, “o regime econômico da sociedade conjugal com participação final nos aqüestos é constituído pelos bens obtidos individualmente pelos cônjuges, ou por ambos, e que passam a integrar uma massa comum por ocasião da liquidação da sociedade matrimonial, sendo repartidos os aqüestos” ²⁹².

4. Questão terminológica

O legislador deu o nome de “regime de participação final nos aqüestos” ao novo regime patrimonial, no que usou terminologia correta. O adjetivo *fi-*

²⁹² Ob. cit., p. 215.

nal demonstra claramente que a participação nos aqüestos não poderá ocorrer durante a constância do casamento, senão somente após a sua dissolução, seja por separação ou divórcio, seja por falecimento de um dos cônjuges. Daí o emprego correto do nome regime de participação *final* nos aqüestos.

O regime da participação final nos aqüestos não é, como vimos, genuinamente brasileiro. Outros países o conhecem e o adotam há muito tempo, como é o caso da Alemanha, cujo ordenamento jurídico o denomina de *comunhão de aqüestos* (*zugewinnngemeinschaft*), terminologia equivocada por não traduzir a realidade do regime. Clóvis do Couto e Silva²⁹³ critica a expressão *comunhão de aqüestos*, ao argumento de que não há, na verdade, *comunhão* daquilo que se ganha, pelo menos em termos reais, o que evidencia a discrepância entre a denominação e o instituto. A doutrina alemã também se opõe à terminologia empregada pela lei alemã, conforme se vê desta passagem de Wilfried Schlüter: “**não** surge precisamente nos patrimônios dos cônjuges adquiridos antes ou durante a sociedade conjugal **uma comunhão patrimonial**. Ao contrário os patrimônios permanecem separados (§ 1363 al. 2 frase 1 BGB). Cada cônjuge **administra seu patrimônio de forma autônoma**. (...) O regime de bens da comunhão de aqüestos adquire seu real significado somente quando do seu término. Neste momento os **aqüestos**, que os

²⁹³ Direito patrimonial de família, p. 33.

cônjuges obtiveram na sociedade conjugal, serão **ajustados** de forma regular (§ 1363 al. 2 frase 2 BGB)” [negritos no original] ²⁹⁴.

Embora o direito alemão tenha inspirado, de certa forma, o legislador brasileiro na adoção do novo regime patrimonial, a verdade é que o nosso Código, muito mais técnico do que o BGB, grafou terminologia correta, deixando claro que a comunhão de aqüestos se dará apenas no *final* do regime patrimonial, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal.

5. Mistura de regimes

O regime de participação final nos aqüestos é uma mistura de dois outros regimes patrimoniais: o da separação de bens com o da comunhão parcial. Quis o legislador brasileiro, ao incluir no nosso ordenamento jurídico regime já conhecido em outros países, permitir aos cônjuges a escolha de um outro regime patrimonial, bem diferente dos disciplinados pelo Código Civil de 1916. Essa combinação de regimes, destaca Gérard Cornu, “oferece aos esposos serem separados em bens mas associados nos ganhos para tentar conciliar, neles, o gosto da independência e o apego à comunhão, sob a forma de

²⁹⁴ Ob. cit., p. 165.

um sistema contábil de participação diferida que se opera em valor, quando da dissolução do mesmo regime”²⁹⁵.

Podemos situar dois momentos nesse novo regime patrimonial: um, contemporâneo ao casamento; outro, posterior. Significa dizer, em outras palavras, que, na vigência do casamento, institui-se entre os cônjuges o regime de separação de bens, de sorte que cada um dos consortes é senhor único dos bens amealhados durante o matrimônio, tendo legitimidade para administrar esse patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, conforme veremos no próximo tópico. Mas, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, o regime de separação transmuda-se em comunhão parcial, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente durante a vida em comum.

6. Administração e disposição dos bens

Administrar significa gerir, governar, dirigir os próprios negócios ou os negócios alheios. Como dito anteriormente, no regime em exame, cada cônjuge possui patrimônio próprio constituído tanto por bens que possuía ao se casar quanto por bens adquiridos na constância do casamento. Nos termos do art. 1.673, *caput*, do novo Código, integram o patrimônio os bens que cada

²⁹⁵ *Les Régimes Matrimoniaux*, p. 591.

cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

O marido administra os seus bens; a mulher, os dela. Nesse sentido dispõe o art. 1.673, parágrafo único: “A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”. Como bem salienta José Antonio Encinas Manfré, “cada consorte livremente administra os respectivos bens anteriores ao casamento, assim como os que se tiverem sub-rogado na constância da sociedade conjugal, os sobrevividos durante ela por sucessão ou liberalidade, as dívidas relativas a essas coisas – hipóteses, aliás, a serem excluídas da soma dos patrimônios próprios, se sobrevier dissolução da sociedade conjugal, conforme reza o art. 1.674, I a II do atual diploma – e o que ele adquirir a título oneroso”²⁹⁶.

Compreende-se a razão pela qual o legislador entregou a cada cônjuge a administração exclusiva de seus bens. Se o regime de participação final nos aqüestos equivale, durante a constância da sociedade conjugal, ao regime da separação de bens, fica claro que cada um dos consortes tem legitimidade e interesse para gerir, da melhor maneira possível, a massa patrimonial constituída por bens anteriores e posteriores ao matrimônio. Como salientam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz²⁹⁷, a gestão

²⁹⁶ Ob. cit., p. 111.

²⁹⁷ *Curso de Direito de Família*, p. 352.

privativa dos bens garante não só a igualdade mas também a independência recíproca dos cônjuges no seio familiar.

Embora o direito alemão também cometa a cada um dos cônjuges a administração de seus bens, há permissivo legal no sentido de facultar a um dos cônjuges administrar o patrimônio do outro mediante mandato ou gestão de negócios. Trata-se, porém, de relações jurídicas disciplinadas pelo direito das obrigações.

No Brasil, diferentemente do direito alemão, incumbe a cada um dos cônjuges administrar, com exclusividade, os bens referidos nos incs. I e II do art. 1.674 do novo Código Civil, incluindo nessa administração o patrimônio amealhado durante a constância da sociedade conjugal (Cc, art. 1.673, parágrafo único).

Em matéria de administração do patrimônio, é preciso diferenciar os bens móveis dos imóveis. Se forem móveis, cada cônjuge recebe da lei autorização para livremente administrá-los e aliená-los, nos termos do art. 1.673, parágrafo único, do novo Código. Se forem imóveis, ao revés, a lei civil veda aos cônjuges aliená-los ou gravá-los de ônus real (CC, art. 1.647, inc. I), salvo em uma única hipótese: se os nubentes ajustarem no pacto antenupcial a livre disposição dos bens imóveis particulares (CC, art. 1.656).

É dizer, a legislação brasileira é mais liberal do que a de outros países. No direito alemão, por exemplo, o legislador restringe sobremaneira o poder de disposição dos cônjuges, não permitindo que um dos consortes disponha de

seu patrimônio no todo *sem o consentimento do outro*. É dizer, há limitação do poder de disposição dos bens. O § 1364 do BGB prevê o seguinte: “Um cônjuge, só com o consentimento do outro cônjuge, se pode obrigar a dispor do seu patrimônio no todo. Se ele se tiver obrigado, sem o assentimento do outro cônjuge, só poderá cumprir a obrigação se o outro cônjuge concordar”. Em três hipóteses, porém, a legislação alemã autoriza o suprimento do consentimento marital ou uxório: 1) se o cônjuge se recusar, injustificadamente, a dar o consentimento; 2) se for portador de moléstia que o impossibilite de dá-lo; 3) se se encontrar ausente²⁹⁸.

A administração do bens é de responsabilidade exclusiva de cada cônjuge. Basta a ver a redação do art. 1.673, parágrafo único, do Código Civil: “A administração desses bens [dos bens presentes e dos adquiridos, a qualquer título, a constância do casamento] é **exclusiva** de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis” (negritamos).

A palavra *exclusiva* afasta a idéia de um cônjuge administrar o patrimônio do outro cônjuge. Se compararmos a redação do art. 1.673, parágrafo único, com a do art. 1.663, *caput*, iremos ver que, no concernente ao regime da comunhão parcial, o legislador confiou a administração dos bens comuns a *qualquer dos cônjuges*, isto é, indiferentemente ao marido, à mulher, ou a ambos. Diga-se, de resto, que o art. 1.665 do novo Código foi além e autori-

²⁹⁸ Dispõe a al. 2 do § 1.365 do Código alemão: “Se o negócio jurídico corresponder aos princípios de uma exploração regular, poderá o Juízo de Tutelas, a requerimento do cônjuge, suprir o assentimento do outro cônjuge, se este, sem fundamento de alcance, recusá-lo, ou se por moléstia ou ausência, estiver impedido de enunciar uma declaração e, com o atraso, um risco estiver ligado”.

zou, mediante pacto nupcial, a administração por um deles dos bens pertencentes ao outro.

No caso do regime de participação final nos aqüestos, o legislador não abriu essas possibilidades, pois cometeu a cada um dos cônjuges a administração *exclusiva* dos bens, como se tivessem adotado o regime da separação²⁹⁹. Fica claro, portanto, que a cada cônjuge compete, com exclusividade, administrar o próprio patrimônio, bem como dispor livre dos bens móveis.

7. Dívidas dos cônjuges

No regime de participação final nos aqüestos existem, como vimos, três massas patrimoniais: os bens do marido; os bens da mulher; os bens componentes dos aqüestos. Cada qual administra os seus bens. É natural, pois, que cada cônjuge responda individualmente pelas dívidas contraídas após o casamento. Nesse sentido, aliás, estabelece o art. 1.677 do Código Civil: “Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro”.

Note-se que a lei civil responsabiliza o cônjuge devedor pelo adimplemento das obrigações assumidas perante terceiros. Correta se mostra a posi-

²⁹⁹ No regime de separação de bens, a administração é *exclusiva* de cada cônjuge, por força do disposto no art. 1.687 do Código Civil.

ção adotada pelo legislador, tendo em vista que durante o casamento impera a livre administração e disposição dos bens, salvo as exceções previstas na lei. No dizer de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz³⁰⁰, no sistema de gestão separada não há razão para a criação de um regime diferenciado que coloque, de um lado, dívidas de responsabilidade de ambos os cônjuges e, de outro, dívidas de responsabilidade exclusiva de um só deles. Contudo, se o outro consorte tiver tirado proveito da dívida, responderá por ela na proporção do proveito auferido.

O art. 1.686 trata, por sua vez, das dívidas excedentes à meação. Estabelece o mencionado dispositivo que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros. O legislador quis evitar que atos de constrição judicial invadissem a meação do cônjuge não devedor. Portanto, se as dívidas forem superiores à meação do cônjuge devedor, os credores não poderão invadir, mediante atos de constrição, a meação do cônjuge não devedor, mesmo porque o art. 1.682 consagra a impenhorabilidade do direito à meação. Se o devedor falecer, os herdeiros são solidários até o valor correspondente à meação do falecido, ou dito de outra forma: o pagamento das dívidas sujeita-se às forças da herança (CC, art. 1.792).

³⁰⁰ *Curso...*, p. 352.

8. Extinção do regime de bens

A dissolução da sociedade conjugal implica, *ex vi legis*, a extinção do regime de bens, a exemplo do que acontece com os demais regimes patrimoniais.

Assim, se o casamento termina pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial ou pelo divórcio, não há razão superior que justifique a manutenção do regime patrimonial. Aliás, se o acessório segue o principal, não se vê motivo para subsistir o acessório (o regime de bens) se o principal (a sociedade conjugal) está desfeito.

O direito espanhol também prevê a extinção de *la sociedad de gananciales* pela dissolução do matrimônio (arts. 1.392 e 1.415 do Código Civil espanhol).

Portanto, a dissolução da sociedade é o passaporte sem o qual não será possível a extinção do regime patrimonial. Enquanto perdurar a sociedade conjugal, descabe falar em extinção do regime e muito menos em apuração dos haveres de cada cônjuge (aquestos), embora os cônjuges possam lançar mão de medidas judiciais destinadas a acautelar os seus interesses, conforme veremos oportunamente.

8.1. Extinção por separação judicial ou divórcio

A separação judicial e o divórcio são causas extintivas do regime de bens. É irrelevante que a separação judicial e o divórcio tenham ocorrido amigável ou litigiosamente. A lei se contenta com a dissolução da sociedade conjugal.

É lógico que, conforme veremos oportunamente, a apuração do montante dos aqüestos poderá levar em conta não só a separação judicial ou o divórcio, como também a cessação da convivência conjugal, mas isso não quer dizer que a ruptura fática da união seja causa de extinção do regime patrimonial. Somente o reconhecimento judicial da cessação da convivência – isto é, a sentença pondo fim à sociedade conjugal – fará cessar o regime patrimonial.

8.1.1. Abertura de procedimento judicial

A abertura de procedimento judicial é necessária para a dissolução da sociedade conjugal. Se os cônjuges forem casados há mais de um ano, poderão requerer separação consensual ³⁰¹. E mesmo que estejam casados há menos de um ano, a jurisprudência tem admitido a separação de corpos consen-

³⁰¹ Antes o prazo era de dois anos, nos termos do art. 4º da Lei do Divórcio, mas esse dispositivo foi revogado pelo art. 1.574, *caput*, do novo Código Civil.

sual, contanto que os cônjuges proponham a separação consensual após o per-
fazimento do prazo.

No caso de separação consensual, compete aos cônjuges apresentar pe-
tição contendo os requisitos do art. 1.121 do Código de Processo Civil, entre
eles a descrição de todos os bens do casal, embora a partilha possa se efetivar
após a homologação da separação. De qualquer forma, como os bens ficam
pormenorizadamente descritos na petição inicial, a questão patrimonial não
oferece, como regra, problemas graves. O mesmo se diga em relação ao di-
vórcio consensual. Se os cônjuges já se encontram separados de fato há mais
de dois anos, basta requerer a homologação do divórcio, elaborando petição
inicial segundo o disposto no art. 40, § 2º, da Lei do Divórcio.

Situação particularmente diversa ocorre quando os cônjuges litigam em
ação de separação judicial. Nesses casos, a questão patrimonial aflora signifi-
cativamente e, muitas vezes, acaba por obstar a conversão da separação litigi-
osa em consensual. Quando os cônjuges partem para a via litigiosa é porque o
casamento se acha deteriorado, a cumplicidade já se extinguiu, os interesses
comuns desapareceram e o ódio tomou conta de tudo. Não raro, o ser humano
ferido em sua honra engendra manobras ilícitas para alijar o outro cônjuge de
parte significativa dos bens amealhados durante a pacífica e saudável convi-
vência conjugal.

O que cabe indagar, nessas situações, é se a questão patrimonial deve
sobrepujar as questões discutidas no processo, como adultério, injúria grave,

abandono do lar, separação de fato há mais de um ano e outras causas arroladas nos arts. 1.572 e 1.573 do novo Código. O juiz deve se ater ao fato e ao fundamento jurídico do pedido (CPC, art. 282, inc. III), porquanto a questão patrimonial é geralmente estranha à *causa petendi*. Logo, se no curso do processo for ventilado o assunto, estranho à *causa petendi*, caberá à parte interessada lançar mão de provimentos cautelares com o fim de receber a sua parte nos aqüestos, consoante veremos oportunamente. De qualquer forma, é válido lembrar que na fase de cognição da ação o juiz deverá apenas decidir se é caso de decretação ou não da separação dos cônjuges, sendo a partilha relegada para a fase de execução.

8.1.2. Risco de fraude na partilha

Tendo em vista que a administração dos bens compete, no novo regime, a cada um dos cônjuges, não é dado descartar a possibilidade de haver fraude na partilha de bens, em especial quando um deles percebe a derrocada do casamento. O mau-caratismo do homem (ou da mulher) redundará, então, na preparação de plano sórdido destinado a causar dano ao outro, de tal arte que quando a ação é ajuizada pouco resta a ser feito.

Rolf Madaleno percebeu, com acuidade, que no momento do ajuizamento da ação de separação judicial “pouco resta a ser dividido com aquele

parceiro que vinha esboçando inadvertidamente a sua admoestação com o prosseguimento do casamento. É necessário ir adiante das falsas fronteiras físicas ou jurídicas da separação, já que a fraude patrimonial se instala em época muito anterior à real ruptura. Aconselhável ao legislador familista aplicar o princípio da revocatória falencial, retroagindo no tempo para delimitar o período suspeito da fraude sobre os bens conjugais. Com muito mais facilidade pode surgir a fraude conjugal quando, durante a aparente harmonia da relação nupcial, o cônjuge que arquiteta a sua silenciosa separação, ou que foi notificado da vontade separatória de seu consorte, esvazia por ganância ou em represália o patrimônio em face de partição dos aqüestos com a iniciativa judicial da separação. Assim, iludindo a boa-fé de seu consorte e com a livre disposição da sua massa econômica de bens, é extensa e imensurável a possibilidade de dano à meação conjugal do cônjuge desatento de seus direitos, que não percebe as más intenções do outro ávido ou ressentido, mas empolgado em desativar o resultado material de uma falida relação conjugal”³⁰².

De fato, a nossa lei civil não delimita um período em que se considera suspeito de fraude o ato perpetrado pelo marido ou pela mulher. A legislação argentina, ao contrário, permite à mulher argüir de fraude qualquer ato ou contrato do marido, anterior à ação de separação, de conformidade com o que está regulado em relação aos atos cometidos em fraude contra credores. Trata-se do art. 1.298 do Código Civil argentino, dispositivo a respeito do qual Edu-

³⁰² Ob. cit., p. 218.

ardo A. Zannoni escreveu o seguinte: “Consideramos que una interpretación funcional del art. 1.298, Cód. Civil, permite acoger no solo la típica acción pauliana – que acción revocatoria (art. 961, Cód. Citado) – sino una acción de fraude a los derechos comunes en la sociedad conyugal – fraude genérico, lo denominan Fassi-Bossert – ejercible independientemente de la solvencia patrimonial del cónyuge que realiza, en perjuicio del outro, el acto o contrato fraudulento”³⁰³.

Por outro lado, o direito espanhol, antevendo a possibilidade de condutas ilícitas por parte de um dos cônjuges, concebeu a dissolução do regime de bens a pedido do marido ou da mulher. O art. 1416 do Código Civil espanhol prevê o seguinte: “Podrá pedir un cónyuge la terminación del regimen de participación quando la irregular administración del outro comprometa gravemente sus intereses”.

Como a fraude não é monopólio do regime de participação final nos aqüestos, podendo também alcançar os regimes de comunhão parcial e universal de bens, é recomendável que o legislador, *de lege ferenda*, faça inserir no Código Civil um dispositivo delimitando um período dentro do qual o ato praticado se considera em fraude contra a lei.

8.1.3. Medidas cautelares

³⁰³ Ob. cit., p. 54.

Para salvaguardar os interesses de um dos cônjuges, a lei autoriza o ajuizamento de medidas cautelares nominadas ou inominadas. O processo cautelar não tem um fim em si mesmo, uma vez que o seu objetivo é salvaguardar a eficácia de outro processo. Francesco Carnellutti já enfatizava, em memorável lição, que enquanto o processo de conhecimento ou de execução serve à tutela do direito, o processo cautelar, ao contrário, serve *à tutela do processo* – “che mentre il processo di cognizione o di esecuzione serve alla tutela del diritto, il processo cautelare, invece, serve *alla tutela del processo*”³⁰⁴.

Nelson Luiz Pinto, por sua vez, dizia, em palestra proferida em 29 de setembro de 1990, no Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que o processo cautelar se destina a “garantir a eficácia mais perfeita e completa possível da tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução. Serve, pois, o processo cautelar, às outras duas espécies de processo”³⁰⁵.

O processo de conhecimento tem uma finalidade em si mesma, traduzida na necessidade de reconhecimento judicial da pretensão almejada pelo autor na ação. Se a demanda tem por escopo a cobrança de algum valor (prestação alimentícia, por exemplo), o juiz, ao reconhecer como legítima a pretensão do autor, condenará o alimentante a pagar a importância reclamada na petição inicial (isto porque o autor, ao ingressar com a ação, tem em mente obter um título judicial dessa natureza). Se a ação, ao revés, for de natureza constitutiva (ação de divórcio, por exemplo), a decretação judicial do divórcio terá

³⁰⁴ *Diritto e Processo*, p. 356.

³⁰⁵ *Medidas Cautelares – Poder Cautelar Geral do Juiz*, p. 179. Ver também do mesmo autor: *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Cautelar* (em co-autoria com Arruda Alvim), p. 9.

uma singular finalidade: declarar a ruptura do vínculo matrimonial. Por outro lado, se a ação for de execução (*v.g.*, execução por quantia certa contra devedor solvente), o fim último dela não é a obtenção de um título executivo judicial, senão a prática de atos executórios que levem ou ao pagamento do valor reconhecido pelo executado no título executivo (judicial ou extrajudicial) ou à expropriação de bens suficientes para assegurar a satisfação do valor contido no título. Por aí se vê que os processos de conhecimento e de execução, dotados de instrumentalidade, têm uma particular finalidade: tutelar o direito da parte ou do exeqüente. Já o processo cautelar, ao contrário, persegue a finalidade de garantir a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução.

Havendo, pois, ocultação ou dissipação de bens, o caminho será a propositura de ações cautelares, muitas das quais preparatórias, para assegurar a divisão final equânime dos aqüestos. Na correta observação de Rolf Madaleno³⁰⁶, o arrolamento de bens e o trancamento registral de bens imóveis e automóveis, aeronaves, telefones, quotas sociais, semoventes, etc. talvez sejam as medidas cautelares mais eficazes para garantir a justa divisão final dos bens. É lógico que, a par da adoção de tais cautelares, o cônjuge prejudicado poderá lançar mão das ações judiciais apontadas nos arts. 1.649, 1.675 e 1.676 do Código Civil. De qualquer modo, as medidas cautelares são eficientes e servem para salvaguardar os interesses do cônjuge vítima do comportamento danoso do outro consorte.

³⁰⁶ Ob. cit., p. 219.

8.2. Extinção por morte

A morte de um dos cônjuges acarreta a dissolução da sociedade conjugal e, conseqüentemente, a extinção do regime de bens. Na dissolução da sociedade conjugal por morte – diz o art. 1.685 do Código Reale –, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

Essa verificação dar-se-á, como regra, nos autos do processo de inventário ou arrolamento, conforme veremos a seguir.

8.2.1. Abertura de inventário ou arrolamento

O inventário deverá ser requerido dentro de 30 (trinta) dias a contar do falecimento do cônjuge, a teor do art. 983 do Código de Processo Civil ³⁰⁷, podendo ser postulada também a abertura de inventário simplificado, sob a forma de arrolamento, se todos os herdeiros forem capazes (CPC, art. 1.031),

³⁰⁷ Art. 983 do CPC: “O inventário e a partilha devem ser requeridos dentro de 30 (trinta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 6 (seis) meses subseqüentes”.

ou se o valor dos bens do espólio não exceder 2.000 (duas mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (CPC, art. 1.036) ³⁰⁸.

De acordo com o inc. I do art. 991 do Código de Processo Civil, o juiz nomeará como inventariante o cônjuge sobrevivente casado sob regime de comunhão, desde que esteja convivendo com o outro ao tempo da morte deste. Resta saber se o cônjuge supérstite, casado pelo regime da participação final dos aqüestos, tem autorização legal para ser nomeado inventariante. Não vemos motivos para excluí-lo da inventariança, porque, com a morte do outro cônjuge, o regime, que era de separação de bens, passou a ser de comunhão de aqüestos, não contrariando o espírito da lei processual. Além disso, em face da nova configuração legal dada à sucessão, com a inclusão do cônjuge supérstite como herdeiro necessário se casado pelo regime da participação final nos aqüestos ou pelo regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.845), ocorreu esvaziamento de possível polêmica em torno do art. 990, inc. I, do CPC.

Incumbe ao inventariante adotar uma gama de medidas previstas nos arts. 991 e 992 do Estatuto Processual até que o inventário ou o arrolamento se ultime com a partilha dos bens.

³⁰⁸ A ORTN foi criada pela Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, mas teve o seu nome alterado, em 1986 (Plano Cruzado), para OTN (Obrigação do Tesouro Nacional). Contudo, a Lei n. 7.730, de 31 de janeiro de 1989, extinguiu a OTN. Foi criado o BTN (Bônus do Tesouro Nacional) pela Lei n. 7.777, de 19 de junho de 1989, mas tal índice foi também extinto a partir de 1º de fevereiro de 1991 pela Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991. Impõe-se, pois, a multiplicação de 2.000 OTN pelo último valor da OTN fiscal, que em janeiro de 1989 correspondia a NCZ\$ 6,92, chegando-se a 13.840 BTN, com subseqüentes atualizações pelos índices oficiais (cf. Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, *Inventários e partilhas*, p. 448 e 495).

Apurada a meação do cônjuge sobrevivente, a meação do *de cujus* será partilhada ou, havendo um único herdeiro, adjudicada. Passemos, pois, sem mais delongas ao próximo item.

8.2.2. Meação do *de cujus*

8.2.2.1. Monte a ser inventariado

O monte a ser inventariado compor-se-á, esclarece Encinas Manfré³⁰⁹, dos bens particulares do cônjuge falecido (CC, art. 1.674, incs. I e II) somados aos adquiridos onerosamente por ambos os cônjuges na constância do matrimônio. Quanto aos bens adquiridos após o casamento, incluem-se tanto os obtidos individualmente por um dos cônjuges quanto os adquiridos em condomínio pelo trabalho conjunto de ambos os consortes (CC, art. 1.679)³¹⁰. E mais: far-se-á o acréscimo de valores relativos aos bens mencionados nos arts. 1.675 e 1.676, bens esses que foram doados ou transferidos em detrimento da meação.

Embora o inventário/arrolamento seja um procedimento de jurisdição contenciosa, nele não se discutem questões complexas acerca da titularidade dos bens a serem inventariados. É certo, de um lado, que o juiz tem o dever de decidir as questões de direito e de fato levadas ao seu conhecimento, desde

³⁰⁹ Ob. cit., p. 124.

³¹⁰ A propósito desse artigo, Rui Ribeiro de Magalhães sugere que, para evitar problemas futuros, “é interessante que se ressalve no título aquisitivo a participação de cada um e que ambos figurem como adquirentes do bem, de molde a que se faça o registro do título aquisitivo em nome de ambos” (ob. cit., p. 250).

que estejam convenientemente provadas por documento. Mas é certo, de outro, que as questões complexas, de alta indagação, exigem a abertura de procedimento contraditório com vistas a proporcionar amplitude probatória, em tudo incompatível com os acanhados limites do processo de inventário. Isso ocorrendo, compete ao magistrado remeter as partes para os meios ordinários, nos termos do art. 984 do Código de Processo Civil.

Aliás, como pondera Mario Roberto Carvalho de Faria, “havendo divergências sobre os bens aqüestos a inventariar, o litígio não deverá ser apreciado dentro dos autos de inventário, sob pena de tornar-se um processo infundável. Dessa forma, havendo bens controversos, deverá a discussão ser remetida às vias ordinárias, ficando, por conseguinte, esses mesmos bens para sobrepartilha” ³¹¹. Assim, surgindo, v.g., discussões entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do *de cujus* sobre os bens a serem inventariados, não resta outra solução senão a remessa das partes aos meios ordinários.

Feitas estas considerações, cumpre enfatizar, para concluir este tópico, que nem sempre o dia da morte de um dos cônjuges constitui o termo *a quo* da apuração dos aqüestos finais (v. infra, item “9.2.”).

8.2.2.2. Direito do cônjuge sobrevivente à parte da herança

³¹¹ *O regime de participação final nos aqüestos previsto no novo Código Civil*, p. 322. No mesmo sentido: José Antonio Encinas Manfré, ob. cit., p. 124.

No regime da lei anterior, o cônjuge sobrevivente não era considerado herdeiro necessário. Atualmente, a lei o classifica como tal (CC, art. 1.845), salvo se casado com o falecido pelo regime da comunhão universal, ou pelo regime da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (CC, art. 1.829, inc. I) ³¹². Assim, pelas novas regras sucessórias, o cônjuge sobrevivente, além de recolher a sua meação, terá direito a concorrer na herança do *de cujus*.

Vejamos o seguinte exemplo: marido e mulher não tinham nenhum patrimônio ao celebrar matrimônio. Durante a constância do casamento, ele amealhou, a título oneroso, 6.000; ela, 2.000. O marido morreu deixando três filhos. A mulher terá direito a 2.000 a título de meação ($6.000 - 2.000 : 2 = 2.000$). O restante, 4.000, será dividido em quatro partes iguais, de tal sorte que cada um dos herdeiros (mulher e três filhos) receba 1.000. Se forem quatro os filhos comuns, a mulher receberá 1.000, enquanto os filhos, 750 cada um (CC, art. 1.832).

Se o marido tiver deixado testamento, dispondo de parte de seus bens, o que é possível, desde que se respeite a legítima dos herdeiros necessários (CC, art. 1.857, § 1º), a situação sofrerá alteração. É só pensar na hipótese em que uma pessoa tenha sido contemplada com metade dos bens do *de cujus*. O côn-

³¹² O art. 1.829, inc. I, do novo Código Civil vem gerando acirrada polêmica na doutrina. Enquanto alguns doutrinadores entendem que o cônjuge sobrevivente, ainda que casado pelo regime da comunhão parcial de bens, somente fará jus à herança se o falecido não tiver deixado bens particulares, outros sustentam exatamente o contrário, ou seja, a necessidade de o *de cujus* deixar bens particulares. Aqui não é a sede própria para ingressar nessa controvertida questão, até porque não afeta em nada o cônjuge casado pelo regime da participação final nos aqüestos.

juge sobrevivente e os descendentes dividiriam 2.000, pois a outra parte seria entregue ao beneficiário do testamento.

A condição de herdeiro do cônjuge sobrevivente desaparecerá se, ao tempo da morte do outro, estava judicialmente separado ou separado de fato há mais dois anos, salvo prova, nesse último caso, de que essa convivência se tornou impossível sem culpa do sobrevivente (CC, art. 1.830).

9. Apuração do montante dos aqüestos

A apuração do montante dos aqüestos condiciona-se à dissolução da sociedade conjugal. De acordo com o art. 1.674, incs. I a III, do Código Civil, sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, com exclusão dos bens anteriores ao casamento e dos que se subrogarem em seu lugar, bem como dos que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade. A exclusão atinge também as dívidas relativas a esses bens.

Com base nessa dicção legal, faz-se necessário verificar a causa ensejadora da aquisição dos bens na constância do casamento. Se essa causa for anterior ao casamento, não se estará diante de aqüestos, ainda que a aquisição tenha ocorrido posteriormente ao casamento e a título oneroso. É só lembrar a hipótese arrolada na própria lei – art. 1.674, inc. I (sub-rogação) –, segundo a

qual um bem é adquirido por um dos cônjuges, a título oneroso, em sub-rogação a bens particulares. Apesar de esse bem ser adquirido a título oneroso, não fará parte da massa patrimonial a ser partilhada após a dissolução do casamento. Diversa será a situação se o cônjuge não proprietário tiver ajudado financeiramente o outro na aquisição parcelada do bem. Nesse caso, incide o disposto no art. 1.678 do novo Código Civil: “Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge”.

A apuração do montante deverá levar em conta duas massas patrimoniais distintas: a do marido e da mulher. É o que se extrai da leitura do art. 1.674, *caput*, do Código Civil. Assim, dissolvida a sociedade conjugal, procede-se à apuração dos bens próprios amealhados pelo marido, a título oneroso, na constância do casamento, agindo-se da mesma forma em relação aos bens próprios da mulher.

Os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, nos termos do art. 1.674, parágrafo único, do novo Código Civil. Essa presunção, porém, é apenas relativa, permitindo prova em sentido contrário. Se o marido alegar, por exemplo, que alguns bens foram adquiridos antes do casamento, caberá a ele provar o alegado. Ainda acerca dos bens móveis, há um dispositivo muito perigoso, que certamente suscitará celeuma jurisprudencial. Trata-se do art. 1.680 do novo Código Civil, *verbis*: “As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o

bem for de uso pessoal do outro”. O só fato de um cônjuge usar o bem como se fosse seu não significa dizer que tenha a propriedade sobre ele. Afinal, o bem pode ser de uso pessoal, utilizado normalmente por um dos consortes, mas pertencente ao outro. Sílvio de Salvo Venosa faz os seguintes questionamentos: “Gostaríamos de ser um pouco mais simpáticos para com esse regime de bens, mas não resistimos a perguntar: de quem é a titularidade do colar de brilhantes que a mulher usa, mas pertence ao marido? Como poderão os terceiros credores posicionar-se com esses bens, se em cada situação devem provar evidências de fato? Estará aí uma situação propícia para a fraude e para complexas ações de embargos de terceiro” ³¹³. É por isso que afirmamos que o art. 1.680 suscitará, com certeza, polêmica jurisprudencial.

No tocante aos imóveis, estabelece o art. 1.681, *caput*, que “são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro”. Havendo impugnação dessa titularidade, a lei abre ao cônjuge proprietário a oportunidade de provar a aquisição regular dos bens, a teor do parágrafo único do art. 1.681. Aqui o dispositivo quis se referir a uma situação de fraude contra credores. Exemplo: um dos cônjuges, agindo maliciosamente, adquire com recursos próprios um bem imóvel, porém o registra em nome de seu consorte. A sua intenção é evitar que o bem seja executado por terceiros. Nesse caso, diz o parágrafo único, se for impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge cujo nome constar no registro de imóveis provar a regular aquisição do bem. Houve aqui a inversão

³¹³ Ob. cit., p. 191.

do ônus da prova ³¹⁴, é dizer, o ônus probatório compete ao cônjuge, e não ao terceiro, como seria o normal, a teor do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil.

Na apuração do montante dos aqüestos, o art. 1.675 do Código Civil exige seja computado “o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro”. É óbvia a finalidade do dispositivo: evitar que um dos cônjuges sofra prejuízos econômicos por conta da conduta leviana do outro consorte. Se não fosse por essa disposição legal, o cônjuge malicioso, antevendo a derrocada do casamento, poderia fazer doações fictícias ou fraudulentas a terceiros, com o manifesto propósito de prejudicar o outro cônjuge. O art. 1.675 também permite, a escolha do cônjuge prejudicado ou de seus herdeiros, o cômputo do valor do bem doado ou a sua reivindicação judicial. Então, duas opções se apresentam na lei: 1) ou o valor atualizado do bem é declarado no monte partilhável, 2) ou o bem é reivindicado por ação autônoma. Uma terceira opção, cogitada por Rolf Madaleno ³¹⁵, é a compensação do bem doado por outro do mesmo valor, opinião com a qual concordamos.

Em outro giro, há norma legal prevendo, em caso de alienação de bens em detrimento da meação, a incorporação de seu valor ao monte partilhável, salvo se o cônjuge lesado ou os seus herdeiros preferirem reivindicar os bens. É o que estabelece o art. 1.676 do novo Código: “Incorpora-se ao monte o

³¹⁴ Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 231.

³¹⁵ Ob. cit., p. 216.

valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar”. As razões que levaram o legislador a editar a presente norma são as mesmas do art. 1.675: evitar prejuízo para o cônjuge prejudicado.

Não obstante os bons propósitos da lei, na prática esses dois dispositivos, ao que parece, não poderão ser prontamente aplicados pela autoridade judiciária, pelo menos no tocante à inclusão do valor dos bens no monte partilhável, a não ser que haja a concordância do cônjuge autor da doação ou da alienação. Com efeito, é sabido que nem todo cônjuge que doar ou transferir bens, sem a anuência de seu consorte, irá se resignar com a inclusão no monte partilhável do valor relativo a esses bens. Muito provavelmente, ele deverá se insurgir contra a medida, alegando que a doação ou a transferência foi feita segundo os ditames legais. Assim, tratando-se de questão de alta indagação, não resolúvel dentro dos próprios autos, caberá ao magistrado remeter as partes às vias ordinárias. Diga-se o mesmo se a dissolução da sociedade terminar por morte de um dos cônjuges.

Na apuração do valor dos aqüestos, levar-se-á em conta os patrimônios inicial e final de cada um dos cônjuges. Isto é, impõe-se verificar o valor dos bens adquiridos individualmente, e a título oneroso, pelos cônjuges, na constância do casamento, excluídos os bens e as dívidas mencionadas nos incs. I a III do art. 1.674. Só depois desse cotejo é que será possível saber o grau de evolução do patrimônio dos cônjuges.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz apresentam exemplo bem didático acerca apuração dos aqüestos no novo regime patrimonial: “Se, por exemplo, o marido tem um patrimônio originário de 1.000.000 e um patrimônio final de 1.700.000; a mulher, por seu lado, um patrimônio originário de 500.000 e um patrimônio final de 800.000: os ganhos ou aqüestos do marido são de 700.000, e os da mulher são de 300.000, o crédito de participação devido pelo marido à mulher é de 200.000. Com efeito, o crédito de ganho da mulher contra o marido é de 350.000. O crédito de ganho do marido contra a mulher é de 150.000. Estes créditos são compensados e obtém-se o crédito de participação devido pelo marido à mulher: $350.000 - 150.000 = 200.000$. Realizado o crédito de participação em favor da mulher, o marido conserva como ganhos ou aqüestos: $700.000 - 200.000 = 500.000$. E a mulher terá: $300.000 + 200.000 = 500.000$. O resultado a que se chega é de igualdade. Como se vê, os créditos de participação no ganho de cada cônjuges são compensados e, ao fim da liquidação, só subsiste um crédito único correspondente ao excedente que um dos cônjuges deve pagar ao outro. Eis os traços essenciais do regime de participação final nos aqüestos”³¹⁶. Mas como veremos daqui a pouco, o direito brasileiro permite a divisão *in natura* dos bens, nos termos do art. 1.684, *caput*, do novo Código Civil.

Ao apresentarem o esclarecedor exemplo, os autores levaram em conta o aumento de patrimônio do marido e da mulher. É possível, no entanto, que

³¹⁶ Ob. cit., p. 368-369.

somente um dos consortes tenha aumentado o seu patrimônio inicial. Nesse caso, é forçoso dizer que somente o cônjuge proprietário dos bens deverá dividir o seu patrimônio final com o outro cônjuge. Por outro lado, se ambos os consortes não amealharam nenhum patrimônio durante a constância do casamento, não haverá o que partilhar.

Embora o exemplo de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz pareça simples na teoria, na prática é bem complexo, pois deverá enfrentar lentidão, impugnações, perícia, custos elevados, etc. Arnaldo Wald destaca, a propósito, que “o regime de participação final nos aqüestos, introduzido pelo legislador de 2002, desponta já fadado ao insucesso, devido não apenas à manifesta dificuldade e morosidade inerentes à apuração dos aqüestos – a qual poderá exigir perícia para avaliação dos bens, complicados cálculos, etc. –, como também em razão dos elevados custos envolvidos”³¹⁷. Da mesma maneira pensam outros autores³¹⁸. E Eduardo de Oliveira Leite³¹⁹ já dizia, em 1994, que o regime de participação final nos aqüestos, em razão de sua complicada operacionalidade, não teria guarida no novo Código Civil.

Se é certo que o legislador, contrariando o vaticínio de Eduardo de Oliveira Leite, inseriu o regime de participação final nos aqüestos no ordenamento jurídico, é certo também que o novo regime, ao que tudo indica, não irá

³¹⁷ *O Novo Direito de Família*, p. 128.

³¹⁸ Rui Ribeiro de Magalhães, ob. cit., p. 248; Denise Willhelm Gonçalves, ob. cit., p. 124; Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., p. 188. Na opinião de Venosa, não bastasse a estrutura complexa do novo regime de bens, há um outro ponto a tornar desfavorável a sua acolhida: “esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. Basta dizer que esse cônjuge poderá adredemente esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, com subterfúgios ou não, de molde que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente engendrado da sociedade conjugal” (ob.cit., p. 188).

³¹⁹ O regime de participação final nos aqüestos, ob. cit., p. 75.

vingar, porquanto a sua estrutura complexa somada às particularidades postas pela lei são motivos desencorajadores de sua adoção. O valor dos bens dependerá de prova pericial, com a nomeação de perito pelo juiz, facultadas à partes a indicação de assistentes técnicos. Em seguida, o perito deverá avaliar os bens, especialmente os imóveis, e elaborar o laudo pericial. Há bens que, mesmo fora do patrimônio dos cônjuges, também se sujeitam à perícia: são os que foram doados ou transferidos a terceiros, sem a concordância de um dos cônjuges (arts. 1.675 e 1.676). É possível que tais bens estejam em outro país, ou não existam ao tempo da extinção da sociedade, o que por certo acarretará acentuada delonga processual. A perícia só não será efetuada se o cônjuge prejudicado ou seus herdeiros preferirem reivindicar o bem. Tudo isso, pelo que se vê, é bastante demorado e custoso.

O art. 1.684, *caput*, do novo Código permite, em sendo possível, a divisão *em natureza* de todos os bens do marido e da mulher, como por exemplo o dinheiro depositado em poupanças, fundos, etc., diferentemente de outros países, como a Alemanha, cujo ordenamento jurídico não admite a divisão dos bens *in natura*, a ponto de Clóvis do Couto e Silva³²⁰ dizer, a respeito da *zugewinnngemeinschaft*, que se o marido tiver dois apartamentos do mesmo valor, a mulher, em caso de divórcio, não terá direito a um deles, senão a um crédito equivalente à sua parte no patrimônio.

O Brasil adotou posição diversa, permitindo a divisão *in natura*, a teor do art. 1.684, *caput*: “Se não for possível nem conveniente a divisão de todos

os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário”. No entanto, não sendo viável nem conveniente essa divisão, autoriza a lei a reposição em dinheiro, ao cônjuge não-proprietário, do valor que lhe é devido. Assim, na hipótese de o patrimônio final do marido ser de 1.000.000 e o da mulher de 500.000, ele deverá fazer reposição em dinheiro à mulher no importe de 250.000 (marido = 1.000.000 [: 2 = 500.000]; mulher = 500.000 [: 2 = 250.000]; reposição = 250.000 [500.000 – 250.000 = 250.000]). Se essa reposição não se realizar (v.g., o marido não dispõe de numerário para fazer a reposição), o parágrafo único prevê a possibilidade de alguns bens serem avaliados e alienados para o pagamento da dívida ³²¹. Maria Helena Diniz ³²² considera de boa política legislativa a solução legal, porque a partilha *in natura*, às vezes, não é proveitosa, podendo causar destruição de valores unitários, pois determinados bens têm maior valor quando não divididos, como é o caso de um conjunto de ações que confere ao titular a maioria numa empresa. O sistema adotado pelo legislador é interessante, diferenciando-se dos demais regimes comunitários, porquanto no de participação final nos aquestos são apurados os acréscimos patrimoniais, passando um cônjuge a ter, em caso de impossibilidade de divisão, um crédito relativo ao saldo contabilmente apurado. Nos regimes de comunhão universal e comunhão parcial, ao contrário, os cônjuges tornam-se condôminos na hipótese de não ser possível a divisão cômoda dos bens. Ora, esse condomínio estabelecido entre ex-cônjuges é fonte interminável de lití-

³²⁰ Ob. cit., p. 34.

³²¹ Parágrafo único do art. 1.684: “Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem”.

³²² *Curso...*, p. 163.

gios, acarretando perdas recíprocas em futuras ações dissolutórias de co-propriedade.

A lei fala, no parágrafo único do art. 1.684, em *autorização judicial*, suscitando a seguinte indagação: a alienação dos bens necessita ser judicial? Acreditamos que não. O que o juiz autoriza é a alienação dos bens, para fins de reposição, mas isso não significa dizer que a alienação deva também ser judicial, em hasta pública, na forma dos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil. A venda em hasta pública somente é necessária quando a lei assim determina, como é o caso, por exemplo, do art. 1.237, *caput*, do Código Civil, que trata da descoberta de coisa perdida ³²³. Logo, apenas o alvará judicial é necessário para a venda do bem. De qualquer forma, em sendo expedido o alvará, é possível que o cônjuge proprietário do bem não se encoraje a vendê-lo, fazendo de tudo para dificultar a venda, em prejuízo do outro consorte. E ainda que o cônjuge proprietário não adote conduta dessa natureza, a verdade é que se o bem não for vendido dentro de certo prazo, mister nova avaliação, tudo a evidenciar a pouca operacionalidade do novo regime instituído pelo legislador.

A apuração dos aqüestos, conforme fizemos ver anteriormente, somente ocorrerá se for dissolvida a sociedade conjugal. É o que determina o art. 1.674 do novo Código Civil. Separação, divórcio ou morte dissolvem a sociedade conjugal, nos termos do art. 1.571 do referido diploma legal. E com a dissolução, o regime de bens, até então marcado pela separação patrimonial, se

³²³ Art. 1.237, *caput*, do Código Civil: “Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta públi-

transmuda em comunhão parcial no tocante aos bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento.

Se o casamento terminar por morte de um dos cônjuges, a apuração levará em conta, como regra, o óbito do marido ou o da mulher. Entretanto, se o matrimônio terminar por separação ou divórcio, o início da apuração do montante corresponderá, nos termos do art. 1.683 do novo Código, à *data em que cessou a convivência*.

A matéria – com relação ao termo *a quo* da apuração do montante dos aqüestos – será examinada a seguir.

9.1. Termo *a quo* da apuração em caso de separação ou divórcio

Embora a extinção do regime patrimonial se condicione à dissolução da sociedade conjugal, o Código Civil de 2002 não ficou indiferente à possibilidade de o patrimônio encontrar-se desfalcado no momento da decretação judicial da separação ou divórcio. O art. 1.683 do novo Código consigna que, na dissolução do regime por separação judicial ou divórcio, o termo *a quo* da apuração do montante dos aqüestos será o da data em que cessou a convivência. Sílvia de Salvo Venosa ³²⁴ destaca a importância do dispositivo, sob o

ca e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido”.

³²⁴ Ob. cit., p. 192.

argumento de que o encerramento da convivência pode alterar a situação patrimonial dos cônjuges.

Realmente, merece aplausos o legislador ao fixar o término da convivência como o termo *a quo* da apuração do montante dos aqüestos. O art. 1.738 do Projeto previa um outro termo – o da data do requerimento do pedido de desquite³²⁵. Ao estabelecer a cessação da convivência como termo *a quo*, o legislador quis impedir a prática de manobras ilícitas por um dos cônjuges em detrimento do outro. Com efeito, se a apuração do montante dos aqüestos levasse em conta a data do ajuizamento da ação de separação ou divórcio ou a data da prolação da sentença constitutiva, o caminho estaria aberto para o cometimento de condutas à margem da lei. Bastaria que o cônjuge mal-intencionado, uma vez cessada a convivência conjugal, desse sumiço aos bens adquiridos onerosamente após a constância do casamento para que o outro cônjuge sofresse danos patrimoniais. É por isso que o legislador considerou a cessação da convivência como o marco apto a ensejar a verificação do montante dos aqüestos. Entenda-se por *cessação da convivência* a ruptura fáctica da união conjugal, ou mais propriamente a *separação de fato* dos cônjuges³²⁶.

³²⁵ Art. 1.738: “Na dissolução do regime de bens por desquite, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que aquele for requerido”.

³²⁶ Lúcia Stella Ramos do Lago define a separação de fato como o “estado em que se encontram os cônjuges, por vontade unilateral ou bilateral, sem a interveniência da autoridade judicial, estado esse que resultou da cessação da vida em comum que levavam por força do casamento” (*Separação de Fato entre Cônjuges*, p. 9).

O art. 1.683 merece aplausos, ademais, por prevenir o enriquecimento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Com efeito, se a apuração do montante dos aqüestos fosse feita contemporaneamente à prolação da sentença (e note-se que a sentença poderia vir muito tempo depois de cessada a convivência conjugal), um dos cônjuges poderia esvaziar o patrimônio ou então simular transferência de bens causando prejuízos ao outro. Ademais, se a apuração do montante dos aqüestos não levasse em conta a cessação da convivência, os bens adquiridos durante a separação de fato por um dos cônjuges pertenceriam também ao outro cônjuge, o que, inegavelmente, representaria flagrante enriquecimento ilícito.

Por conseguinte, andou bem o legislador ao fixar como termo *a quo* da apuração a cessação da convivência.

9.2. Termo *a quo* da apuração em caso de morte

Vimos no item anterior que, em relação à separação ou ao divórcio, o termo *a quo* da apuração do montante dos aqüestos é a cessação da convivência conjugal. E, em caso de morte, qual é o termo *a quo* da apuração? Seria a morte de um dos cônjuges? O Código nada diz a respeito do assunto. É possível que o legislador tenha se omitido sobre tal assunto por considerar a data da morte de um dos cônjuges como o termo *a quo* da apuração dos aqüestos.

A morte é, de fato, o termo *a quo* da apuração do montante dos aqüestos se o cônjuge sobrevivente convivia com o outro ao tempo da morte.

Nesse caso, existe perfeita coincidência entre o termo *a quo* da dissolução do casamento e o termo *a quo* da apuração. Nem sempre, porém, haverá essa coincidência se os cônjuges se encontrassem separados de fato. Assim, se ao tempo da morte a sociedade conjugal estava faticamente rompida, cada cônjuge morando em casas separadas, não tendo mais interesses comuns, é evidente que o termo *a quo* da apuração não será a data do óbito, mas sim a data da *cessação da convivência*.

O fato de o art. 1.683 do Código estabelecer um elo entre a cessação da convivência e a dissolução do regime de bens por separação judicial ou divórcio não impede a aplicação do dispositivo, em caso de morte, se ficar comprovada a prévia separação de fato. Se o termo *a quo* da apuração fosse unicamente a morte de um dos cônjuges, situações semelhantes ao do art. 1.683 receberiam tratamento desigual, com inegável ofensa ao princípio da isonomia constitucional. Além disso, o cônjuge sobrevivente (ou os herdeiros do *de cujus*) poderia se locupletar ilicitamente se a aquisição de parte ou de todos os bens só viesse a ocorrer após a separação de fato.

Posto isso, podemos extrair as seguintes conclusões: a morte de um dos cônjuges constitui, como regra, o termo *a quo* da apuração da meação do cônjuge sobrevivente. No entanto, se ao tempo da morte, marido e mulher já esti-

vessem separados de fato, a apuração levará em conta a cessação da convivência, com aplicação por analogia do art. 1.683 do Código Civil.

10. Meação: direito irrenunciável, incessível e impenhorável

O art. 1.682 do Código Civil estabelece que o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial. Entretanto, a meação será passível de renúncia, cessão ou penhora após a dissolução do regime matrimonial.

Teve em mente o legislador, ao proibir a renúncia, a cessão e a penhora do direito à meação, resguardar os cônjuges e a própria entidade familiar. Do contrário, poderia preponderar, segundo o magistério de Sílvio de Salvo Venosa³²⁷, a vontade de um dos cônjuges em detrimento do outro, levando à penúria um deles quando do desfazimento do casamento. Não é despiciendo lembrar, por outro lado, que, perdurando o casamento, a meação é indeterminada, somente sendo conhecida após a dissolução da sociedade conjugal³²⁸.

E não é só: levando-se em conta que os cônjuges, na constância do casamento, têm uma mera expectativa de direito à meação, na medida em que esta somente terá existência real após o término da sociedade conjugal, não

³²⁷ Ob. cit., p. 191-192.

³²⁸ Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, ob. cit., p. 1491; José Antonio Encinas Manfré, ob. cit., p. 122.

faz o menor sentido os cônjuges renunciarem a algo desprovido de concretude.

11. Considerações finais sobre o novo regime de bens

O Brasil não conhecia o regime de participação final nos aqüestos, mas veio a conhecê-lo com a vigência do novo Código Civil. Outros países, ao contrário, já o adotavam havia muito tempo, como é o caso da Alemanha, onde o regime de participação final nos aqüestos é o legal, por força da Lei da Igualdade de Direitos promulgada em 1º de julho de 1958.

Trata-se de regime misto ou híbrido, pois congrega tanto as características do regime de separação de bens quanto as do regime de comunhão parcial. No dizer de Silvio Rodrigues ³²⁹, o novo regime conserva a independência patrimonial de cada cônjuge, inclusive no tocante ao incremento ocorrido durante o casamento, ao mesmo tempo que, ocorrendo a ruptura, protege economicamente o cônjuge que, direta, indiretamente ou pela só qualidade de parceiro, acompanhou a evolução patrimonial do outro.

Durante o casamento, os cônjuges se comportam como se fossem casados pelo regime da separação de bens – regime não comunitário. Mas, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, há metamorfose do regime patrimonial,

de tal sorte que o regime passa a ser o da comunhão parcial. Ou seja, a ruptura do casamento, seja por separação ou divórcio, seja por morte, é a causa hábil a autorizar a transformação do regime – de separação para comunhão dos aqüestos.

Não obstante a engenhosidade do novo regime, é pouco provável que ele venha a ser largamente adotado no Brasil. Em outros países, como dissemos e esclarece Maria Helena Diniz ³³⁰, a sua adoção tem sido freqüente, principalmente em relação àqueles cônjuges cuja atividade empresarial distinta imponha manuseio com maior liberdade de seus pertences.

Embora o Brasil tenha cônjuges desempenhando atividades empresariais, é pouco provável – repita-se – que o novo regime venha a contar com a simpatia da população. Várias fatores desaconselham a sua adoção:

1. A participação final nos aqüestos é um regime matrimonial complexo e dispendioso, necessitando de perícia para a apuração do patrimônio final dos cônjuges.
2. A comunhão parcial de bens, regime legal entre nós, atende perfeitamente às expectativas dos cônjuges.
3. O regime da comunhão parcial já se incorporou aos costumes do nosso povo.

³²⁹ *Direito Civil*, p. 219.

³³⁰ *Curso...*, p. 161.

4. O regime comunitário é de fácil compreensão ³³¹.
5. A adoção do regime de comunhão parcial independe da celebração de pacto antenupcial, é dizer, os nubentes não terão gastos com a lavratura de escritura pública, bastando uma simples manifestação de vontade, que será reduzida a termo nos autos da habilitação para casamento (CC, art. 1.640, parágrafo único).

De qualquer forma, só o tempo dirá se o novo regime de participação final nos aqüestos irá vingar, tendo aceitação razoável nos meios sociais ou se, ao contrário, será um regime natimorto, de pouca ou nenhuma expressividade, como ocorreu com o regime dotal.

³³¹ Convém lembrar que o novo Código Civil impôs ao oficial do registro civil o dever de explicar aos nubentes a sistemática dos quatro regimes patrimoniais (CC, art. 1.528).

CAPÍTULO V: PACTOS ANTENUPCIAIS

1. Exigência legal de pacto antenupcial

O pacto antenupcial é necessário se os nubentes quiserem adotar outro regime de bens que não o da comunhão parcial. Assim, se eles tiverem em mente adotar um dos outros três regimes de bens, deverão celebrar pacto antenupcial. Não basta, portanto, que os noivos, no procedimento para a habilitação de seu casamento, manifestem o desejo de realizar as bodas, v.g., pelo novo regime da participação final nos aqüestos. Ao contrário, a lei impõe a celebração de pacto antenupcial. É o que se infere dos arts. 1.639 e 1.640, ambos do novo Código Civil.

O pacto somente será dispensável se os nubentes optarem pelo regime da comunhão parcial de bens. É a conclusão que resulta do art. 1.640, *caput*, do Código: “Não havendo convenção [leia-se: pacto antenupcial], ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”. Assim, se os nubentes deixarem de celebrar pacto antenupcial, o regime a vigorar entre eles é o da comunhão parcial. O mesmo sucederá se, a despeito da celebração de pacto, este for declarado nulo ou ineficaz. Nesse caso, vigorará, por força de lei, o regime da comunhão parcial.

Dissemos no parágrafo anterior que o pacto será dispensável se o regime adotado for o da comunhão parcial de bens. De fato, o Código atual, a exemplo do Código velho, dispensa expressamente a celebração de pacto se o regime eleito for o da comunhão parcial. E sabemos que, na escolha tácita de tal regime, os nubentes não realizam nenhum tipo de convenção. Mas é possível, a despeito disso, que os nubentes escolham o regime da comunhão e mesmo assim celebrem pacto. Nessa hipótese, o pacto somente terá serventia se eles convencionarem algo que fuja à regra do regime da comunhão parcial. Podemos citar, por exemplo, a administração do bens: no regime da comunhão parcial a administração do patrimônio particular compete ao cônjuge proprietário, mas o art. 1.665 permite que uns dos consortes administre os bens particulares do outro, desde que haja pacto antenupcial nesse sentido. Dessa forma, a adoção do regime da comunhão parcial dispensa, como regra, a feitura de pacto, embora os nubentes possam adotar tal regime e, ao mesmo tempo, celebrar pacto antenupcial.

Nas hipóteses previstas no art. 1.641 do Código, o pacto antenupcial não é necessário, porque o regime de separação de bens decorre da própria lei. O art. 1.641 impõe a cogente observância do regime da separação de bens, não dando relevo ou importância ao desiderato dos nubentes, conquanto tenhamos defendido, no Capítulo II, item “7.4.1.2.”, por uma questão de justiça,

a aplicação da Súmula 377 do STF quanto aos bens adquiridos na constância dos casamentos celebrados após 10 de janeiro de 2003³³².

Podemos dizer, portanto, que o pacto, se o regime não for o da comunhão parcial ou o da separação obrigatória, é de imperiosa necessidade, não podendo os nubentes olvidarem a regra do art. 1.640. Se os nubentes não celebrarem pacto antenupcial e, mesmo assim, constar do registro de casamento outro regime patrimonial, isso não significa dizer que eles se casaram pelo regime mencionado no registro matrimonial. Essa situação, por sinal, foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, tendo participado do julgamento os Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler, Menezes Direito e Pádua Ribeiro:

“CASAMENTO – Regime de bens – Insuficiência da certidão para demonstrar que o matrimônio foi celebrado sob o regime de separação de bens – Imprescindibilidade da existência de pacto antenupcial com convenção nesse sentido.

REsp. 173.018-AC – Segredo de Justiça – 3ª T. – j. 26-6-2000 – rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJU 14.8.2000. ACÓRDÃO – VOTO (...) Assim posta a questão, penso ter razão a recorrente. De fato, a certidão de casamento, por si só, não é bastante para estabele-

³³² O novo Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003.

cer o regime de separação de bens. Ainda que se considere verdadeira a certidão que atesta a celebração do casamento sob o regime da separação de bens – até porque conclusão contrária importaria reexame de matéria de fato –, não se poderia admitir, sem o pacto antenupcial, que esse o sistema que o regia.

Na falta de pacto antenupcial de separação, o regime que domina a sociedade conjugal é o da comunhão parcial. A explicação para a exigência do pacto antenupcial prévio, previsto pelo art. 256 do CC ³³³, está na intenção de se proteger a boa-fé ou a inexperiência dos cônjuges. Pretendeu-se evitar que, na ocasião da cerimônia, fosse um dos cônjuges surpreendido com cláusula, talvez contrária à sua vontade, da qual não se animou a discordar, ou pela surpresa com que foi colhido, ou para evitar escândalo, em meio à solenidade do casamento.

(...) Observe-se, ainda, que o art. 195, inc. VII ³³⁴, também invocado no especial, determina que, do assento de casamento conste ‘a declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o de comunhão parcial’. Dessa forma, havendo pacto antenupcial, a própria certidão de casamento tornaria fácil a sua localização. (...)” ³³⁵.

³³³ A referência é ao art. 256 do Código Civil de 1916, atual art. 1.639, *caput*.

³³⁴ *Ibidem*, atual art. 1.536, VII.

³³⁵ RT, 783/257.

Entre nós, a comunhão parcial de bens é o regime legal ou supletivo estabelecido pelo legislador. É dizer, se os nubentes não celebrarem pacto ou se este for declarado nulo, vigorará o regime de comunhão parcial. O regime legal ou supletivo difere de país para país. Na Alemanha, por exemplo, o regime legal ou supletivo é o da comunhão de aqüestos, equivalente ao nosso regime de participação final nos aqüestos. Assim, enquanto na Alemanha a adoção do regime de comunhão de aqüestos independe da celebração de contrato nupcial, no Brasil, diferentemente, a legislação exige a sua contratação por meio de pacto antenupcial.

A escolha, pelo legislador, do regime legal ou supletivo a vigorar na falta de pacto é assunto de política legislativa. Tudo tem a ver com os costumes e com a tradição de cada povo. Entre nós, o regime comunitário traduz fielmente as expectativas, os costumes e as tradições do povo brasileiro.

2. Conceito e natureza jurídica do pacto

Planiol e Ripert definem o pacto antenupcial como “el acto por el cual los futuros esposos fijan su régimen (económico) matrimonial”³³⁶, um verdadeiro pacto de família. Para esses autores o pacto antenupcial não é um “contrato” no sentido de convenção criadora de obrigações, embora possa criar

³³⁶ *Tratado...*, tomo 8, p. 23.

obrigações, pois quando a sua finalidade é apenas expressar o regime econômico matrimonial adotado, tal como o da separação de bens, não surge nenhuma obrigação e, portanto, não merece a denominação de contrato.

Federico Puig Peña sustenta que as capitulaciones matrimoniales “son el contrato por cuya virtud los que van a unirse en matrimonio estipulan las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presente y futuros”³³⁷. Esse autor³³⁸ salienta, ademais, que, não obstante a opinião de Planiol e Ripert no sentido de que o pacto antenupcial, quando voltado unicamente à fixação do regime de bens, não tem feição contratual, a seu ver a natureza do pacto é, sempre, contratual, pois assim o qualifica o direito espanhol, embora seja um contrato acessório, já que subordinado ao nascimento e à validade do casamento.

Ruggiero³³⁹ pontifica, por seu turno, que a convenção é um contrato por meio do qual os futuros cônjuges estabelecem, sob a ótica patrimonial e durante toda a duração do casamento, um regulamento para a futura família.

Pereira Coelho³⁴⁰ diz que a convenção é o acordo feito entre os nubentes com o escopo de fixar o regime de bens a vigorar após as bodas, sendo um contrato acessório do casamento.

Na doutrina nacional, Pontes de Miranda assevera que “o pacto antenupcial, ou convenção antenupcial, ou, ainda, contrato antenupcial, é o nome

³³⁷ Ob. cit., p. 239.

³³⁸ Ob. cit., p. 239.

³³⁹ Ob. cit., p. 146.

³⁴⁰ Ob. cit., p. 268.

aproximativo que se dá ao negócio de direito de família pelo qual se estabelece o regime dos bens entre os cônjuges”³⁴¹.

Marco Aurélio S. Viana afirma, sem titubear, que o pacto antenupcial é “um contrato pelo qual as partes manifestam a vontade de adotar um dos regimes, ou combinam os regimes existentes, criando uma figura mista”³⁴².

A natureza contratual do pacto é destacada, também, por outros autores, como San Tiago Dantas³⁴³, Carlos Alberto Bittar³⁴⁴ e Sílvio de Salvo Venosa³⁴⁵.

No entanto, a natureza contratual do pacto é controvertida, pois nem toda a doutrina o inclui nessa categoria. Arnaldo Rizzardo observa que o pacto “vai além da conceituação obrigacional de contrato. Revela um conteúdo institucional, ou se eleva à categoria de instituição, pois submetida a regulamentação a rígidos princípios, que as partes não podem alterar”³⁴⁶.

A nosso ver, o pacto antenupcial é o contrato de direito de família por meio do qual os nubentes firmam acordo quanto ao regime de bens a vigorar durante o casamento. Trata-se, contudo, de contrato regulado pelo direito de família, o que o afasta a aplicação do direito das obrigações. Não procedem as objeções de Planiol e Ripert, segundo as quais o pacto antenupcial deixaria de ter feição contratual quando o seu escopo fosse unicamente fixar o regime de

³⁴¹ Ob. cit., tomo VIII, p. 229.

³⁴² *Teoria e Prática do Direito de Família*, p. 84.

³⁴³ Ob. cit., p. 267.

³⁴⁴ Ob. cit., p. 132.

³⁴⁵ Ob. cit., p. 177.

³⁴⁶ Ob. cit., p. 623.

bens entre os futuros cônjuges, sem projetar nenhuma obrigação posterior. Ora, mesmo nessa hipótese, os cônjuges ficam obrigados a cumprir o que foi convencionado no pacto antenupcial. Então, se os nubentes escolheram, por hipótese, o regime da separação de bens, a administração do patrimônio ficará a cargo do cônjuge proprietário, nos termos do art. 1687 do Código Civil, obrigação proveniente da convenção matrimonial.

Dessa forma, o pacto antenupcial é um contrato de direito de família, tendo porém caráter acessório, ficando sempre na dependência da realização das bodas.

3. Liberdade de pactuar

A liberdade de pactuar é da essência do pacto antenupcial. Os nubentes têm total liberdade para contratar o que melhor entender a bem de seus interesses econômicos. A liberdade de contratar é anunciada pelo art. 1.639, *caput*, do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver”. No regime da lei anterior também estava presente essa liberdade.

A autonomia da vontade põe em destaque a liberdade dos nubentes. Tudo eles podem ajustar no pacto antenupcial, desde que tal convenção não viole as disposições de ordem pública nem os bons costumes. O Código Civil

revogado dizia que a convenção ou a cláusula devia ser considerada não escrita quando: a) prejudicasse os direitos conjugais, ou os paternos; b) contraviesse disposição absoluta da lei. O Código atual, mais lacônico, apenas estatui que é nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei. Entendeu o legislador, com razão, que a contrariedade a disposições cogentes da lei já era suficiente para ensejar a nulidade da convenção ou de cláusula dela. Assim, se a convenção pré-nupcial vier a prejudicar direitos conjugais ou direitos paternos, haverá inegável contrariedade a disposição absoluta de lei. Não foi necessário aludir, assim, a cláusulas ofensivas aos bons costumes, porque, no escólio de Washington de Barros Monteiro ³⁴⁷, é fora de dúvida que a defesa da ordem pública, bem como a defesa dos interesses da coletividade abrange também a dos costumes.

Afora tais restrições, a liberdade de contratar é total. De resto, essa liberdade de pactuar, prevista textualmente no art. 1.639, é tão intensa que a doutrina brasileira, quer a mais antiga, quer a mais moderna, entende, quase à unanimidade, que os nubentes têm total liberdade não só para escolher um dos três regimes de bens predeterminados pelo legislador (comunhão universal de bens; participação final nos aqüestos; separação de bens) ³⁴⁸ como também, e

³⁴⁷ Ob. cit., p. 193.

³⁴⁸ Não fizemos menção ao regime da comunhão parcial de bens, porque, na falta de convenção ou sendo esta nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre os cônjuges tal regime (CC, art. 1640, *caput*), sem embargo de os nubentes terem liberdade para escolher o regime de comunhão parcial e mesmo assim celebrar pacto antenupcial (v. *supra*, item “1”).

sobretudo, para combinar regimes de bens, formando um regime misto ou especial ³⁴⁹.

Diante da liberdade de pactuar, os nubentes estão autorizados, pois, a criar um regime misto. Pontes de Miranda, discorrendo sobre o art. 256 do Código Civil revogado, enfatizava que os nubentes podiam não só escolher o regime matrimonial como também o regramento matrimonial de bens. Vale a pena transcrever as suas palavras: “O que o Código Civil, art. 256, verdadeiramente permite não é só a escolha do regime matrimonial, de que deu as estruturas, mas a do *regramento matrimonial dos bens*. Não facultou só adotar-se o regime da comunhão universal, ou o da comunhão limitada, ou o da separação, ou o dotal, e sim isso ou a criação mesma de regime não previsto, desde que não constitua expropriação disfarçada dos bens de um cônjuge por outro, ou ameaça de dano a terceiro” ³⁵⁰. É o que também preleciona San Tiago Dantas: “Hoje, pelo contrato antenupcial, as partes podem convencionar o regime que preferirem e podem mesmo estabelecer, a respeito de certas categorias de bens, normas próprias extravagantes que não estão geralmente contidas em alguns dos regimes típicos estabelecidos” ³⁵¹. A liberdade de combinar regimes é plena, portanto.

³⁴⁹ Lafayette Rodrigues Pereira, ob. cit., p. 161; J.M. de Carvalho Santos, ob. cit., p. 6; Clóvis Bevilacqua, ob. cit., p. 159, observações, n. 1; Eduardo Espínola, ob. cit., p. 364; Pontes de Miranda, ob. cit., p. 221; Orlando Gomes, ob. cit., p. 164; Silvio Rodrigues, ob. cit., p. 174; Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 144; Arnaldo Wald, ob. cit., p. 103-104; Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 184; Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., p. 171. José Antonio Encinas Manfré, ob. cit., p. 32; Débora Gozzo, *Pacto antenupcial*, p. 62.

³⁵⁰ Ob. cit., p. 221.

³⁵¹ Ob. cit., p. 263.

Mesmo no direito comparado, existe a possibilidade de combinação de regimes. Guido Tedeschi ³⁵² diz, por sua vez, que vários doutrinadores italianos (Gangi, Ferrara, Degni, Barassi) admitem a combinação de regimes em respeito à liberdade das convenções matrimoniais. Ele mesmo destaca que “los novios podrían en sus convenciones matrimoniales establecer los pactos que quisieran – siempre que no fueran contrarios a normas vinculativas” ³⁵³. Ruggiero ³⁵⁴ também entende possível a combinação de um regime com outro.

Assim também na França, como aludem Colin e Capitant ³⁵⁵. Planiol e Ripert ensinam, por seu turno, que a liberdade de contratar, no direito francês, permite a “la mezcla o combinación de los diversos regímenes mediante la combinación de elementos tomados de varios de ellos y la formación de un régimen mixto. Así, las partes pueden reunir las ventajas por ellas reconocidas a los varios regímenes o evitar tal o cual inconveniente que ofrezca la adopción pura y simple de uno solo” ³⁵⁶.

Mas não se pense que a combinação de regimes é possível, à unanimidade, no direito comparado. O Código Civil suíço, por exemplo, não permite a mistura de regimes de bens. O art. 179, ao disciplinar o conteúdo do pacto

³⁵² Ob. cit., p. 51.

³⁵³ Ob. cit., p. 51.

³⁵⁴ Ob. cit., p. 141. No mesmo sentido é a lição de Domenico Barbero, em *Sistema Del Derecho Privado*, vol. II, p. 85.

³⁵⁵ “Los futuros esposos pueden combinar a su gusto los diversos regímenes matrimoniales. Se admite, por ejemplo, que le sea agradable trasladar a outro régimen, y especialmente al de la comunidad, la regla de la inalienabilidad, que es sin embargo, el rasgo característico de los bienes dotales bajo el régimen dotal. (...) Estas cláusulas de inalienabilidad, adaptadas a un régimen distinto del dotal, se encuentran, preciso es decirlo, muy raramente en la practica” (*Curso Elemental de Derecho Civil*, p. 37).

³⁵⁶ Ob. cit., tomo 8, p. 29. Ver, também, Louis Josserand, ob. cit., p. 293.

antenupcial, prescreve: “Os noivos ou os cônjuges têm de adotar, no seu pacto, um dos regimes de bens previstos por esta lei”. O Código Civil mexicano, que somente admite dois regimes – *o da sociedade conjugal e o da separação de bens* –, da mesma forma não permite a combinação de regimes.

Nossa lei não seguiu o modelo dos Códigos suíço e mexicano, pois a redação do art. 1.639 do Código Civil é suficientemente clara ao conceder aos nubentes liberdade para escolher ou criar o regime que melhor lhes aprouver. Nada obstante o que dito há pouco, a liberdade de pactuar não conta com a adesão de toda a doutrina. Rui Ribeiro de Magalhães entende que o ordenamento jurídico veda a combinação de regimes, uma vez que “o elenco dos regimes de bens é taxativo e as referências doutrinárias citam apenas os quatro regimes legalmente regulamentados: comunhão parcial, comunhão universal de bens, participação final nos aqüestos e separação de bens. Se admitirmos aquela possibilidade, teremos que admitir a existência de um quinto regime, denominado de misto, especial ou qualquer outro nome que se lhe dê. Trata-se, outrossim, de possibilidade em desuso, desconhecida não só da população como também dos Oficiais de Registro Civil. É certo que a nossa legislação consagrou quase que como regra a livre escolha do regime de bens, entretanto a expressão *que melhor lhes aprouver* deve ser restritivamente interpretada entendendo-se que a escolha, quando possível, deva recair em um dos quatro regimes ofertados pelo cardápio legislativo. É o que diz a redação inicial do parágrafo único do art. 1.640, *verbis*: *Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula.*

E o Código só regula os quatro regimes acima mencionados”³⁵⁷. Embora defensável tal ponto de vista, entendemos que a razão se acha do lado daqueles que advogam tese contrária, fundados não só na letra como também no espírito do art. 1.639 do Código Civil. Desde que a convenção pré-nupcial não contrarie a ordem pública e os bons costumes, nem tenha a velada intenção de prejudicar um dos nubentes em detrimento do outro, a autonomia da vontade permite a combinação de regimes. Ora, se os nubentes podem se casar sob um dos quatro regimes de bens (comunhão total, comunhão parcial, participação final nos aquestos, separação), por que não seria possível o casamento sob um regime misto, resultado da combinação de dois ou mais regimes predeterminados? Qual o prejuízo decorrente da combinação de regimes feita pelos nubentes? Bem se percebe, assim, que a junção de regimes não encontra óbice legal. É certo que, como pondera Rui Ribeiro de Magalhães, a combinação de regimes constitui possibilidade em desuso, desconhecida da população como também dos oficiais de registro. Entretanto, o fato de não existir, na prática, essa combinação de regimes não constitui motivo suficiente para dar guarida à tese de Rui Ribeiro de Magalhães, porquanto a redação do art. 1.639 é clara, permitindo a ampla liberdade em matéria de pacto antenupcial.

Em suma, o ordenamento jurídico não proíbe o estabelecimento de regimes mistos.

³⁵⁷ Ob. cit., p. 228.

4. Capacidade para pactuar

As partes do pacto antenupcial são os nubentes, no geral pessoas dotadas de plena capacidade civil (CC, art. 5º, *caput*). Os nubentes estão aptos a intervir no ato pessoalmente ou por intermédio de procurador. Não há óbice à celebração do pacto por meio de procurador com poderes especiais, a uma porque a lei não contém nenhuma restrição, a duas porque se o próprio casamento pode celebrar-se mediante procuração (CC, art. 1.542, *caput*), não há razão plausível para impedir a intervenção de procurador na lavratura de pacto. Se os nubentes forem representados por procurador, o mandato, sobre não poder ser outorgado verbalmente, deverá ser por instrumento público (CC, art. 657).

Dissemos no parágrafo anterior que as partes são, no geral, pessoas dotadas de plena capacidade civil. Não há confundir, porém, a capacidade civil com a capacidade para o casamento, isso porque o art. 1.517, *caput*, do Código Civil outorga capacidade matrimonial para os jovens com dezesseis anos de idade. Diz o art. 1.517 que “O homem e a mulher com dezesseis podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. No regime da lei anterior, o legislador havia dado tratamento diferenciado aos homens. Estes somente poderiam contrair matrimônio se tivessem completado dezoito anos (CC., art. 183, inc. XII), diversamente das mulheres, cuja idade núbil fora fixada em

dezesseis anos. O novo Código, ao revés, fixou em dezesseis anos a capacidade de núbil para o homem e para a mulher.

Embora os jovens com dezesseis anos não tenham atingido, ainda, a plena capacidade civil, o Código Reale possibilita a união matrimonial, condicionada, é claro, à anuência dos pais ou dos representantes legais. Pois bem, se tais jovens têm capacidade para contrair casamentos, também o tem para celebrar pactos. Se podem o mais, que é a união matrimonial, podem o menos, que é a celebração de pactos. Trata-se de regra tradicional segundo a qual *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Na França, a capacidade para celebrar matrimônio segue a mesma sorte, a teor do art. 1398 do Código Civil francês³⁵⁸.

É verdade que o Código Civil revogado nada dizia, no título relativo ao regime de bens entre os cônjuges, acerca da possibilidade de os menores celebrarem pactos antenupciais, mas expressiva doutrina considerava possível o ato, desde que contasse com a assistência de seus representantes³⁵⁹. A única voz discordante era Caio Mário da Silva Pereira, segundo quem a assistência do pai ou tutor se mostrava desnecessária, porquanto “a anuência para o ato principal (matrimônio) induz e pressupõe o consentimento para os que lhe são

³⁵⁸ Art. 1398: “O menor hábil para contrair matrimônio é hábil para consentir em todas as convenções de que esse contrato é suscetível e as convenções e doações que haja feito são válidas, sempre que tenha sido assistido no contrato pelas pessoas cujo consentimento é necessário para a validade do matrimônio”.

³⁵⁹ Lafayette Rodrigues Pereira, ob. cit., p. 163; Pontes de Miranda, ob. cit., tomo VIII, p. 227; Carvalho Santos, ob. cit., p. 8; Eduardo Espínola, ob. cit., p. 362; San Tiago Dantas, ob. cit., p. 268; Orlando Gomes, ob. cit., p. 168; Antônio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, tomo 1, p. 391.

correlatos ou acessórios (na hipótese, o pacto antenupcial)”³⁶⁰. O assunto está, atualmente, superado, na medida em que o art. 1.654 do novo Código Civil estatui que 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. Assim, se um menor de 17 anos quiser celebrar pacto antenupcial, seus pais deverão assisti-lo, nos termos do art. 1.654.

Mas é bom frisar que o comparecimento dos pais não se limita a assistir ao filho menor de 18 anos. O pacto depende da aprovação dos representantes legais (pais, tutores ou curadores), sob pena de ineficácia. Não aprovado o pacto, o casamento se realizará pelo regime da comunhão parcial. Agiu acertadamente o legislador ao condicionar a eficácia do pacto à aprovação dos representantes legais. Ninguém melhor do que os representantes legais para intuir o que é melhor para o representado. A aprovação ou a desaprovação do pacto é feita, presumivelmente, no exclusivo interesse do nubente. Poder-se-ia argumentar com o fato de que a aprovação não passaria de excesso de zelo por parte do legislador, pois se os representantes não estivessem de acordo com as cláusulas do pacto, bastaria a eles revogar a autorização para casamento, nos termos do art. 1.518 do Código Civil. Contudo, obtempere-se, com Pontes de Miranda, que assentir no casamento não é assentir nos pactos antenupciais, justamente porque “se houve a retratação de que fala o art. 187³⁶¹, é possível o suprimento judicial do assentimento, e o casamento, uma vez realizado, dará toda a vida e toda a validade ao pacto antenupcial”³⁶².

³⁶⁰ Ob. cit., p. 146.

³⁶¹ Refere-se ao Código Civil de 1916, hoje correspondente ao art. 1.518 do Novo Código Civil.

³⁶² Ob. cit., tomo VIII, p. 228.

Podemos concluir este item dizendo que quem tem capacidade para casar tem capacidade para celebrar pactos antenupciais (*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*). Quanto aos relativamente incapazes, deverão ser assistidos por seus representantes legais, porém não basta a assistência. A lei impõe a aprovação destes como condição de eficácia dos pactos antenupciais.

5. Momento e lugar da celebração do pacto

Há um momento na lei para a celebração do pacto antenupcial, e esse momento está descrito no art. 1.639, *caput*, do CC: *antes* da realização do matrimônio. Não é possível a celebração nem durante nem após as bodas.

O art. 1.639 prevê o seguinte: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. A estipulação a que se refere o dispositivo legal é, sem dúvida, o pacto antenupcial. O momento, pois, é sempre anterior ao casamento.

Como bem salienta Débora Gozzo, o pacto antenupcial, diferentemente da maioria ou senão da totalidade dos negócios jurídicos, “tem, precisado por lei, o momento no qual os nubentes podem celebrá-lo, ou seja, *antes* do seu casamento” ³⁶³. De fato, enquanto em outros negócios jurídicos as partes são livres para celebrá-los a qualquer momento, no caso dos pactos, ao revés, a lei demarca um período além do qual não cabe mais a celebração.

De se perguntar, mesmo assim, como ficaria a situação se os cônjuges, após o casamento, viessem a celebrar um pacto pós-nupcial? Washington de Barros Monteiro ³⁶⁴ e Débora Gozzo ³⁶⁵ sustentam a nulidade do pacto realizado após as bodas. No direito comparado, Louis Josserand ³⁶⁶ assevera que é nulo o pacto concluído posteriormente à celebração do casamento. É também a nossa opinião. A lei faculta aos nubentes a celebração de pactos *antes* do casamento. Daí ser nulo o pacto firmado após as bodas. Dessa forma, ou o pacto se faz antes do casamento, daí a denominação pacto *antenupcial*, ou então o regime patrimonial a vigorar entre os cônjuges é o da comunhão parcial, nos termos da lei, salvo as exceções do art. 1.641.

Uma vez celebrado o casamento, não se admite a alteração do pacto – bem entendido, do próprio pacto, não do regime patrimonial. Vale dizer, não é lícito aos cônjuges celebrar nova escritura, agora com o exclusivo escopo de alterar o regime patrimonial pactuado. O que eles podem fazer, mercê do disposto no art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil, é requerer conjuntamente a alteração do regime patrimonial. No direito comparado, nem todas as legislações seguem o modelo brasileiro. É o caso, por exemplo, da Espanha, país cujo ordenamento jurídico permite a modificação do pacto após o casamento, nos termos da Lei de 2 de maio de 1975. O mesmo sucede com o direito alemão, por força do disposto no parágrafo 1408 do BGB, que prevê a possibilidade de modificação do pacto após o casamento. O art. 1408 estabelece o seguinte: “Os cônjuges podem regular as suas relações jurídico-patrimoniais por

³⁶³ Ob. cit., p. 49.

³⁶⁴ Ob. cit., p. 190.

³⁶⁵ Ob. cit., p. 49.

³⁶⁶ Ob. cit., p. 287.

contrato (contrato nupcial), em particular também depois da celebração do casamento, invalidar ou modificar o regime de bens”.

Em suma, os pactos somente poderão ser celebrados *antes* do matrimônio. Não existe no ordenamento pátrio a possibilidade de os cônjuges celebrarem pacto após o enlace matrimonial. Disso resulta a seguinte conclusão: não importa o tempo que medeie entre a realização do pacto e a celebração do casamento. O importante é que o pacto seja elaborado *antes* das bodas. Aliás, Pontes de Miranda examina a hipótese em que os noivos celebram pacto, mas rompem o noivado, só o reatando muito tempo depois. O jurista indaga se esse pacto é eficaz se houver casamento, respondendo afirmativamente, ao argumento de que a reconciliação tem o efeito de restaurar o que foi convencionado no pacto, porquanto “o que se há de entender é a permanência de tudo que se estabeleceu entre os noivos, com a finalidade matrimonial”³⁶⁷.

Relembre-se que o ordenamento brasileiro não fixa prazo de validade do pacto, diferentemente de outros países, como é o caso de Portugal, onde o Código Civil lusitano, no art. 1716, assina o prazo de um ano para a celebração do casamento: “*A convenção caduca se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo*” (destacamos). Como a lei brasileira não adota tal modelo, há quem entenda possível o ajuizamento de ação de nulidade, por qualquer dos pactuantes, após o decurso de prazo razoável para a concretização das núpcias³⁶⁸. Nada obstante a prestigiosa opinião de Caio Mário, a lei civil é omissa a respeito do assunto, de tal sorte que, fa-

³⁶⁷ Ob. cit., vol. VIII, p. 237.

³⁶⁸ Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 145.

zendo coro à lição de Eduardo Espínola ³⁶⁹, entendemos que enquanto durar o noivado ou estiver de pé a promessa de casamento, o pacto está apto a gerar efeitos após as bodas.

Visto o *momento* da celebração dos pactos, resta saber em que *lugar* eles poderão ser formalizados. A indagação é pertinente, uma vez que a lei civil alude apenas ao *momento* da celebração, mas não especifica o *lugar* da celebração. Daí caber a seguinte pergunta: o pacto deverá ser formalizado no domicílio do nubente, ou no da nubente, ou no de ambos, ou então no lugar da celebração do casamento? Partindo-se do pressuposto de que ambos os noivos sejam brasileiros e tenham domicílio no Brasil, a escritura de pacto poderá ser lavrada em qualquer domicílio indistintamente. É o que sucede, *mutatis mutandis*, com a escritura pública de compra e venda de imóvel.

E se os nubentes forem estrangeiros? Se forem estrangeiros, mas tiverem domicílio no Brasil, será observada a legislação brasileira, uma vez que o art. 7º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil é incisivo ao estatuir: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. E quanto ao regime de bens, observar-se-á o § 4º desse mesmo dispositivo: “O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei dos países em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal”. Isso significa dizer que fica vedado ao estrangeiro domiciliado no Brasil

³⁶⁹ Ob. cit., p. 367, nota de rodapé 462.

escolher outro regime que não seja o regime estabelecido pela lei brasileira. Vale observar que Serpa Lopes, tratando justamente desse assunto, escreveu: “Parece-nos que não é dado aos nubentes estabelecerem a subordinação do seu regime de bens no casamento a uma lei diversa da resultante da sua lei pessoal. A um cidadão domiciliado em nosso País, a despeito de poder pactuar o regime de bens que lhe convier, não é facultado, contudo, estabelecer, contratualmente, a subordinação do regime de bens a qualquer outra lei, que não a do seu domicílio” ³⁷⁰.

6. Forma dos pactos

É da substância do ato a escritura pública. Não é possível celebrar-se pacto por simples documento particular. O Código Civil de 2002, a exemplo do Código de 1916, exige expressamente a lavratura de escritura pública, sob pena de nulidade do ato.

Assim dispõe o art. 1.653: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. A nulidade que ocorre na espécie está em perfeita harmonia com o art. 166, inc. IV, do Código Civil, *in verbis*: “É nulo o negócio jurídico quando: não revestir a forma prescrita em lei”. A legislação de outros países também exige a cele-

³⁷⁰ *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, p. 120.

bração do pacto por instrumento público, como é o caso do Código Civil francês (art. 1394, § 1º).

Justificável a exigência de escritura pública. Dada a magnitude da instituição matrimonial, o legislador entendeu que a convenção que vier a tratar do regime matrimonial terá plena higidez somente se for formalizada por escritura pública. A propósito do assunto, já advertia Lafayette Rodrigues Pereira que a escritura pública “é determinada pela necessidade de dar a maior firmeza e segurança a esses pactos, os quais, pela importância dos direitos que regulam, interessam profundamente à sociedade civil” ³⁷¹. Demais disso, um outro motivo, bem observado por Antunes Varela, justifica a imposição legal: “A grande vantagem de obrigar os nubentes a reflectir sobre as cláusulas do regime que vão adoptar e de facilitar a prova dos termos exactos do acordo a que chegaram” ³⁷². Jossérand ³⁷³ alude, igualmente, à prova, dizendo que a intervenção do notário tem a vantagem de guiar as partes na confecção de um ato importante e completo, além de assegurar a conservação do documento. No direito comparado, o Código Civil uruguaio dispensa a feitura de pacto por escritura pública se os bens não superarem determinado valor, ou se forem relativos a bens de raiz. É o que prevê o art. 1943: “Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura, so pena de nulidad, si el valor de los bienes aportados por cualquiera de los esposos pasare de 500 Unidades

³⁷¹ Ob. cit., p. 164.

³⁷² Ob. cit., p. 366.

³⁷³ Ob. cit., p. 280.

Reajustables o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces. Fuera de los dos casos expresados, bastará para la validez que las convenciones matrimoniales consten por escritura privada firmada por las partes y tres testigos domiciliados en el Departamento. No surtirán efecto contra terceros mientras no sean inscritas en el correspondientes Registro”.

No Brasil, porém, não há exceção. A escritura pública é sempre necessária. O escrito particular, por mais que contenha um detalhado regramento acerca do regime de bens a vigorar durante o consórcio matrimonial, não é suficiente para emprestar-lhe validade. Assim, ainda que os nubentes ajustem mediante escrito particular o regime da comunhão universal de bens, e ainda que esse regime conste do assento de casamento, vigorará, *ex vi legis*, o regime da comunhão parcial (CC, art. 1.640, *caput*).

Por outro lado, o pacto celebrado sem a observância da forma prescrita em lei não é suscetível de confirmação nem de convalidação pelo decurso do tempo (CC, art. 169).

A escritura pública, como visto, é necessária para a validade do ato, sob pena de nulidade. Não basta, porém, só a escritura pública. É preciso que o pacto observe os demais requisitos exigidos pela lei para a validade do negócio jurídico (CC, art. 104).

Além disso, ainda que feito por escritura pública, o pacto será nulo se contrariar disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655), conforme veremos oportunamente.

Para que os futuros cônjuges não enfrentem problemas relacionados ao regime de bens, é mister que o oficial do registro tenha sempre em mente o disposto no art. 1.528 do novo Código Civil ³⁷⁴, esclarecendo os nubentes sobre os quatro regimes econômicos previstos na lei, além de informar-lhes que, não adotado o regime legal, é mister a formalização de pacto antenupcial.

7. Objeto dos pactos

É válido observar, preliminarmente, que o pacto exige a observância dos requisitos de validade previstos no art. 104, incs. I a III, do novo Código Civil. Um desses requisitos é o objeto, indicado no inc. III: a validade do negócio jurídico requer “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”. Se o objeto não for dotado de tais características, é evidente que o pacto, por não se ajustar ao enunciado do art. 104, inc. III, do Código Civil, ficará sujeito à declaração de nulidade, nos termos do art. 166 do mesmo diploma legal.

³⁷⁴ Art. 1.528: “É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes legais”.

O objeto dos pactos são as estipulações atinentes às relações econômicas entre os cônjuges. Sem dúvida, a lei civil contempla como objeto do pacto apenas as relações eminentemente patrimoniais entre os consortes. Basta ver que o art. 1.639 diz ser lícito aos nubentes estipular, quanto *aos bens*, o que melhor lhes aprouver. A lei elege os *bens* como o objeto do pacto. Assim, se nubentes quiserem ajustar convenção relativa a seus bens presentes ou futuros, poderão lançar mão do pacto antenupcial, seja escolhendo um dos regimes preestabelecidos pela lei, seja fazendo a mesclagem dos quatro regimes patrimoniais. Pouco importa se, no momento do ajuste, os nubentes não tenham bens particulares, ou, ao revés, possuam bens de reduzida expressão monetária, porque a lei não condiciona a celebração do pacto à prévia aquisição de bens móveis ou imóveis. Além dos mais, como o ajuste não é direcionado apenas para o presente, mas também para o futuro, é natural que os nubentes tenham liberdade para celebrar convenção atinente aos seus exclusivos interesses econômicos.

É forçoso concluir, portanto, que apenas as relações patrimoniais ficam abrangidas pelas convenções antenupciais. Afinal, se o pacto, como já se disse, persegue unicamente a finalidade de regular as relações patrimoniais entre os futuros cônjuges, escapa de seu objeto, por óbvio, as questões de caráter nitidamente pessoal. Ao ser falar em *relações patrimoniais entre os futuros cônjuges*, subentende-se *relações patrimoniais ligadas ao regime de bens*.

As questões de caráter pessoal, ainda que relevantes, estão excluídas da convenção antenupcial. Como bem adverte Washington de Barros Monteiro³⁷⁵, os nubentes devem ater-se tão-somente às questões econômicas, deixando de lado as estipulações sobre direitos conjugais, paternos e maternos, no que é seguido por outros autores³⁷⁶. Tais estipulações, ainda que não venham a prejudicar o direito das partes, estão fora do âmbito pactício.

Ao tempo da vigência do Código Civil de 1916, o art. 257, inc. I, considerava não escrita a cláusula que viesse a prejudicar os direitos conjugais, ou os paternos, disposição não repetida pelo art. 1.655 do novo Código, mas nem por isso suprimida de seu bojo, porque seria pouco provável que o legislador permitisse, doravante, o resignado ultraje a direitos conjugais ou a direitos paternos e maternos.

O importante é ressaltar que a lei não possibilita aos futuros cônjuges estabelecerem cláusulas que digam respeito a questões estranhas ao regime de bens, mesmo que ligadas à união matrimonial, tais como exercício exclusivo do poder familiar por um dos cônjuges, proibição de um destes freqüentar a casa de determinados parentes, etc. Voltaremos ao assunto oportunamente (v. *infra*, n. 8).

Antes de encerrar este item, convém abordar um assunto polêmico, alvo de controvérsia na doutrina: os chamados pactos sucessórios. No direito ante-

³⁷⁵ Ob. cit., p. 193.

³⁷⁶ Orlando Gomes, ob. cit., 168; Maria Helena Diniz, *Curso...*, p. 147.

rior ao Código Civil de 1916, o tema era objeto de acesa discussão doutrinária, segundo informa Carvalho Santos³⁷⁷. Esse autor informava que, naquela época, havia três correntes doutrinárias: a primeira sustentando a impossibilidade de os nubentes firmarem pactos sucessórios; a segunda corrente considerando-os válidos, desde que passíveis de revogação como os testamentos; a terceira também considerando válidos tais pactos, sujeitos, no entanto, à revogação por mútuo consenso das partes. Carvalho Santos, após fazer um detalhado e profundo estudo sobre o assunto, citando a posição de renomados autores nacionais, tais como Rui Barbosa, Lafayette Rodrigues Pereira, Clóvis Bevilacqua, João Mendes, Eduardo Espínola, Estêvão de Almeida, Carvalho Mourão, concluiu que o art. 1.089 do Código de 1916 resolveu satisfatoriamente a divergência doutrinária, proibindo a celebração de contrato relativo a herança de pessoa viva. E Carvalho Santos arremata o assunto, salientando: “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. Vale dizer: 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 suces-

³⁷⁷ Ob. cit., p. 14.

são, seja em relação a eles mesmos na sucessão de seus filhos, seja em relação aos seus filhos, entre si”³⁷⁸. Mas o art. 1.089 não teve o condão de pacificar a controvérsia, pois o tema continuou a dividir a opinião da doutrina. Clóvis Bevilacqua³⁷⁹, por exemplo, apesar de enfatizar a existência do art. 1.089, disse que os nubentes poderiam estatuir cláusulas relativas à sua sucessão, desde que não prejudicassem os herdeiros necessários nem tornassem imutáveis as disposições *mortis causa*. San Tiago Dantas³⁸⁰, por sua vez, assumiu posição contrária à de Clóvis, sustentando não ser possível, no pacto antenupcial, a disposição sobre a sucessão mútua dos cônjuges, opinião também defendida por Washington de Barros Monteiro³⁸¹ e por Sílvio de Salvo Venosa³⁸², entre outros autores.

Pois aí se vê que o tema não é nada pacífico, especialmente porque o art. 426 do novo Código Civil, uma réplica do art. 1.089 do Código de 1916, não permite a celebração de contratos que tenham por meta a herança de pessoa viva.

A nosso ver, os pactos sucessórios são proibidos pelo direito brasileiro. Nesse ponto, a nossa legislação afasta-se das legislações de outras países que permitem os pactos sucessórios. É o caso de Portugal. O art. 1701, n. 1, do Código Civil lusitano prevê o seguinte: “A instituição contratual de herdeiro e

³⁷⁸ Ob. cit., p. 48-49.

³⁷⁹ Ob. cit., p. 163.

³⁸⁰ Ob. cit., p. 271.

³⁸¹ Ob. cit., p. 193-194.

³⁸² Ob. cit., p. 177.

a nomeação de legatário, feitas na convenção antenupcial em favor de qualquer dos esposados, quer pelo outro esposado, quer por terceiro, não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação, nem é lícito ao doador prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição; mas podem essas liberdades, quando feitas por terceiro, ser revogadas a todo o tempo por mútuo acordo dos contraentes”.

O nosso direito não tem disposição similar. Ao contrário. Dizendo que a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato, o art. 426 do Código Civil nada mais faz senão coibir expressamente a celebração de tais pactos. Segundo pensamos, se a intenção da lei fosse mesmo a de permitir ajustes desse calibre, por certo o capítulo concernente aos pactos antenupciais (arts. 1.653 a 1.657) teria algum dispositivo permissivo, na medida em que o legislador sabia da polêmica que cercava o assunto. Assim, para fechar este tópico, podemos dizer que, a nosso ver, os nubentes estão proibidos de celebrar ajustes de natureza sucessória, embora não seja vedada a possibilidade de recorrerem a disposições de última vontade.

8. Nulidade e ineficácia dos pactos

O Código Civil de 2002 trata de nulidade do pacto (ou de cláusula deste) e de sua ineficácia. É preciso separar, pois, *nulidade* de *ineficácia*.

Comecemos pela nulidade. Temos as nulidades de forma e as nulidades de conteúdo, isto é, as nulidades formais, que dizem respeito à própria forma do pacto antenupcial, e as nulidades substanciais, que se referem ao conteúdo de tais convenções.

O art. 1.653, 1^a parte, do novo Código Civil diz que o pacto é nulo se não for feito por escritura pública. Já vimos que a forma, quando prescrita em lei, é necessária para validade do ato. Aliás, o art. 107 consigna que a validade da declaração de vontade somente depende de forma especial quando a lei expressamente a exigir. É o caso do pacto, cujo art. 1.653, 1^a parte, impõe a escritura pública. Assim, se o pacto for feito por escrito particular, será nulo, por força dos arts. 166, inc. IV, e 1.653, ambos do novo Código. Aqui não se examina o conteúdo do pacto, mas apenas o seu aspecto formal.

Ao lado da nulidade de forma, temos a nulidade substancial, isto é, a nulidade de conteúdo. Aqui já não se examina a forma como foi realizado o pacto, porém o seu conteúdo. É dizer, o pacto, ainda que feito por escritura pública, em obediência à forma prescrita em lei, será declarado nulo, total ou parcialmente, se infringir disposição absoluta de lei. Diz o art. 1.655 do Código Civil que é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei. No regime da lei anterior, considerava-se não escrita a cláusula que contraviesse disposição absoluta de lei (CC, art. 257, inc. II). O Código atual, de forma diferente, preferiu considerar nulo o pacto ou cláusula dele que contravenha disposição absoluta de lei. Por outro lado, o novo Código

não repetiu a redação do inc. I do art. 257 do CC de 1916 (ter-se-á por não escrita a convenção ou cláusula “que prejudique os direitos conjugais ou os paternos”), no que agiu muito bem, porque quem prejudica direitos conjugais ou paternos infringe disposição absoluta de lei. Mas a redação do art. 1.655 não ficou imune a críticas, uma vez que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka pregou a desnecessidade de o legislador editar dispositivo dessa natureza, tendo em vista que, a seu ver, “não teria sido necessário que o legislador incluísse, nesse passo, regra que é de caráter absoluto e geral, uma vez que qualquer convenção, qualquer pacto – e não apenas o pacto antenupcial – que atentar contra norma de ordem pública será cravado pelo estigma da nulidade” ³⁸³.

Em matéria de pacto antenupcial, autonomia da vontade não é plena, i-limitada, encontrando freio no art. 1.655 do novo Código Civil. Como preleciona San Tiago Dantas ³⁸⁴, a propósito do art. 257 do Código revogado, lição que se mantém atual, a liberdade dos nubentes encontra-se circunscrita a uma limitação estabelecida e, como não é dado a eles contravir as disposições de direito imperativo, em matéria de regimes matrimoniais, muitas das disposições do Código Civil constituem o *jus cogens*, direito a respeito do qual não é lícito às partes derogar por sua vontade.

A infringência de disposição absoluta de lei, ou seja, a violação de norma cogente é causa de nulidade do pacto antenupcial ou de cláusula deste. Nesse ponto há divisibilidade, de tal sorte que a nulidade de uma cláusula não

³⁸³ Ob. cit., p. 254-255.

³⁸⁴ Ob. cit., p. 270.

contamina todo o pacto. No dizer acertado de Carlos Alberto Bittar Filho, “é nula a convenção que contravenha disposição absoluta de lei. A infringência de norma cogente, imperativa ou de ordem pública, tem como corolário a nulidade da convenção (CC, art. 166, VI). Mas a sanção de nulidade deve se sempre aplicada com a relativização decorrente do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, por força do qual, em sendo possível, a nulidade há de ser circunscrita à cláusula que desafie disposição absoluta de lei (CC, art. 184). Em outras palavras, *utile per inutile nom vitiatur*”³⁸⁵. Se os nubentes escolherem, por exemplo, o regime da comunhão universal de bens e, ao mesmo tempo, ajustarem que os bens imóveis poderão ser alienados sem prévia outorga conjugal, essa cláusula é nula, a teor do art. 1.647 do Código, mas a declaração de nulidade não contamina todo o pacto. É dizer, prevalece o regime da comunhão universal, excluída, porém, a cláusula violadora de disposição absoluta de lei.

Consideram-se nulas as cláusulas que: dispensem os cônjuges dos deveres de fidelidade recíproca, coabitação e mútua assistência; permitam ao marido escolher o domicílio conjugal; entreguem a um dos cônjuges, com exclusividade, o exercício do poder familiar; proíbam um dos cônjuges de visitar os seus parentes consangüíneos; impeçam a mulher de exercer atividades fora do lar; proíbam os avós de visitar os netos; deleguem a terceiros a criação e a educação da prole. Essas cláusulas são nulas por contrariarem disposição absoluta de lei. Muitas delas, aliás, ofendem não só a lei, mas sobretudo a moral e os bons costumes.

³⁸⁵ *Direito de Família e Sucessões*, p. 74.

Inclui-se no rol de proibições, a nosso ver, o ajuste que imponha a educação do filho segundo a religião de um dos cônjuges, embora prestigiosos autores tenham admitido a celebração de convenção com esse conteúdo ³⁸⁶. Afinal, se todos são iguais perante a lei, se marido e mulher têm os mesmos direitos, se a direção da sociedade conjugal compete a ambos os cônjuges, se há a mais completa igualdade entre marido e mulher no trato de questões conjugais, não se justifica privilegiar um dos cônjuges em detrimento do outro, pois, como preleciona Sílvio de Salvo Venosa ³⁸⁷, o pacto não pode admitir disposição que contrarie ou infrinja direitos fundamentais ou da personalidade.

Até aqui examinamos as nulidades. Vamos agora discorrer sobre a ineficácia do pacto antenupcial. No regime da lei anterior, o art. 256, parágrafo único, considerava nulo o pacto a que não se seguisse casamento. Pontes de Miranda ³⁸⁸ criticava severamente o dispositivo, ao argumento de que o superficial conhecimento jurídico dos legisladores não tinha atinado para o fato de que a inexistência de casamento era causa de ineficácia do pacto, jamais de nulidade. Eduardo Espínola ³⁸⁹ aduzia que não se tratava de *nulidade*, mas sim de *caducidade*.

O legislador do novo Código corrigiu a falha. Com efeito, o art. 1.653 alude a ineficácia e não a nulidade. Prescreve o art. 1.653: “É nulo o pacto

³⁸⁶ Clóvis Bevilacqua, ob. cit., p. 161; Pontes de Miranda, ob. cit., tomo VIII, p. 247.

³⁸⁷ Ob. cit., p. 177.

³⁸⁸ Ob. cit., tomo VIII, p. 237. No mesmo sentido: Orlando Gomes, ob. cit., p. 168; Débora Gozzo, ob. cit., p. 108.

³⁸⁹ Ob. cit., p. 367, nota de rodapé 462.

antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. Bem entendido, o casamento celebrado entre os próprios nubentes, porquanto, como salienta Pontes de Miranda ³⁹⁰, as pessoas podem ser as mesmas sem ser o mesmo casamento, se um dos noivos se casar com outrem.

Dessa maneira, o casamento é condição de eficácia do pacto antenupcial. É dizer: se os nubentes não levarem avante o projeto de contrair matrimônio, o pacto não ganhará foros de eficácia, será um mero escrito notarial vazio e imprestável. No magistério de Josserand, “la celebración del matrimonio no es una simple condición del contrato, y la mejor prueba de ello es que es necesaria para su eficacia, para su existencia misma; lejos de tener un carácter adventicio, constituye sua armadura; sin ella, el contrato de matrimonio no es más que um simple proyeto, a la manera por ejemplo del testamento de una persona viviente; no tiene más que un valor *eventual*” ³⁹¹.

O casamento é, pois, condição suspensiva do pacto, conforme reconhece a doutrina pátria ³⁹². Portanto, se o matrimônio não se realizar, o pacto é ineficaz, independentemente da adoção de qualquer providência judicial ou extrajudicial. Já a nulidade do pacto sujeita-se à intervenção do Poder Judiciário e à declaração de nulidade.

³⁹⁰ Ob. cit., tomo VIII, p. 261.

³⁹¹ Ob. cit., p. 286.

³⁹² Clóvis Bevilacqua, ob. cit., p. 160; Silvio Rodrigues, ob. cit., p. 174; Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 194; Orlando Gomes, ob. cit., p. 168; Maria Helena Diniz, *Curso...*, p. 146; Sílvia de Salvo Venosa, ob. cit., p. 176.

Em conclusão, podemos dizer que há sensível diferença entre nulidade e ineficácia. A nulidade é uma frontal violação à lei, quer no terreno da forma, quer no terreno do conteúdo. A eficácia, ao contrário, decorre simplesmente da não realização do casamento. E quando não ocorre o matrimônio, dá-se também a caducidade, que será examinada a seguir.

9. Caducidade dos pactos

A caducidade decorre, como regra, da não realização do matrimônio. Como já se falou acima, o casamento é condição suspensiva do pacto. Realizado o casamento, o pacto ganha eficácia; não realizado o enlace, o pacto torna-se ineficaz.

É verdade que o Código Civil não alude à caducidade dos pactos nos arts. 1.653 a 1.657, mas, mesmo assim, a doutrina, de forma unânime, reconhece que o casamento é condição de eficácia do pacto. A caducidade é, pois, corolário da não realização das bodas.

Não importa a razão pela qual os nubentes não tenham celebrado matrimônio entre si (morte, incapacidade absoluta, casamento com terceiro, etc.). Contenta-se a lei com a não realização do casamento, independentemente de sua causa.

Embora tenhamos dito acima que a caducidade do pacto decorre da não celebração de matrimônio, é mister observar que as bodas não são, em absolu-

to, a única causa capaz de provocar a caducidade. A invalidade do casamento também faz o pacto caducar. A propósito, Puig Peña ³⁹³ ensina que o pacto nupcial caduca quando o matrimônio não chega a celebrar-se ou quando, não obstante celebrado, é depois declarado nulo.

O Código Civil português, em artigo sob a rubrica “Caducidade das convenções antenupciais”, estatui o seguinte: “A convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo” (art. 1716).

A invalidade do casamento – nulidade ou anulação – gera, portanto, a caducidade do pacto, desde que ambos os cônjuges sejam considerados culpados. Se somente um deles for tido como tal, a caducidade é parcial ³⁹⁴, porque aí se trata de casamento putativo ³⁹⁵, acerca do qual Yussef Said Cahali pontifica, em relação às convenções antenupciais: “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” ³⁹⁶.

De tudo quanto foi dito sobre a caducidade, podemos extrair as seguintes conclusões: é inegável o caráter acessório do pacto em relação ao casamento. Logo, se este não for realizado, aquele não terá eficácia, sendo consi-

³⁹³ Ob. cit., p. 258.

³⁹⁴ Pontes de Miranda, ob. cit., tomo VIII, p. 261.

³⁹⁵ O casamento putativo está previsto no art. 1.561 e parágrafos do Código Civil.

³⁹⁶ *O Casamento Putativo*, p. 145. Ver também Alípio Silveira, *O Casamento Putativo no Direito Brasileiro*, p. 155-158.

derado caduco. O mesmo se dirá do casamento declarado nulo ou anulável – salvo a hipótese de putatividade –, na medida em que o pacto haverá de seguir a sorte do principal.

10. Publicidade dos pactos

O princípio da publicidade está consagrado no art. 1.657 do novo Código Civil, *in verbis*: “As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”. No mesmo sentido dispunha o art. 261 do revogado Código de 1916. A exigência do registro já aparecia no art. 331 do Projeto apresentado ao Congresso em 17 de dezembro de 1900: “As convenções antenupciaes não terão effeito para com terceiros sinão depois de registradas em livro especial, pelo official de registro predial da comarca do domicílio dos cônjuges”.

A finalidade do princípio é dar ciência a terceiros de que os cônjuges, mediante pacto antenupcial, escolheram regime patrimonial diverso do regime legal ou supletivo. Eis a razão capital pela qual a lei impõe o registro, dando publicidade a terceiros. A publicidade oriunda do registro é a que marca o começo da eficácia quanto a terceiros ³⁹⁷. Se o pacto não for levado a registro,

³⁹⁷ Pontes de Miranda, ob. cit., tomo VIII, p. 255.

obviamente não produzirá efeitos perante terceiros. É como se o casamento tivesse, quanto aos terceiros, se realizado pelo regime da comunhão parcial.

O respeito ao princípio da publicidade faz com que os terceiros se previnam em suas relações econômicas com os cônjuges. Puig Peña afirma, com propriedade, que “el contrato matrimonial se diferencia de los demás pactos de del Derecho privado en que, aparte de su valor entre los cónyuges, interesa extraordinariamente a los terceros que en el porvenir contraten con los esposos o que sean sus acreedores. No es a éstos, en efecto, indiferente el régimen que hayan adoptado los cónyuges, puesto que del mismo depende la extensión de la garantía” ³⁹⁸.

De se notar que a exigência do registro diz respeito apenas aos terceiros, não alcançando obviamente os próprios cônjuges, de sorte que, quanto a estes, é indiferente levar ou não levar o pacto a registro.

Assinala Pontes de Miranda que “a publicidade oriunda do registro é, pois, o que marca o começo da eficácia quanto a terceiros” ³⁹⁹. E mais adiante, assevera: “É de notar-se que a lei brasileira preferiu o registro de imóveis, que passa, assim, a ser lugar de publicidade para pactos talvez somente sobre móveis. Preponderância do elemento *real* sobre o elemento *pessoal*, que se vê no regime matrimonial dos bens entre os cônjuges e nos pactos antenupciais em geral” ⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Ob. cit., p. 251.

³⁹⁹ Ob. cit., p. 255.

⁴⁰⁰ Ob. cit., p. 255.

A Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos) também consagra o princípio da publicidade dos pactos antenupciais para valer contra terceiros. Com efeito, o art. 167, inc. I, n. 12, exige o registro das convenções antenupciais no Registro de Imóveis. Além disso, o inc. II, n. 1, do mesmo dispositivo manda fazer a averbação “das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento”. Como preleciona Maria Helena Diniz ⁴⁰¹, para que o pacto tenha validade *erga omnes*, é preciso que o registro seja feito no Livro 3 – Registro Auxiliar, sob pena de só subsistir nas relações entre cônjuges e herdeiros. O registro será feito no Livro 3, sem prejuízo de sua averbação obrigatória nas matrículas feitas nos Cartórios, no lugar da situação dos imóveis de propriedade dos cônjuges, ou dos que forem sendo adquiridos e sujeitos a regime de bens diverso do comum, com a declaração das respectivas cláusulas, para ciência de terceiros (Lei n. 6.015/73, art. 244).

O registro do pacto, segundo o art. 1.657 do novo Código, deverá ser feito no Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. A lei civil fala em domicílio *dos cônjuges* (e não *dos nubentes*), o que impõe, no dizer de Débora Gozzo ⁴⁰², o registro do pacto somente *após* o casamento, a partir do qual comecem a irradiar efeitos perante terceiros que não tenham participado do negócio. O entendimento de Débora Gozzo contrasta, porém, com o de magisté-

⁴⁰¹ *Sistemas de Registros de Imóveis*, p. 172.

⁴⁰² Ob. cit., p. 113.

rio de Pontes de Miranda, que admite dois momentos para o registro dos pactos: um anterior ao casamento, outro posterior. Segundo Pontes de Miranda, “o registro anterior ao casamento tem de ser no domicílio dos nubentes, se é um só; ou de ambos, se cada um tem ou seu. Pode, porém, ocorrer que só se faça depois do casamento, entendendo-se por ‘depois’ o que se fez no mesmo dia que o casamento, se se não mencionou a hora do registro”⁴⁰³. Parece mais aceitável a posição de Débora Gozzo, não só porque o art. 1.657 do Código Civil se refere, realmente, ao domicílio dos *cônjuges*, vocábulo que não guarda sinonímia com *nubentes*, pois quando o Código quer se referir a *nubentes* fá-lo expressamente (exemplo: arts. 546, 1.523, parágrafo único, 1.524, 1.525, 1.639, *caput*), como também porque o registro do pacto, antes da celebração do casamento, poderia conduzir a uma situação no mínimo curiosa caso as bodas não se realizassem, quer em razão da morte de um dos nubentes, quer em razão de outros motivos. Somem-se a esses argumentos mais um, apresentado por Washington de Barros Monteiro: sendo o pacto ineficaz se não seguido de casamento, “conclui-se que sua inscrição só se efetuará depois de celebrado o casamento”⁴⁰⁴.

Em suma, como acabamos de ver, os pactos, em relação a terceiros, somente projetarão efeitos se registrados em livro especial pelo oficial do Registro de Imóveis, nos termos do art. 1.657 do Código Civil. Entretanto, se um

⁴⁰³ Ob. cit., tomo VIII, p. 255-256.

⁴⁰⁴ Ob. cit., p. 195.

dos cônjuges for empresário, o art. 979 ainda determina o arquivamento e a averbação dos pactos no Registro Público de Empresas Mercantis ⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ É deste teor a redação do art. 979: “Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade”

CAPÍTULO VI: SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a sociedade entre cônjuges foi muito discutida na doutrina e na jurisprudência. Autores de peso repugnavam a formação de sociedade entre marido e mulher, sob o argumento de que ela, sobre ofender o poder marital, colocava em risco o regime de bens no casamento.

Carvalho de Mendonça era frontalmente contrário à possibilidade de os cônjuges contraírem sociedade comercial entre si. Dizia o mestre que “a única sociedade permitida entre esposos é a universal, resultante do regime do casamento. Não lhes é lícito contratar sociedade comercial, por ofender antes de tudo o instituto do poder marital, produzindo necessariamente a igualdade de direitos incompatível com os direitos do marido como chefe do casal. Se o casamento é sob o regime da comunhão de bens, não há vantagem na sociedade, quer relativamente aos cônjuges, quer relativamente aos credores. Quanto aos primeiros, porque os lucros dos negócios seriam comuns, houvesse ou não sociedade. Quanto aos segundos, porque as suas garantias não melhorariam. Se o casamento obedece a outro *regimen*, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns, em virtude do contrato de sociedades, bens que o ato antenupcial separara. Dar-se-ia, assim, o-

fensa à essência desses pactos. A sociedade entre esposos deve, pois, considerar-se nula. A nulidade é de ordem pública”⁴⁰⁶.

Waldemar Martins Ferreira também não via na lei nenhuma brecha para a formação de sociedade entre marido e mulher. Sustentava ele que “a repugnância por sociedade entre cônjuges é justificada. Bem hajam as inúmeras decisões judiciais que a anulem! Na generalidade dos casos, trata-se de simulação, para o marido usar firma social e, dessarte, obter crédito que não teria com sua firma individual, quando não de artifício para apoderar-se dos bens e do patrimônio da mulher, sendo de separação o regime de bens do casal”⁴⁰⁷.

Na doutrina estrangeira, Enneccerus, Kipp e Wolff⁴⁰⁸ diziam que a constituição de sociedade vulneraria a hierarquia que deve existir dentro da família, e também afetaria o regime de bens por implicar a alteração da disciplina econômica do matrimônio com a conseqüente infração ao princípio da imutabilidade do regime de bens na constância do casamento.

Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira influenciaram decididamente algumas cortes de justiça do país, a ponto de estas passarem a vedar a constituição de sociedade entre marido e mulher, consoante dá conta ementa da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

⁴⁰⁶ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, p. 118-119.

⁴⁰⁷ *Instituições de Direito Comercial*, vol. 1, tomo I, p. 299.

⁴⁰⁸ *Tratado de Derecho Civil*, 1º tomo, vol. 2º, p. 134.

*“Sociedade comercial – Marido e mulher – Inadmissibilidade.
 (...) Não se admite sociedade comercial entre marido e mulher”
 (TJSP, 5ª Câm., Agravo de petição n. 226.530, Santo André, rel.
 Dantas de Freitas, j. 13-11-1973) ⁴⁰⁹.*

Em 1962, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, alguns autores firmaram posição no sentido de que a sociedade entre marido e mulher era possível. Aderindo a essa corrente, Amador Paes de Almeida ⁴¹⁰ sustentava que, após a edição da Lei n. 4.121/62, a mulher estava legalmente autorizada a aliar-se ao marido para constituir sociedade comercial, pois tal diploma legislativo tratou de cuidar das condições da mulher casada em geral, e não apenas no campo do Direito Civil. Rubens Requião ⁴¹¹ também dizia que, após o advento do Estatuto da Mulher Casada, nada mais impedia que a mulher se associasse ao marido para o exercício da atividade empresarial constituída sob a forma de sociedade por cotas, desde que não houvesse abuso da personalidade jurídica da sociedade.

A segunda corrente encontrou eco em alguns tribunais do país. Em São Paulo, o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo passou a decidir nestes termos:

⁴⁰⁹ RT, 468/69. No mesmo sentido: RT, 484/149, 444/142, 418/213.

⁴¹⁰ *Manual das Sociedades Comerciais*, p. 43-44.

⁴¹¹ *Curso de Direito Comercial*, p. 323.

“Sociedade comercial – Responsabilidade limitada – Marido e mulher – Admissibilidade – Impugnação rejeitada. (...) Após a Lei 4.121/62, admite-se a participação exclusiva de marido e mulher em sociedade por cotas” (2ª Câmara, Apelação n. 97.929, São Paulo, rel. Carvalho Pinto, j. 1º-9-1980) ⁴¹².

Entre uma e outra corrente doutrinária, João Eunápio Borges ⁴¹³ assumiu posição intermediária, entendendo de rigor o exame de cada caso concreto para verificar se a sociedade representava ou não ofensa a qualquer dos princípios estabelecidos pela lei.

O legislador do Código Civil de 2002, não desconhecendo o dissenso doutrinário e jurisprudencial lavrado em torno do tema, preferiu acabar de vez com a celeuma, editando a norma do art. 977, *in verbis*: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”. É dizer, o legislador de 2002, numa só penada, tomou partido da discussão e se posicionou favorável à formação de sociedade entre marido e mulher, desde que estes não sejam casados pelo regime da comunhão universal ou, então, pelo regime da separação obrigatória de bens (CC, art. 1.641).

Ricardo Fiuza, relator do projeto na Câmara dos Deputados, explica didaticamente as razões pelas quais os regimes de comunhão universal e de se-

⁴¹² RT, 544/149. No mesmo sentido: RT 529/113, 493/86, 477/154, 458/125.

⁴¹³ *Curso de Direito Comercial Terrestre*, p. 139.

paração obrigatória de bens impedem a formação de sociedade: “No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria uma espécie de ficção, já que a titularidade das quotas do capital de cada cônjuge na sociedade não estaria patrimonialmente separada no âmbito da sociedade conjugal, da mesma maneira que todos os demais bens não excluídos pelo art. 1.668, a ambos pertencentes. No que tange ao regime da separação obrigatória, a vedação ocorre por disposição legal, nos casos em que sobre o casamento possam ser levantadas dúvidas ou questionamentos acerca do cumprimento das formalidades ou pela avançada idade de qualquer dos cônjuges” ⁴¹⁴. A despeito das ponderações de Fiuza, Manuel de Queiroz Pereira Calças, em tese de doutoramento apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, reputa evidente o retrocesso, pois não há qualquer justificativa para a alteração do entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, permissiva da contratação de sociedade limitada entre cônjuges, acrescentando: “Pensamos que o artigo 977 do Código Civil deveria, simplesmente, facultar aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, sem fazer qualquer restrição relacionada com o regime matrimonial dos contratante, matéria que deve ser regulada pelo direito de família” ⁴¹⁵, opinião à qual aderimos, porquanto a ingerência do legislador reduz a liberdade dos cônjuges, afetando a autonomia da vontade. Seja como for, o legislador autorizou a contratação somente se os cônjuges forem casados pelos regimes de comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação convencional de bens.

⁴¹⁴ *Novo Código Civil Comentado*, p. 882-883.

⁴¹⁵ *Sociedade Limitada no Código Reale*, p. 89/90.

Dessa forma, a partir de 11 de janeiro de 2003, toda a discussão a respeito do assunto se tornou estéril, porque o novo Código permitiu a formação de sociedade entre marido e mulher nas hipóteses em que especifica.

Conforme vimos acima, a contratação somente será vedada por lei se o regime patrimonial for o da comunhão universal ou o da separação obrigatória de bens. *A contrario sensu*, nos outros regimes de bens os cônjuges têm total liberdade para contratar sociedade entre si, mas desde que não haja, como adverte Ricardo Fiuza ⁴¹⁶, abuso da personalidade jurídica societária com a intenção de prejudicar credores.

Se a sociedade se desviar de sua finalidade, causando prejuízos a terceiros, a solução será ou a aplicação do art. 50 do novo Código Civil ⁴¹⁷, com a desconsideração da pessoa jurídica, ou, em hipótese extrema, a dissolução judicial da sociedade, tarefa que poderá ficar a cargo do Ministério Público se a conduta perpetrada pelos sócios violar interesses difusos ou coletivos. Aliás, foi Rubens Requião ⁴¹⁸, ao que parece, o primeiro autor brasileiro a divulgar, entre nós, a desconsideração da personalidade jurídica.

O tema suscita, por outro lado, discussão a respeito do alcance do art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil. Já vimos que a nova codificação, rompendo com o sistema do velho Código, admite excepcionalmente a alteração do

⁴¹⁶ Ob. cit., p. 883.

⁴¹⁷ Art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

⁴¹⁸ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, p. 20.

regime de bens. Para que isso seja possível, é preciso que o pedido, formulado por ambos os cônjuges, indique as razões dessa alteração. Nesse contexto, o casal tem a oportunidade de alcançar a mudança do regime de comunhão universal para o da comunhão parcial, o que lhe proporcionará constituir sociedade. E mesmo que o casamento tenha ocorrido pelo regime da separação obrigatória de bens, a alteração será possível, segundo o nosso pensar, desde que os cônjuges, no caso concreto, exponham claramente as razões determinantes da mudança.

Assim sendo, ao deferir o pedido de alteração do regime de bens, o juiz deverá tomar as necessárias cautelas para impedir que os cônjuges lancem mão de expediente altamente nocivo ao interesse de terceiros.

Em conclusão, a formação de sociedade entre cônjuges está inequivocamente garantida pelo comando do art. 977 do Código Civil, e tem ela a finalidade de fomentar a atividade econômica, gerar empregos, beneficiar a coletividade, os próprios cônjuges e seus descendentes.

CONCLUSÕES

De um modo geral, as Constituições brasileiras sempre deram atenção e importância à família, base de nossa sociedade. Mas a Constituição Federal de 1988 foi mais longe, reconhecendo não só a família nascida do casamento, como também a família formada pela união estável entre homem e mulher. Além disso, a Constituição Federal reconheceu a família monoparental como entidade familiar.

A Constituição Federal atual rompeu com a ordem jurídica anterior em matéria de relações familiares. A partir da promulgação da *Constituição Cidadã*, denominação cunhada por Ulisses Guimarães, homens e mulheres passaram a ter, dentro da sociedade conjugal, os mesmos direitos e deveres. O constituinte reconheceu, de um lado, a plena igualdade conjugal, não permitindo que o marido tivesse mais direitos ou privilégios do que a mulher. De outro, extinguiu a odiosa discriminação que havia entre filhos legítimos e filhos ilegítimos, colocando-os no mesmo patamar jurídico. Ademais, a Constituição Federal vedou quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, proibindo, assim, que os filhos nascidos de relacionamentos adulterinos ou incestuosos fossem chamados de ilegítimos, bastardos, etc.

Tudo isso ocorreu em razão do reconhecimento estatal do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, seguindo os ditames constitucionais, conferiu a ambos cônjuges a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família; entregou a direção da sociedade conjugal ao marido e à mulher; facultou a um dos nubentes acrescentar ao seu sobrenome o sobrenome do outro; extinguiu o regime dotal; criou o regime de participação final nos aquestos; adotou o princípio da mutabilidade justificada dos regimes de bens; concedeu a qualquer dos cônjuges o direito de administrar os bens comuns; incluiu o cônjuge como herdeiro necessário. Esses exemplos são provas eloqüentes de que o novo Código Civil não se limitou a repetir dispositivos do Código Civil revogado.

O novo Código Civil não se preocupou apenas com as relações conjugais. A união estável também recebeu regulamentação legal nos arts. 1.723 a 1.727, fato inédito em nosso direito positivado, tendo o legislador disciplinado tanto as relações pessoais entre os companheiros quanto as relações patrimoniais. Quanto a estas, o novo Código mandou aplicar no que couber, na falta de contrato escrito entre os companheiros, o regime da comunhão parcial de bens.

Esta tese examinou, à luz do direito comparado, o regime de bens no casamento, com especial ênfase ao novo regime instituído pelo legislador: regime de participação final nos aqüestos.

É inegável a importância do regime matrimonial de bens, já que através dele se regulamentam as relações econômicas entre os cônjuges durante a vigência da sociedade conjugal. Aliás, *casamento* e *regime de bens* são institutos indissociáveis. Não existe casamento sem regime de bens, a ponto de o ordenamento jurídico tornar obrigatória a prévia escolha do regime patrimonial.

A lei põe à disposição dos nubentes uma variedade de regimes de bens: comunhão parcial; comunhão universal; participação final nos aqüestos; separação de bens. Uns são regimes comunitários; outros, não comunitários.

A separação de bens é regime não comunitário, porque afasta a comunicabilidade de patrimônios. O regime de participação final nos aqüestos é híbrido: enquanto perdurar a sociedade conjugal, orienta-se pelas regras dos regimens não comunitários; dissolvida a sociedade conjugal, o regime transmuta-se em comunitário quanto aos aqüestos. Os demais regimes são comunitários.

De acordo com o ordenamento jurídico, a escolha do regime de comunhão parcial dispensa a celebração de pacto antenupcial, embora os nubentes possam ajustar cláusulas pactícias a respeito da administração e da disposição

de bens particulares. Optando os nubentes por outro regime (*v.g.*, participação final nos aqüestos), o pacto é obrigatório. Situações particulares exigem, porém, a observância do regime da separação obrigatória, dispensada a celebração de pacto.

O legislador orientou-se, quanto ao regime de bens, por três importantes princípios: 1) variedade do regime de bens; 2) liberdade dos pactos antenupciais; 3) mutabilidade do regime de bens.

O primeiro princípio permite aos nubentes escolherem o regime matrimonial de bens. No direito comparado, Alemanha, Espanha e Portugal consagram o mesmo princípio. A variedade é justificada em atenção aos interesses dos próprios cônjuges, pois é sabido que o casal não partilha só vidas e experiências pessoais, mas também interesses econômicos.

Quanto ao segundo princípio, a lei consagra, em matéria de pacto, a autonomia da vontade, conferindo aos nubentes a faculdade de pactuar o que melhor lhes convier, sempre no interesse do casal e da prole, sendo possível até mesmo a combinação de regimes de bens (*v.g.*, comunhão universal com comunhão parcial).

O último princípio é novidade no Brasil, embora não o seja em países como Alemanha, França, Itália, Espanha. Permitiu expressamente o legislador, no art. 1.639, § 2º, a mutabilidade justificada ou temperada do regime de bens. Razões superiores, ditadas pelos cônjuges e expostas à autoridade judi-

ciária, justificam a alteração do regime de bens. Considerando que o pedido não pode ser feito por um único cônjuge, exigindo a presença de ambos, não é dado ao juiz suprir o consentimento daquele que não tenha concordado com a alteração do regime de bens.

O regime matrimonial de bens é um tema rico e empolgante, espraian-do-se Brasil afora. Como vimos no Capítulo III, as legislações de outros paí-ses regulam, cada qual a sua maneira, com suas especificidades, o regime de bens entre os cônjuges, adotando, porém, em linhas gerais ou o regime comu-nitário (comunhão) ou o regime não comunitário (separação).

Aliás, foi inspirado no direito comparado que o legislador pátrio institu-iu o regime de participação final nos aqüestos, uma mescla de dois outros re-gimes patrimoniais: separação de bens e comunhão parcial. Países como A-lemanha, Áustria e Suíça o adotam, embora sob a feição de regime legal, se não houver convenção matrimonial.

No Brasil o regime de participação final depende da celebração de pac-to antenupcial. Importa o novo regime na comunicação, após a dissolução da sociedade conjugal, de bens – chamados *aqüestos* – adquiridos na constância do matrimônio. Embora os dicionários atribuam à palavra *aqüestos* o signifi-cado de bens adquiridos na vigência do casamento, a verdade é o legislador somente considerou *aqüestos* os bens adquiridos *onerosamente* pelo casal no curso do matrimônio. Assim, os bens recebidos por força de doação ou testa-mento não se consideram *aqüestos*.

Trata-se de regime híbrido, marcado pela independente gestão patrimonial durante o casamento, como se os cônjuges tivessem adotado o regime da separação de bens. Há quem diga que, durante o curso do casamento, os cônjuges se comportam como se fossem solteiros, opinião com qual não concordamos, porquanto a independência na disposição de bens não é tão ilimitada a ponto de dispensar a anuência do cônjuge não proprietário do patrimônio imobiliário.

Ao mesmo tempo que criou o regime de participação final nos aqüestos, o legislador aboliu o regime dotal, praticamente ignorado pela grande massa populacional. Resta saber se, em relação ao novo regime, ele cairá na simpatia do povo ou, ao revés, terá o mesmo destino do regime dotal: o desprezo popular.

Só o tempo dirá se ele vai vingar, embora sejamos forçados a aderir à posição dos que afirmam que dificilmente o novo regime terá boa acolhida entre nós, diante de sua estrutura complexa, dificuldade em se apurar o montante dos aqüestos e os elevados custos envolvidos na sua operacionalidade.

Nos dois últimos capítulos desta tese examinamos, respectivamente, os pactos antenupciais e a constituição de sociedade entre os cônjuges. Trata-se de temas bastante oportunos por envolverem questões patrimoniais.

É sabido que os pactos antenupciais se destinam a regular as futuras relações econômicas entre os cônjuges. Ou seja, os pactos têm a finalidade

essencial de disciplinar o estatuto matrimonial de bens a vigorar entre marido e mulher durante a constância do casamento. Daí por que julgamos adequado abrir um capítulo para tratar do assunto.

O último capítulo é reservado a assunto que, antes do novo Código Civil, representava verdadeira *vexata quaestio*: a constituição de sociedade entre cônjuges. Havia muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de os cônjuges formarem sociedade entre si. O novo Código acabou com a polêmica, autorizando a formação de sociedade entre marido e mulher, desde que o regime de bens não seja o da comunhão universal de bens ou o da separação obrigatória de bens (CC, art. 977). Mas o legislador bem que poderia, seguindo a tendência das modernas legislações, permitir a contratação de sociedade, independentemente do regime de bens adotado pelos cônjuges.

Anote-se, para concluir, que o regime matrimonial de bens, sem embargo de sua importância para a sociedade conjugal, não pode sobrelevar a essência do casamento, que é união de vidas e de almas, essência espiritual marcada pela cumplicidade de dois seres que, na alegria e na dor, se entendem, se amam, se consideram, e põem os sentimentos acima das questões patrimoniais. Afinal de contas, o regime de bens é consequência e não finalidade do casamento.

BIBLIOGRAFIA

ALMADA, Ney de Mello. *Direito de Família*, vol. 1. São Paulo: Brasiliense, [1987?].

ALMEIDA. Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. 8^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

AMORIM, Sebastião, OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e Partilhas*. 15^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

ANTUNES VARELA, João de Matos, e PIRES DE LIMA, Fernando Andrade. *Código Civil Anotado*, vol. IV. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1992.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito da Família- I- Direito Matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação: Ricardo Fiuza. 1^a ed., 10^a tir. São Paulo: Editora Saraiva.

AZEVEDO. Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio*. São Paulo: Editora Saraiva, 1973.

BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, II – Derechos de la personalidad – Derecho de familia – Derechos reales, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1967.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, tomo I, Direito Intertemporal. Max Limonad, 1957.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1985.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil – Familia – I*. 9ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1964.

BORGUI, Hélio. *Casamento e União estável – formação, eficácia e dissolução*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

BOULANGER, Jean, e RIPERT, Georges. *Tratado de Derecho Civil – segun el tratado de Planiol*, tomo II, vol. I, e tomo IX. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 1965.

BRUTAU. José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, volume I – El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1967.

CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. A comunhão de aqüestos no regime da separação de bens. *Família e Casamento: Doutrina e Jurisprudência*. Coordenador: Yussef Said Cahali. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. *O Casamento Putativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no Código Reale*. Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação de Fabio Ulhoa Coelho, 2002.

CAMPOS, Adelina Bitelli Dias. Distinção entre companheira e concubina - Efeitos patrimoniais. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 156, out./dez., p. 93-95, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil, La Famille, Les Incapacités*, tomo 2. Paris: PUF, 1983.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano Editore, 1958.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III. 4ª ed.: Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1945.

CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, tomo I. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *Curso de Direito de Família – Direito Matrimonial*. [Coimbra]: Atlântida Editora, 1965.

COLIN, Ambroise, e CAPITANT, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil francés* – tomo 4. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CORNU, Gérard. *Les Régimes Matrimoniaux*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, vol. I. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1953.

CORREIA, Belize Câmara. O direito de família sumulado frente ao novo Código Civil. *Revista da ESMape* (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), vol. 8, n. 18, Jul./Dez. 2003, p. 175-201.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, tomo I, anotado por Alceu C. Fernandes. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e Sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

DAVID, René. *Tratado de Derecho Civil Comparado*. Introduccion al estudio de los derechos extranjeros y al metodo comparativo. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

DAYRELL, Carlos. *Da Filiação Ilegítima no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

DIÉZ-PICAZO, Luís, e GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/2 (Derecho de familia – Derecho de sucesiones). 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. *Código Civil Anotado*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, e WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Familia*, 4º tomo, vol. 1 (El matrimonio): KIPP, Theodor, e WOLFF, Martin. Traducción de la 20ª edición alemana por Blas Pérez González y José Castán Tobeñas. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1947. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, 1º tomo, vol. 2: ENNECCERUS, Ludwig. Traducción de la 39ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1950.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro* (atualizado por Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Editora Bookseller, 2001.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *O regime de participação final nos aqüestos previsto no novo Código Civil*. Boletim Doutrina Adcoas, n. 9, setembro de 2002, ano V, p.321-323.

FARRULA JUNIOR, Leônidas Filippone. *O Novo Código Civil – Do Direito de Família*: arts. 1.639 a 1.652. Coordenação: Heloisa Maria Daltro Leite. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2002.

FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. *La Unión de Hecho y el Derecho a no Casarse*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico*. Versão 2.0, Editora Nova Fronteira, agosto de 1998.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*, vol. 1, tomo I. 5^a ed. São Paulo: Max Limonad Editor, 1956.

FRANÇA, R. Limongi (coordenador). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 7. São Paulo: Editora Saraiva, 1978-.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: Esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga – Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Bauru: Edipro – Edições Profissionais Ltda., 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de Família Brasileiro* (Introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

GANGI, Calogero. *Derecho Matrimonial*. Traducción del italiano de Miguel Moreno Hernández. Madrid: Aguilar S/A de Ediciones, 1960.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

_____. *Contratos*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

GLANZ, Semy. União Estável. *O Direito na década de 1990: novos aspectos – Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. Coordenação: Paulo Dourado de Gusmão e Semy Glanz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GONÇALVES, Denise Willhelm. Regime de bens no Código Civil brasileiro vigente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano V, n. 22, Fev./Mar. 2004, p. 109-127.

GOZZO, Débora. *Pacto Antenupcial*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e Regime de Bens. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. Coordenadores: Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão 1.0, Editora Objetiva Ltda., 2001.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, tomo III, vol. I (Los regimenes matrimoniales). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato entre Cônjuges – Efeitos Pessoais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de Familia*, vol. IV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar, em *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Separação e divórcio, em *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LEME, Lino de Moraes. *Direito Civil Comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. Parecer publicado na Revista dos Tribunais, vol. 328, ano 52, fev. 1963, p. 72-74.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História - lições introdutórias*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

LUZ, Rolando Maria da. *Ministério Público – Um Novo Perfil Jurídico na Defesa dos Direitos Coletivos*. Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação de Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, 1996.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público Brasileiro, em *Ministério Público – Instituição e Processo*, coordenador: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MALHEIROS FILHO, Fernando. *União Estável*. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime Matrimonial de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

MAZEAUD, Henri Y León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta – Volumen I, Parte Primera, Volume III, Traducción de Luis Al-

calá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, vol. 2. 37^a ed., atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 20^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e a união estável. *Revista de Direito Privado*, n. 13, ano 4, janeiro-março de 2003, p. 52-62.

MOURA, Mário de Aguiar. *Concubinato: Teoria e Prática*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Questões Patrimoniais no Casamento – ensaio de sistematização*. Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação de Nelson Nery Junior, 2003.

OLIVEIRA, Euclides. *União Estável – Do Concubinato ao Casamento*. 6^a ed., 2^a tiragem. São Paulo: Editora Método, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família – Direito Matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

OLIVEIRA, José Lopes de. *Manual de Direito de Família*. Recife: Universidade Federal de Recife, 1968.

PACHECO, José da Silva. Ligeiras anotações de direito intertemporal relativas ao novo Código Civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 59-69, 1º semestre de 2002.

Pallarés, Beatriz. Derecho Matrimonial Patrimonial. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 8. Cordoba, 1998, p. 73-99.

PEDROTI, Irineu Antonio. *Concubinato e União Estável*. 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1995.

PEÑA, Federico Puig. *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, vol. I. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

PINTO, Nelson Luiz. *Medidas Cautelares – Poder Cautelar Geral do Juiz*, *Revista de Processo*, vol. 59, jul./set. 1990.

_____. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Cautelar* (em co-autoria com Arruda Alvim). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

PINTO FERREIRA, Luís. *Investigação de Paternidade, Concubinato e Alimentos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 7. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *Revista do Advogado*, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIII, n. 70, julho de 2003, p. 34-42.

PLANIOL, Marcel, e RIPERT, Georges. *Tratado Practico de Derecho Civil Frances*. Traducción Española del Dr. Mario Diaz Cruz com a colaboração do Dr. Eduardo Le Riverend Brusone, Tomo Segundo: La Familia. Tomo Octavo: Regimenes Economicos Matrimoniales, primera parte – Tomo Noveno: Regimenes Matrimoniales, Habana: Cultural S/A, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo VIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito de Família*, vol. I e II. Campinas: Editora Bookseller, 2001, atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

_____. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, vol. 410, ano 58, dezembro de 1969, p.12-24.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. 6, 27ª ed., atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. *O Divórcio e a Lei que o regulamenta*. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituição de Direito Civil*, vol. II. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1958.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A mutabilidade dos regimes de bens*. www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295 [capturado em 4-6-2004].

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão – Direito de Família (BGB – Familienrecht)*, tradução da 9ª edição por Elisete Atoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

_____. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

SILVA, Clóvis do Couto e. Direito patrimonial de família. *Revista do Advogado*, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 20, março de 1986, p. 29-35.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação: Ricardo Fiuza. 1ª ed., 10ª tir. São Paulo: Editora Saraiva.

SILVEIRA, Alípio. *O casamento Putativo no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1972.

SOARES, Orlando. *União Estável*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SOLTER, Antonio M. Borrell Y. *Derecho Civil Español*, tomo cuarto (Derecho de familia). Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1954.

SOUZA, Paulo do Amaral. O Direito de Família e Sucessões face ao novo Código Civil – principais alterações. *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. Ministério Público de São Paulo. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, de Acidentes do Trabalho, do Idoso e da Pessoa Portadora de Deficiência. Coordenação: Selma Negrão Pereira dos Reis. Organização: Rogério Alvarez de Oliveira e Eloísa Virgili Canci Franco. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

TEDESCHI, Guido. *El Regimen Patrimonial de La Familia*. Chile: Ediciones Juridicas Europa-América, 1954.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELOSO, Zeno. *União Estável*. Belém: Ministério Público do Estado do Pará, Editora Cejup, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, vol. 6. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e Prática do Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

VIEGAS, João Francisco Moreira. *Direito Patrimonial Conjugal. Questões de Direito Civil e o Novo Código*. Ministério Público de São Paulo. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, de Acidentes do Traba-

lho, do Idoso e da Pessoa Portadora de Deficiência. Coordenação: Selma Negão Pereira dos Reis. Organização: Rogério Alvarez de Oliveira e Eloísa Virgili Canci Franco. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*, vol. 1. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

www.rs.gov.br – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – decisões sobre união estável entre homossexuais.

www.stj.gov.br – Superior Tribunal de Justiça – decisão sobre sociedade de fato entre homossexuais.