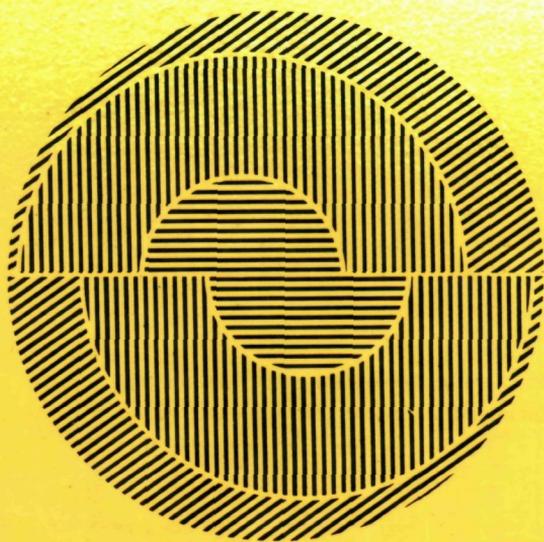


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1979
ANO 16 • NÚMERO 62

Direito patrimonial de família no Projeto do Código Civil brasileiro e no Direito português

CLOVIS V. DO COUTO E SILVA

Catedrático de Direito Civil da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

I. Introdução

1. Houve recentemente no Direito brasileiro e português profundas alterações no Direito de Família. No Brasil, com a modificação da Constituição vigente, revogou-se o § 1º do art. 175 da Constituição que consagra a indissolubilidade do vínculo matrimonial e exararam-se ainda outras disposições.

O art. 175, § 1º, com a redação da Emenda Constitucional nº 9, contém as seguintes normas: "o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação por mais de três anos". Em seu art. 2º a Emenda Constitucional esclarece, ainda, que "a separação de que trata a nova redação do artigo anterior poderá ser de fato devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda". A Emenda nº 9, na verdade, alterou a redação do § 1º do art. 175 e incluiu uma nova disposição (art. 2º) anteriormente mencionada. Por motivo dessas modificações constitucionais, foi editada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulou não somente os pressupostos do divórcio, como também alguns setores do Direito de Família, adotando, não raro, as soluções constantes no Projeto nº 634, de 1975 (*).

— Este trabalho foi escrito em homenagem ao saudoso amigo e preclaro jurista Prof. Dr. Guilherme Braga da Cruz.

(*) O Projeto n.º 634/75 foi o resultado de vários estudos e anteprojetos parciais de cada uma das matérias de que se compõe o Código Civil, acrescida de um capítulo novo "Atividade Negocial" que abrange as empresas e matérias conexas. Após a primeira reunião da comissão, cada um dos componentes organizou um articulado da sua parte, cabendo-me elaborar o Direito de Família, expondo nele as minhas idéias. Logo depois, os elaboradores redigiram uma justificativa dos seus articulados. Del a esse trabalho o título de "Princípios para a reforma do Direito de Família". Esse estudo constitui elemento necessário para o perfeito conhecimento do Projeto n.º 634/75, e foi publicado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, em 1973. A respeito da bibliografia relacionada, direta ou indiretamente, com o Projeto n.º 634/75, consultem-se os seguintes estudos de minha autoria: "Princípios para a reforma do Direito de Família", ed. da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1973, vol. II; "Direito Patrimonial de Família", *Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 1.º (1972), pp. 39-51; "Dívida Particular dos Cônjuges", *Rev. Jurídica* (GB), 1970, n.º 110, pp. 23 e segs.; "Temas Atuais do Direito de Família no anteprojeto do Código Civil", conferência realizada no Instituto dos Advogados de S. Paulo, em 1973, *Rev. do Instituto dos Advogados do R. G. do Sul*, 1976. Recente é a publicação do Coordenador da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Prof. Dr. Miguel Reale: "Estudos de Filosofia e Ciência do Direito", S. Paulo, 1978, pp. 161 e segs.; e ainda, embora mais antigos, entre outros, os seguintes estudos: Caio Mário Silva Pereira, *Revista Forense*, vol. 242, p. 16; J. Rocha Guimarães, *Revista Forense*, vol. 243, p. 361; Sílvio A. B. Meira, *Revista Forense*, vol. 243, p. 370.

2. Em 1976, votou-se em Portugal a Constituição da República Portuguesa, a qual, em seu art. 36, exarou os princípios fundamentais a respeito da família, procurando igualar plenamente os cônjuges no casamento. Com esta finalidade, o nº 3 do art. 36 contém a regra de que "os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos". O nº 1 estabelece que "todos têm o direito de constituir família em condições de plena igualdade".

Quando se discutia o texto afinal transformado na Constituição Política da República Portuguesa houve deputados que afirmaram — como Freitas do Amaral — "que sua aprovação implicará a inconstitucionalidade de numerosas disposições do Código Civil ainda vigente e entre elas a disposição retrógrada, que, contra o princípio da igualdade dos cônjuges, atribui a chefia da família ao marido" (1). Em suas Disposições Transitórias, a Constituição Portuguesa determinou que a adaptação das normas anteriores atinentes ao exercício dos direitos, liberdade e garantias, consagradas na Constituição, estará concluída até o fim da 1ª Legislatura (art. 293 da alínea 3ª).

Em obediência a essas determinações, foi editado o Decreto-Lei nº 496/77. Nos Direitos de Família, a parte mais importante está na nova regulação a respeito dos pressupostos de divórcio e na aplicação do princípio de igualdade (2).

3. Nesse sentido, pode-se dizer que a reforma do Código Civil português foi mais profunda, em termos igualitários, quanto ao Direito Pessoal de Família, do que o Projeto do Código Civil, o que não significa uma superioridade técnica uma vez que o princípio da igualdade só pode ser plenamente aplicado se houver condições orgânicas na sociedade e de nada adiantaria a adoção de semelhante princípio, mantendo-se a família, na realidade, eminentemente patriarcal. É costume fazer-se uma distinção entre o Direito de Família formal e material, compreendendo-se como Direito

(1) Caldeira-Silva, "Constituição Política da República Portuguesa de 1976, Projetos, Votações e Posição dos Partidos", Livraria Bertrand, 1976, p. 528.

(2) Os pressupostos para a ação de divórcio são praticamente os mesmos no Direito português atual (DL 496/77, arts. 1.779-1.781) e brasileiro. Assim, a Lei n.º 6.515/77, em seu art. 5.º, determina que: "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1.º — A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2.º — O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável.

§ 3.º — Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial os remanescentes dos bens que levou ao casamento e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal. No Direito brasileiro, a separação de pessoas e bens antecede o divórcio, de modo que, salvo a hipótese do art. 40 (separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977, data da Emenda Constitucional n.º 9), primeiro decreta-se a "separação de pessoas e bens" e, após o transcurso de três anos, possibilita-se pedir a conversão da separação em divórcio (arts. 25 e 44).

de Família formal o conjunto de regras jurídicas que constituem o Direito matrimonial. O Direito de Família material é o existente na sociedade, a repercussão destas normas no campo social, e a sua mescla com usos e costumes familiares; enfim, a verificação da positividade do ordenamento do Direito de Família. Como nem sempre coincidem, ou raramente assim acontece, na maioria dos países há uma discrepância entre ordenação legal e sua aplicação, não só nos tribunais como também na vida diária em sociedade, ou seja, no intercuro social (3). Por isso, não é difícil encontrar sistemas jurídicos nos quais, apesar da igualdade formal entre os cônjuges, mantém-se a mesma situação de superioridade do marido, com a chefia "de fato" da sociedade conjugal. O problema da superioridade ou não de homem ou mulher dentro do casamento é de natureza sociológica e cultural, mais do que propriamente jurídica. Todavia, como o Direito norma apenas uma restrita parte da relação familiar, nesse lugar, estabelecido o princípio de igualdade, ele operará, sobretudo quando postos em ação os órgãos judiciários destinados a aplicá-lo.

4. A comparação entre sistemas jurídicos não deve ser feita com a finalidade de examinar apenas suas proposições em face dos de outros povos, mas de estudá-las em conjunto com a realidade social e o direito imediatamente anterior, como, aliás, salienta Wengler a respeito do Projeto de Código Civil português (4). Seria, entretanto, impossível comparar todos os setores do Direito de Família, pois, nesse caso, o estudo assumiria proporções incompatíveis com a sua finalidade. No geral, chamam preponderantemente a atenção os pressupostos da dissolução do casamento, mas, por isso mesmo, constitui tal matéria objeto de muitos estudos. Parece, assim, preferível restringir o âmbito de nosso trabalho comparativo ao direito patrimonial de família, excluídos, porém, os alimentos, e o bem de família, para não alongá-lo em demasia. Por outro lado, o Projeto nº 634/75 possui regime de bens não constante no Código Civil português como o da participação final nos aqüestos, que a Comissão

(3) Sobre a positividade jurídica, vide A. Castanheira Neves, "As fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 1, pp. 114-204. A maior dificuldade está em que alguns problemas da família, como o do divórcio, tornam-se "problemas de massa", o que lhes dá uma significação específica. Menciona Max Rheinstein (*Marriage Stability, Divorce and the Law*), Chicago, 1972, p. 4) que o número de casamentos dissolvidos por divórcio em 1967 foi de 62.835, na Alemanha Ocidental, 534.000 nos Estados Unidos, 42.678 na Inglaterra e 83.243 no Japão. Tudo está em saber como evitar as separações, pois a repressão em nada adiantaria. Uma solução poderia ser a dos Tribunais de Família, como proposto pelo juiz Alexander, já há algum tempo, nos Estados Unidos. Eles constituem como que um prolongamento dos juizados de menores e tratam da dissolução mais como uma "doença de família" do que como o conteúdo de um processo judicial em sua forma clássica. A respeito vide nossa conferência em 1973, "Temas Atuais do Direito de Família no Anteprojeto do Código Civil", p. 148; Alexander, "New Procedures and Attitudes toward Marriage and Divorce", *Journal of the American Judicature* 38; Quentin Johnstone, "Die Entwicklung von Familiengericht in den Vereinigten Staaten", *AcP* 154 (1955) pp. 33-44.

(4) "Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch", *AcP* 167 (1967) p. 69. A respeito das diferentes orientações, vide para os países socialistas, Valentin Petev, "Rechtsvergleichende Betrachtungen zum sozialistischen Ehescheidungsrecht" in: *Rabel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 36 (1972) p. 675; para a "common law", e sua área de influência, vide Bromley, *Family law*, London, 1971-1974, pp. 202 e segs. Contudo, na Irlanda proibiu-se o divórcio constitucionalmente, de modo ainda mais radical — quanto ao direito internacional privado — do que o Direito brasileiro anterior à Emenda Constitucional n.º 9. A lei ordinária que institui o divórcio é inconstitucional. O art. 41,3 (2) da Constituição irlandesa de 1937, dispõe que "no law shall be enacted providing for the grant of a dissolution of marriage"; cf G. Hickey, "Irish Private International Law"; in: *Rabel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 42, 1978, p. 284.

preferiu incluir apenas como opcional, uma vez que, segundo o entendimento da maioria de seus componentes, seria uma transformação muito grande passar do regime da comunhão universal para esse novo regime. Adotou-se, em consequência, como regime-regra ou supletivo uma forma intermediária, o regime de comunhão parcial ou nos adquiridos, tal como sucede no Direito português atual.

É certo que o Decreto-Lei nº 496/77 ⁽⁵⁾ procurou estabelecer a administração igualitária dos bens comuns ⁽⁶⁾ dispondo inclusive que a alienação deles, ainda que móveis, carece do consentimento de ambos os cônjuges, sucedendo o mesmo com os bens imóveis. Nosso sistema difere do adotado no Direito português, fazendo-se distinção entre bens móveis e imóveis. Mas a administração e disposição dos bens móveis comuns cabe ao marido, bem como a administração dos imóveis componentes da massa comum. Para a alienação dos bens imóveis comuns, ou particulares, conforme o Código Civil ⁽⁷⁾, estes últimos ainda no regime da separação absoluta de bens, exige-se a autorização do outro cônjuge. Essa autorização não é, entretanto, necessária segundo o Projeto nº 634/75, se for adotado o regime da separação de bens ⁽⁸⁾.

Por fim, a análise dos dois sistemas jurídicos em termos de direito comparado abrangerá o estudo das posições do Projeto nº 634/75 em face do Código Civil brasileiro vigente e do Direito português do Código Civil e do Decreto-Lei nº 496/77, que o modificou profundamente, procurando aplicar, em todos os regimes de bens, o princípio da igualdade dos cônjuges. Serão incluídos os temas, a nosso ver mais importantes, a começar pela adoção da própria divisão do Direito Pessoal e Patrimonial de Família, examinando-se, após, a irrevogabilidade dos regimes de bens, as sucessões pactícias, a distribuição de poderes entre os cônjuges, os diferentes regimes de bens, especialmente o da comunhão parcial ou da comunhão dos adquiridos, a administração e disposição do produto do trabalho e o âmbito dos poderes dos cônjuges, e a responsabilidade pelo pagamento das dívidas.

II. Direito pessoal e patrimonial de família

5. O Projeto nº 634/75 do Código Civil estruturou o Direito de Família, com base na distinção entre Direito de Família Pessoal e Patrimonial,

(5) art. 1677 D, 1678, 1680, 1681, 1682, 1682A.

(6) art. 1678C, 1682A.

(7) Art. 235, I.

(8) Art. 1702, I.

atendendo à especificidade dos dois tipos de relação jurídica que nele se encontram ⁽⁹⁾.

Os deveres de Direito Pessoal, como o são, entre muitos outros, o de fidelidade, e o de coabitação, revelam, em sua estrutura, elevadíssimo grau de pessoalidade e cuja classificação, no conjunto das demais relações jurídicas no Direito Privado, nem sempre é tarefa em que não se depare grande número de dificuldades. A natureza jurídica dos direitos e deveres do Direito Pessoal de Família tem ensejado inumeráveis discussões, pois o conceito de Direito subjetivo, em sua formulação clássica, não estaria a eles adequado. Não adiantaria muito dizer-se que sua natureza seria a de direitos-vinculados, de direitos-deveres, ou de direitos-função, ou ainda, negando-se aos cônjuges a titularidade de qualquer direito quanto àquelas relações, denominar a figura tão-somente como competência, tomando do Direito Público o vocábulo.

Tudo está na necessidade de manter uma linguagem uniforme dentro de todo o Direito, supondo-se que nem sempre existirá uma igualdade de matéria encoberta por uma mesma denominação. Nesse ponto é que afloram as divergências. No Direito Pessoal de Família, as exigências éticas e o **quantum** de pessoalidade da relação, em muitos casos, tornam quase impróprio aludir-se ao conceito de direito subjetivo, na sua acepção corrente e mais adequada as relações designadamente patrimoniais. Mas é inegável que a noção de direito subjetivo, como conceito relativo, possui um valor metodológico; é uma exigência da linguagem jurídica, devendo-se observar que as faculdades e a matéria que a ele são subjacentes possuem atributos próprios, são relações de família ⁽¹⁰⁾.

6. A distinção entre Direito Pessoal e Patrimonial de Família provém do fato de o ordenamento jurídico não poder deixar de valorizar as relações dos partícipes da família, levando em conta seus atributos de pessoalidade e patrimonialidade já existentes na dimensão social.

Ao transpor para o ordenamento esses dados objetivos, distinguiu-se o Direito Pessoal do Direito Patrimonial, os dois conjuntos de relações básicas que formam o Direito de Família e que, apesar de sua diversidade, ou talvez por isso mesmo, se implicam dialeticamente.

No Direito Patrimonial de Família, encontram-se as relações em cuja estrutura se manifestam aspectos que as aproximam das do Direito das Obrigações e das de Direito das Coisas. O Projeto nº 634/75 incluiu, nesta parte, os regimes de bens, a administração dos bens dos filhos menores, os alimentos e o bem de família. A relação de alimentos manifesta tam-

(9) Não é do nosso conhecimento que essa divisão haja sido adotada em outros códigos, os quais, em atenção ainda ao modo tradicional de disciplinar, articulam suas disposições segundo institutos, e não levam em conta a natureza das relações abrangidas pelo Direito de Família. Nos países socialistas, há a tendência para um Código de Família fora do Código Civil, embora não tenha este o mesmo significado que entre nós, pois abrange a regulação das entidades da economia socializada. Sustenta-se que o caráter pessoal da relação da família exige um código específico. A respeito do problema, vide, por todos, o excelente estudo de Wolfram Müller — "Freienfels, Zur Diskussion um die Systematische Einordnung des Familienrechts", in: *Rabel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, I e II, vol. 37 (1973), pp. 609-659; 38 (1974), pp. 533-570.

(10) Gernhuber, *Familienrecht* (1964), § 2.º, p. 13; Wolfram Müller, *Freienfels Ehe und Recht* (1962), pp. 227 e segs.

bém aspectos pessoais, daí a sua intransferibilidade ⁽¹¹⁾, e o fato de serem irrenunciáveis os créditos dela resultantes. Sucede, entretanto, possuir estrutura obrigacional quando os alimentos são objeto de exigência. Por esse motivo, e como a classificação atende à estrutura de relação jurídica, enquadrou-se o aludido vínculo alimentar entre os Direitos Patrimoniais.

As demais relações antes mencionadas, pelo seu nítido caráter patrimonial, foram localizadas no campo correspondente do Direito de Família. A particularidade do Direito Patrimonial de Família está em que os direitos subjetivos que dele decorrem demonstram grande semelhança com os demais institutos básicos do Direito Civil, seja com os do Direito das Obrigações, seja com os do Direito das Coisas, embora matizados por princípios específicos do Direito de Família.

7. Em suma, a distinção Direito Pessoal e Patrimonial de Família revela a existência de dois sistemas de relações jurídicas no Direito de Família, permitindo, por força dessa diversidade material, a adoção de normas e de tutela jurídica inconfundíveis para ambos os tipos. O método tradicional, adotado pela generalidade dos códigos, nessa parte, é o de regulamentar cada um dos institutos de que se compõe o Direito de Família: casamento, pátrio poder, filiação e alimentos. Não se cinde o conjunto desses institutos para examinar as relações que nele se encontram, com a finalidade de classificá-las.

O Código Civil português não constitui exceção a esse modo de legislar, pois não organizou o Direito de Família em dois grandes sistemas de relações jurídicas, como o fez o Projeto nº 634/75. Assim, no Código Civil português, o Direito de Família é tratado unitariamente, através dos institutos básicos, do casamento, filiação, adoção e alimentos. No Projeto nº 634/75, tem-se, em primeiro lugar, o Direito Pessoal, compreendendo o casamento, as relações de parentesco, a adoção e o pátrio poder; depois, o Direito Patrimonial, que abrange o regime de bens entre os cônjuges, o usufruto e administração dos bens dos filhos menores, os alimentos e o bem de família, sendo que a tutela e a curatela são tratadas em título distinto.

8. O progresso jurídico parece estar na cisão e contínua resistemização das relações jurídicas que se mostrem diversas. Todavia, como nem sempre uma relação jurídica aparece de modo puro, pessoal ou patrimonial, o critério há de ser o da prevalência de um desses dois elementos, para fins de classificação. Depois, é preciso ter presente que existem duas concepções de sistema, como agudamente observou Ludwig Raiser ⁽¹²⁾,

(11) Todavia, a Lei nº 6.515, em seu art. 23, dispôs expressamente que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do art. 1.796 do Código Civil". O art. 1.796 do Código Civil define a responsabilidade do espólio, afirmando que "a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube". A exegese do texto tem sido no sentido de interpretá-lo contra a sua finalidade e, nesse sentido, restringir o dever que dele se irradia: tão-somente as prestações vencidas até a data do óbito, situação que já existia anteriormente e para cuja solução em nada adiantaria o novo texto; ou simplesmente restringir o seu alcance à dívida alimentar entre os cônjuges como o faz Silvio Rodrigues (*O Divórcio e a Lei que o Regulamenta*, São Paulo, 1978, p. 141). De qualquer modo, criou-se uma hipótese de transferência de prestação alimentar.

(12) "Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht", in: *Die Aufgabe des Privatrechts*, Athenäum Verlag, 1977, p. 126.

consistindo uma na tutela do círculo de atividade da pessoa através da atribuição de direitos subjetivos, e outra, no desenvolvimento e proteção das instituições que orientam a vida em sociedade com o aperfeiçoamento dos correspondentes institutos jurídicos por determinação do direito objetivo. Todo o Direito de Família está sob a proteção do Estado, mas, para o Direito Privado, o mais importante são as relações jurídicas que promanam da família, enquanto instituto de Direito Civil, e a tutela jurídica a ela adequada, muito embora nem todos os efeitos resultem da atribuição de direitos subjetivos ou de competências aos cônjuges, mas podem decorrer de valorizações anteriores, objetivas, da lei, ou da aplicação de princípios pré-positivos, não recebidos ainda expressamente pelo ordenamento legal, embora nem por isso deixem de integrar o **corpus juris** vigente. A sua vez, a distinção desses dois grandes sistemas de regras jurídicas, Direito Pessoal e Direito Patrimonial de Família, torna bem mais compreensível o Direito de Família, porque lhe dá transparência, o que nem sempre sucede quando se aglutinam numa só figura as mais diversas regras, submetidas, por força dessa diversidade, a regimes jurídicos próprios. Permite, por igual, que se vislumbre que os figurantes da relação de Direito de Família assumem mais de um papel, conforme seu círculo de atividade se insira no Direito Pessoal ou Patrimonial de Família. O conceito fundamental no Direito de Família Patrimonial é o de administração. O **paterfamilias** não tem sua atividade orientada em seu favor, pois, quando administra bens de seu filho, sua ação, obrigatoriamente, deve realizar-se em favor do administrado, muito embora o Projeto nº 634/75 ainda atribua ao pai usufruto dos bens dos filhos menores ⁽¹³⁾, o que não me parece de acordo com a nossa época. O art. 1.893 do Código Civil português, que institua o usufruto legal sobre os bens dos filhos menores, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 496/77, transformando os pais em administradores, e não em usufrutuários daqueles bens ⁽¹⁴⁾. Esses aspectos tornam-se mais evidentes quando se distinguem o Direito Pessoal e Patrimonial de Família, porquanto os pais, afora toda a parte ética, como orientadores de seus filhos, são, também, no plano patrimonial, administradores, e a sua atividade deve ser exercida em benefício dos filhos e não em seu próprio, o que sucederia se fossem usufrutuários.

III. A irrevogabilidade dos regimes de bens

9. O Projeto nº 634/75 ⁽¹⁵⁾ formula a regra da livre convenção dos regimes de bens, tal como disposto no Código Civil vigente. As limitações à autonomia da vontade nesta matéria são substanciais ou formais, exigindo-se, neste último caso, certas cautelas à validade do pacto antenupcial. Os limites substanciais são, por igual, os mesmos do Código Civil em vigor; é necessário que o pacto antenupcial não “prejudique os direitos conjugais ou paternos”, e não “contravenha disposição absoluta de lei” ⁽¹⁶⁾. Dentro desse campo, circunscreve-se o princípio da autonomia da vontade, ad-

(13) Art. 1.744. Sobre a importância do conceito de administração especializada para o Direito de Família, vide **Temas atuais do Direito de Família no Anteprojeto do Código Civil**, p. 158.

(14) Arts. 1.878 e 1.888.

(15) Art. 1.694.

(16) Art. 257 do Código Civil.

mitindo-se regramento diverso dos tipos de regimes de bens enunciados no Projeto nº 634/75. No Direito Patrimonial de Família, é menor o número de regras cogentes, tendo maior virtualidade e aplicação o princípio da liberdade, ou autonomia das partes. O Projeto nº 634/75, diversamente do que fora proposto no esboço inicial, adotou o princípio da irrevogabilidade absoluta dos regimes de bens, embora se saiba que, com as cautelas necessárias, nenhum prejuízo adviria para terceiros a admissão, em certos casos, de modificações nos regimes de bens. No Direito francês, arraigou-se o princípio da imodificabilidade absoluta por força de duas decisões do Tribunal de Paris, de 1584 e 1585, e também pela ideologia vigorante de que os regimes de bens se constituíam na carta constitucional da família (17). Tais argumentos não prevaleceram em reforma recente de sua legislação, em que se suprimiu o axioma da imodificabilidade absoluta, permitindo-se a alteração judicial dos regimes de bens (18), preenchidos certos requisitos.

10. Os países que admitiram exceções ao princípio da imodificabilidade o fazem, tendo como possível a alteração por mútuo acordo, por vezes dependente de homologação judicial, ou permitem até mesmo o pedido unilateral de modificação, verificados certos pressupostos.

Por imaginar que os terceiros poderiam não ficar bem protegidos por estas alterações, e ainda pela circunstância de a possibilidade de modificação poder constituir-se em meio de coação de um cônjuge em face do outro, achou a Comissão preferível manter a regra da irrevogabilidade absoluta dos regimes de bens, como sempre existiu em nosso Direito, muito embora já se tenha proposto suprimi-la em alguns projetos de lei.

Algumas tentativas foram feitas para abrandar o rigor do aludido princípio, mas em vão tem-se procurado demonstrar seus efeitos benéficos e até mesmo necessários para a salvação da família em certas situações.

Fica em tudo isso um temor não bem fundamentado, pois afinal, sendo marido e mulher capazes, como o são desde o advento da Lei nº 4.121, em 1962, razão alguma parece existir para a manutenção do princípio da imodificabilidade dos regimes matrimoniais. Certo é que a renúncia à comunhão de bens, como previsto no Projeto Coelho Rodrigues e no de Bevilacqua, seria hoje uma forma insatisfatória, pois a faculdade teria de ser bem mais ampla.

Foi, precisamente, atendendo à essa motivação que, no esboço que elaborei para a Comissão, fiz constar um artigo prevendo a modificabilidade convencional do regime, após dois anos de sua vigência, devidamente homologado pelo juiz, o qual não foi aprovado.

11. No Código Civil português, há o princípio da imodificabilidade convencional dos regimes de bens (19), sendo válidas, entretanto, estipulações antenupciais sob condição ou a termo, embora o implemento da condição

(17) Zaitay, *Die Reform des ehelichen Güterrechts in Frankreich*, AcP (1966), pp. 481, *segs.*

(18) Lei n.º 65.570, de 13 de julho de 1965, arts. 1.396, 1.397.

(19) Art. 1.714.

não opere retroativamente em face de terceiros ⁽²⁰⁾. Mas há exceções ao princípio da imutabilidade ⁽²¹⁾, sendo a mais importante a denominada separação judicial de bens ⁽²²⁾. Essa separação se efetiva por ação judicial de um dos cônjuges, e põe termo ao regime de comunhão de bens, e é, à sua vez, irrevogável.

Os artigos alusivos à imodificabilidade dos regimes de bens foram mantidos, no geral, pelo Decreto-Lei nº 496/77. Assim, por haver sido suprimido o regime dotal, não possui mais sentido algum a letra **b** do art. 1.715 do Código Civil português. Na verdade, nesse artigo, tanto na redação do Código Civil, quanto na do Decreto-Lei nº 496/77, capitularam-se hipóteses que, a rigor, não são de alteração do regime de bens, mas de toda a relação de família.

Considera-se como regime de bens um conjunto de regras patrimoniais visto como totalidade. Nesta ordem de raciocínios, não constitui alteração, por exemplo, a desistência da instituição de herdeiros ou de legatários por mútuo acordo, regulada no art. 1.701 do Código Civil português. Embora estas disposições constem no pacto antenupcial, não são espécies de regime de bens. Nem também o é a extinção da relação pessoal e patrimonial do Direito de Família (separação de pessoas e bens). A nosso ver modificação em sentido próprio de regime de bens somente ocorre quando se substitui um regime por outro, mantendo-se as demais relações resultantes do casamento.

Qualificam-se como modificação do regime de bens em sentido próprio as disposições do art. 1.715, 1, letra **b**, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77, pois transforma-se um dos regimes de comunhão em separação de bens. Em certo sentido, mas com menor amplitude, tem-se a mesma solução no art. 1.719 do Código Civil, ao permitir aos esposados convenicionar, "quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo regime de comunhão geral, seja qual for o regime adotado". Entre nós, nem mesmo esta possibilidade foi admitida no Projeto nº 634/75. A imodificabilidade é, portanto, absoluta. No Direito português atual, o Decreto-Lei nº 496/77 pouco ou quase nada alterou a matéria, pois sua finalidade principal, como já se disse anteriormente, nessa parte, foi a de aplicar, em toda a extensão possível, o princípio da igualdade, não visando esses outros aspectos.

IV. Os pactos sobre sucessão futura

12. Diverge o Projeto nº 634/75 do Código Civil português, sobretudo quanto à admissão dos pactos sucessórios. A respeito deles escreveu

(20) Arts. 1.713, 1.768 e 1.771.

(21) Art. 1.713.

(22) Art. 1.715, c.

Braga da Cruz trabalho notável ⁽²³⁾ examinando os pactos aquisitivos (**de succedendo**), os renunciativos (**de non succedendo**) e ainda os sobre a sucessão de terceiro (**de hereditate tertii**). A proibição de tais convenções, que vinha do Direito Romano, foi progressivamente abrandada, permitindo-se fossem estabelecidas nos contratos antenupciais, a tal ponto que, no século XVI, como afirma Braga da Cruz, "a aceitação generalizada dos pactos sucessórios nos contratos antenupciais tinha já adquirido foros de dogma em todos os países da Europa Ocidental". Vale lembrar, também, que, em muitos lugares, eram esses pactos sucessórios admitidos com generalidade, de modo que alguns Códigos Civis, como o BGB ⁽²⁴⁾, os permitiram com grande amplitude. Com o advento do Código Civil de 1867, ao modelo do Código Napoleônico, condenaram-se os pactos sucessórios. Quanto ao **status quaestionis** em época imediatamente anterior à elaboração do Código Civil português, esclareceu Braga da Cruz, em seu excelente trabalho, que não havia animosidade contra eles entre os juristas portugueses, notadamente quando fossem realizados em convenção antenupcial. O Código Civil português normou a figura, adotando orientação semelhante à de Braga da Cruz, permitindo a instituição de herdeiro ou de legatário ⁽²⁵⁾, e disciplinando o regime jurídico desses pactos sucessórios minuciosamente.

13. No Direito brasileiro é ampla a proibição aos pactos sucessórios; por texto expresso foram eles, praticamente, vedados. A proibição do art. 1.089 do Código Civil brasileiro não é, entretanto, absoluta, ressalvando somente uma hipótese no Direito de Família ⁽²⁶⁾. O Projeto nº 634/75 foi bem mais radical, pois não excepcionou, nem mesmo em matéria de con-

(23) "Os Pactos Sucessórios na História do Direito Português", *Revista da Faculdade de Direito da USP* (1965), v. C. pp. 93 e segs. Quanto à orientação inicial da Comissão Elaboradora do Código Civil Português, vide Vaz Serra, "A Revisão Geral do Código Civil", no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (1946), t. XXII, p. 511; Inocêncio Galvão Telles, "Direito das Sucessões", *Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1972, p. 166. No Direito espanhol há, por igual, proibição aos pactos sucessórios, no art. 1.271; mas admitem-se, apesar disso, certas disposições que constituem exceção à regra proibitiva (Fuenmayor Y Champin, "La Mejora en el Sistema Sucesorio Español", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (1946), t. XXII, p. 263). No Direito germânico, os contratos hereditários são admitidos, desde que se constituam em disposição, pois, em razão do § 2.302, são nulos os contratos através dos quais alguém se obriga a realizar ou não testamento. Todavia, essa possibilidade encontra-se na "common law", onde permitem-se "contracte to make will". A respeito do problema, e das dificuldades daí resultantes, vide R. Batters, *Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts*, AcP 178 (1978), pp. 337-380.

(24) §§ 2.274 e segs.

(25) Código Civil português, arts. 1.700 a 1.705 e 2.028, vide "Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil", *Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1972, pp. 161 e 168; Inocêncio Galvão Telles anotou a particularidade de que "o art. 1.699, alínea a, formula o princípio de que não pode ser objeto de convenção antenupcial a regulamentação de sucessão hereditária dos cônjuges e, afinal, os artigos seguintes destroem por completo esse suposto princípio" (*Direito das Sucessões*, Lisboa, 1973, p. 119).

(26) Código Civil Brasileiro, art. 314: "As doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarem aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele". Há quem entenda de modo diverso, sustentando que a proibição do art. 1.089 do Código Civil não é absoluta, referindo-se, exclusivamente, a negócios jurídicos sobre herança, que, no direito, tem um significado específico. Se a atribuição referiu-se a bem determinado, já não incidiria a proibição. Temos, contudo, que a vedação é ampla; e salvo a hipótese do art. 314 do Código Civil, os negócios jurídicos sobre sucessão futura estariam viciados de nulidade. Todavia, não é do nosso conhecimento nenhum caso de doação mortis causa realizada em pacto antenupcial, parecendo estar em absoluto desuso essa possibilidade, razão pela qual o Projeto nº 634/75 não cuidou de reproduzir a disposição do art. 314.

venção antenupcial, o princípio da vedação absoluta às sucessões pactícias. Não foi reproduzida a regra do art. 314 do Código Civil permissiva das doações **mortis causa**, dos pactos **de succedendo**, insertos em contratos antenupciais. Convém esclarecer que não são comuns, entre nós, na maioria das regiões, casamentos precedidos dos pactos antenupciais.

O aspecto patrimonial do matrimônio nem sempre é bem conhecido, a tal ponto que o Projeto nº 634/75, forte no sentido de que as realidades econômicas são também importantes para a futura vida familiar, alterou o direito vigente, determinando que o oficial do registro esclareça os nubentes a respeito dos requisitos de validade do casamento e dos diferentes regimes de bens (27). Com essas providências, mudou-se um pouco a significação do processo da habilitação matrimonial, o qual não tem apenas por finalidade a verificação da existência de algum impedimento, mas serve também, concomitantemente, para instruir os nubentes acerca das realidades jurídicas que envolvem o casamento.

14. Nas discussões a respeito da admissibilidade das sucessões pactícias, na Comissão que elaborou o Projeto de Código Civil português, ponderou o Prof. Gomes da Silva (28) que um estudo mais aprofundado do Assento de 16 de dezembro de 1927 levou-o a admitir que talvez a boa doutrina fosse a constante naquele Assento ao estabelecer o princípio de validade das convenções conjugais relativas ao destino dos bens do casal após a dissolução do matrimônio, desde que não altere a sucessão dos herdeiros legítimos. Lembrou "que as Ordenações proibiam tais cláusulas e, entretanto, na prática era corrente a introdução nas convenções antenupciais de cláusulas sobre o destino **post mortem** dos bens dos esposados, prática expressamente permitida pela lei de 17 de agosto de 1761, quanto aos filhos das casas nobres".

No Direito brasileiro, é rara a utilização dos pactos antenupciais, que parecem ser, em certas camadas sociais, um pouco ofensivos à dignidade dos nubentes. Esse preconceito, infundado, aliás, está de tal modo arraigado que cresce de importância o regime supletivo, pois na imensa maioria dos casos não se realiza o aludido pacto antenupcial, vigorando o regime-regra.

Um dos aspectos interessantes do novo Código Civil português está em negar validade, fora dos contratos antenupciais, às doações **mortis causa**, aos pactos **de succedendo**, ao determinar expressamente a sua conversão em testamento se tiverem sido observadas as formalidades necessárias (29).

Inocêncio Galvão Telles (30) refere que o "acto nulo como contracto, vale como acto unilateral; não produz os efeitos de doação por morte os de testamento. Abstrai-se de vontade do instituidor e essa instituição, aten-

(27) Art. 1.560.

(28) *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, p. 166.

(29) Art. 946,2.

(30) *Direito das Sucessões*, Lisboa, 1973, p. 113.

ta à sua unilateralidade, é revogável ao arbítrio dele, não está presa por uma aceitação que não conta”.

15. O Projeto nº 634/75 não contém nenhuma disposição específica para os pactos **de sucedendo**, permitindo a conversão. Mas na Parte Geral, entre as regras a respeito do negócio jurídico, há a disposição, em seu art. 168, de que: “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Por isso, não será impensável que os atos que favoreçam, como é o caso dos pactos **de sucedendo**, preenchidos os requisitos formais, seja possível considerá-los como testamento, de modo igual ao que sucede no Direito português ⁽³¹⁾.

Sendo o critério básico o de salvar a vontade, considerada a doação **mortis causa** (pacto **de sucedendo**) como testamento, seria revogável a todo o tempo, o que não sucederia se admitisse nosso direito as doações **mortis causa** em sentido próprio, ou seja, dando lugar, como assinala Galvão Telles ⁽³²⁾, à vocação sucessória de um dos contraentes em relação aos bens do outro contraente. No Direito brasileiro, a conversão não ganhou na jurisprudência a generalidade que seria de desejar, de modo que, afóra a hipótese da venda de imóvel feita em instrumento particular, com a inobservância do art. 134, II, do Código Civil, que se considera como pré-contrato, ou contrato-promessa de venda, praticamente não há outras hipóteses importantes. Outro caso de conversão é o registro de filiação viciado de falsidade ideológica que certa jurisprudência considera como de adoção. Todavia, admitida com maior amplitude a conversão, preenchidos os requisitos formais, certos “pactos **de sucedendo**” poderiam ser havidos como testamento.

A tendência atual, em matéria de testamentos, é a de reduzir as suas formalidades. O atual Código Civil brasileiro regula a matéria nos arts. 1.629 e seguintes, sendo extremamente formalista quanto aos testamentos ordinários, isto é, o público, o particular e o cerrado. O Projeto nº 634/75 contém menor número de solenidades, pelo menos quanto ao testamento público ⁽³³⁾, reduzindo-se, inclusive, o número de testemunhas de cinco, conforme dispõe o art. 1.632 do Código Civil, para duas.

Poderia, conforme a hipótese, haver conversão para codicilo, figura que o Código Civil ⁽³⁴⁾ e o Projeto nº 634/75 ⁽³⁵⁾ regularam de modo igual. Mas o codicilo relaciona-se com bens ou objetos não muito valiosos, como esmolas, por exemplo.

V. Distribuição de poderes entre os cônjuges

16. O núcleo essencial dos regimes de bens está no conjunto de regras que o governam, notadamente na forma como se organizam e distribuem

(31) A respeito da conversão dos negócios jurídicos em geral, vide, por todos, W. Flume, *Das Rechtsgechäft*, § 32, Springer Verlag, 1965, I, p. 570.

(32) *Apostamentos para a História do Direito das Sucessões portuguesas*, p. 14.

(33) Art. 1.916.

(34) Arts. 1.651 e seqs.

(35) Arts. 1.933 e seqs.

as competências entre os cônjuges. Sucede que o Projeto nº 634/75 distingue entre Direito de Família Pessoal e Patrimonial e desde logo vale advertir que o regramento das esferas de competência do marido e da mulher não é o mesmo em ambos os setores. No Direito Pessoal de Família, tem-se o princípio de que ao marido "cabe a direção da sociedade conjugal que a exercerá, com a colaboração da mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos" (36).

Tal como exposta a regra poderia sugerir que o Projeto nº 634/75 tem a sua tônica na supremacia do marido, e a mulher seria somente sua colaboradora, como se contém na Lei nº 4.121. Em verdade, o preceito fundamental na matéria é o parágrafo único do art. 1.603, em que se exige o mútuo acordo para a solução das questões essenciais de sociedade conjugal. Certo é que, não havendo concordância, prevalecerá a decisão do marido, mas faculta-se à mulher recorrer ao juiz, desde que não se trate de matéria personalíssima.

O axioma endereça-se, como se aludiu, ao Direito Pessoal de Família e não interfere, desde logo, na distribuição de competência entre os cônjuges, no plano matrimonial. Ambos, ou qualquer deles, quando competentes para a prática de um ato, detêm a plenitude dos poderes para realizá-lo. Todavia, certas disposições na ordem das coisas econômicas podem refletir-se de modo grave na própria existência da família, convertendo-se nesse caso em questão essencial. Para ilustrar a hipótese, suponha-se que o patrimônio comum do casal seja composto exclusivamente de bens móveis, sem os quais ficaria profundamente afetada a sua base econômica.

17. Pelas regras do Código Civil brasileiro, sendo incontestável a chefia do marido, e tendo ele competência exclusiva para alienar os bens móveis comuns, nenhuma providência poderia a mulher tomar. No sistema do Projeto nº 634/75, o negócio projetado pelo marido, tal seja a sua gravidade, por ferir a base econômica essencial à existência da família, poderia constituir-se em questão essencial exigindo-se, em consequência, o mútuo acordo, com recurso à autoridade judiciária. A providência possui o caráter de medida preventiva, pois, realizada a disposição, nada se poderia alegar contra os terceiros adquirentes. Com o princípio do mútuo acordo em questões essenciais, não se pretende remover todos os males da família, mas é uma regra que pode ter aplicação no direito patrimonial quando a atividade a ser praticada colocar em risco a própria existência do matrimônio, afetando, assim, também a esfera dos vínculos pessoais.

Seria, contudo, admissível anular o negócio jurídico se houvesse sido feita a disposição com o intuito de prejudicar o outro cônjuge. Em certos países, de há muito a doutrina pende para admissão de uma ação "revocatória" dos atos praticados em prejuízo de um dos cônjuges **si fecerit in fraudem uxoris**. Essa conclusão foi adotada em vários julgamentos dos tribunais franceses ainda no século XVI e constituiu doutrina corrente em

(36) Art. 1.603 do Projeto n.º 634/75.

Molinaeus, Peckius, Christianus e muitos outros juristas, como mencionou A. H. Van Wyk em excelente tese (37).

A. H. Van Wyk (38), ao examinar o Direito brasileiro, menciona a opinião de Francisco Campos (39) favorável à revogação desses atos, embora seja difícil fundamentar a ação, não parecendo exato concluir que o ato não seria oponível ao cônjuge, porquanto resultante de causa ilícita. No Projeto nº 634/75, a situação é diversa, pois definiu-se o casamento como comunhão plena de vida (40).

A "comunhão plena de vida" é conceito ético, operativo, com conteúdo não totalmente definido; estabeleceu-se uma "lacuna interna" a ser preenchida pelas normas resultantes de sua concreção. Essa "lacuna interna" deverá constituir para o Direito de Família em disposição análoga a de outras "cláusulas gerais" de natureza ética, como a do § 242 do BGB, para o Direito das Obrigações.

Sendo assim, com base nesta disposição, é possível fundamentar limites mais estritos ao poder de disposição dos cônjuges, havendo-se como inválido o ato praticado por um cônjuge com a finalidade de prejudicar o outro.

No Direito português há, no art. 1.681 do Código Civil de 1966, disposição expressa, mantida, aliás, pelo Decreto-Lei nº 496/77, ao dar outra redação ao artigo, determinando que o cônjuge administrador responda "pelos atos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge". Essa disposição complementa o princípio de que "o cônjuge administrador dos bens comuns e próprios do outro cônjuge, ao abrigo do disposto nas alíneas a a f do nº 2 do art. 1.678, não é obrigado a prestar contas de sua administração" (41). Por esse artigo, ter-se-ia numa primeira exegese que a responsabilidade externa do ato praticado pelo cônjuge administrador permaneceria íntegra, isto é, o ato praticado não seria anulável ou mesmo objeto possível de ação revocatória. Essa solução, evidentemente, não satisfaz e seria de toda a oportunidade permitir a anulação do ato, ou a admissão da ação revocatória, sob pena de o preceito possuir, no geral, restrito interesse prático, pois somente operará nas relações "internas" entre os cônjuges.

18. As competências dos cônjuges no Projeto nº 634/75 constituem a subestrutura dos regimes de bens, uma parte geral da matéria, e se concentram no que mais importa, nos arts. 1.697, 1.698 e 1.702.

(37) "The power to dispose of assets of the Universal Matrimonial Community of Property", *A study in South African law with excursions on the law of Brazil and the Netherlands*, Pijnacker, 1976, p. 142. Em vários acórdãos, alude nossa jurisprudência à simulação como causa de anulabilidade. Todavia, na hipótese cuida-se de ato sem participação do outro figurante, portanto, de ato sem o vício de simulação, mas lesivo aos interesses do outro cônjuge.

(38) *Op. cit.*, p. 251.

(39) *Direito Civil*, 1956, p. 175.

(40) Art. 1.542.

(41) Art. 1.881, nº 1, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77.

Adotaram-se, no pertinente às competências dos cônjuges, regras igualitárias formais, posto que os poderes são absolutamente os mesmos, em todos os regimes de bens. Em consequência, reza o art. 1.697:

“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 do art. 1.702, nº 1;

II — administrar os bens próprios;

III — desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem outorga ou suprimento do juiz;

IV — demandar a rescisão dos contratos de fiança ou doação realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos números III e IV do art. 1.702;

V — reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino ou à concubina, cabendo-lhe provar 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.”

No exercício do governo doméstico, qualquer dos cônjuges obriga solidariamente o outro de modo que a responsabilidade pelas dívidas contraídas abrange todos os bens de ambos ⁽⁴²⁾.

A primeira regra a observar é a de que não se pode deduzir o fato de haver-se dado, no plano dos direitos pessoais, a direção da sociedade conjugal ao marido, qualquer restrição quanto à mulher, sobretudo quanto aos poderes e aos limites da administração de seus bens próprios. Em alguns sistemas jurídicos, a limitação provém do fato de competir a chefia da sociedade conjugal ao marido, de modo que, quando a mulher administra bens que lhe sejam próprios, essa administração se diferencia da que realiza o marido, tendo menor amplitude, pois a ela não coube a aludida chefia.

19. No Direito português anterior do Código Civil de 1966, discutiu-se o âmbito dos poderes de administração da mulher, quando estivesse judicialmente separada de bens, concluindo Rocheta Gomes que “não é indiferente à sua capacidade o estar integrada na sociedade conjugal e sujeita ao poder marital” ⁽⁴³⁾.

(42) Arts. 1.698 e 1.699.

(43) “Da Situação da Mulher Judicialmente Separada de Bens”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1966), supl. XIV, p. 88.

Não faria sentido, porém, atribuir-se à mulher a administração de certos bens, e depois impedir-lhe uma atividade mais ampla. É sabido que há uma diferença acentuada entre os poderes de administração e de disposição. Quanto aos primeiros cuida-se de uma atividade de conservação ou melhoramento exercida sobre alguns bens, com maior ou menor arbítrio, conforme se cuide de bem próprio ou alheio. O exercício do poder de disposição supõe uma modificação mais profunda, pois extingue-se um direito, ou se modifica através, por exemplo, da constituição de um direito real limitado.

É, por igual, evidente que, quando se confere o poder de administração, para exercê-lo do modo adequado, é necessário atribuir certa parcela de poderes de disposição. Parece, assim, acertada a opinião de Rocheta Gomes, quando, com base no art. 1.215, do anterior Código Civil português, tinha a mulher judicialmente separada de bens como legitimada a dispor dos bens móveis, seja a título gratuito ou oneroso, inclusive dos fundos disponíveis, a seu alvedrio ⁽⁴⁴⁾.

A mulher separada de bens teria, portanto, ampla capacidade financeira e econômica, perdurando certas regras limitativas às disposições sobre imóveis. A verdade é que no sistema tradicional de reger o Direito de Família, em que não se distinguem as relações pessoais e patrimoniais, detendo o marido a posição de chefe de família, ou da sociedade conjugal, os seus poderes se projetam sobre todas as relações jurídicas, podendo disso resultar maiores restrições às faculdades de administração ou de disposição da mulher.

20. No Projeto nº 634/75, embora se tenha dado ao marido a direção da sociedade conjugal, ao reger-se a parte patrimonial, conferiram-se poderes iguais a ambos os cônjuges, de modo que não há lugar para as discussões anteriormente aludidas, a respeito do que há de caber ao marido ou à mulher administrar, pois dependerá do regime de bens escolhido. Mas, fora de dúvida, são iguais os limites postos à disposição e administração dos bens.

O Direito Civil português, anterior ao Decreto-Lei nº 496/77, mantinha a posição de supremacia do marido no plano patrimonial, posto que a ele competia a "administração dos bens do casal, incluindo os próprios da mulher e dos bens dotais" como chefe de família ⁽⁴⁵⁾.

Mas havia muitas exceções ao princípio, não só decorrentes do regime que porventura viesse a ser adotado, como em muitos outros casos. Assim, por exemplo, competia à mulher a administração dos bens móveis próprios de qualquer dos cônjuges ou comuns, por ela exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho; dos seus direitos de autor; ou ainda os proventos que receba por seu trabalho ou indústria ⁽⁴⁶⁾.

(44) Rocheta Gomes, *op. cit.*, p. 110.

(45) Art. 1.678, atualmente revogado, em face de o Decreto-Lei n.º 496/77 haver dado outra redação, igualando os cônjuges.

(46) Art. 1.678, 2º, g, h.

As competências eram distribuídas segundo o princípio de que o marido era o chefe da família, mas, ao mesmo tempo, admitia o Código Civil diversas exceções. Na distribuição de competências entre os cônjuges, visava-se ao ponto de equilíbrio que deve existir entre a autonomia necessária ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos figurantes do contrato matrimonial e a exigência de uma certa vinculação entre ambos. Por isso, desenhou o Código Civil português um modelo de família, com as suas condicionantes históricas e culturais. Ao admitir o Código Civil português de 1966, de modo amplo, que pudesse a mulher administrar os proventos de seu trabalho ou indústria, garantia-se a sua autonomia profissional, atendendo-se, portanto, aos princípios anteriormente aludidos. Aliás, já no início dos trabalhos, a Comissão Elaboradora do Código Civil português deixara claro que resolvera "acautelar melhor os interesses da mulher casada, por exemplo no que toca aos poderes de disposição de bens por parte do marido".

Salientava, ainda, Vaz Serra que, no geral, as disposições na maioria dos códigos atuais destinadas a fortalecer a posição da mulher casada eram referentes ao exercício de sua profissão, à disposição do produto do seu trabalho, ou à gestão da economia doméstica. Todos esses postulados prevaleceram na Comissão e se inscreveram em artigos do Código Civil português de 1966.

21. Era esta a situação quando se editou o Decreto-Lei nº 496, de 25 de novembro de 1977, que igualou, de modo absoluto, os cônjuges. O art. 1.671, alíneas 1ª e 2ª, exara a regra de que (alínea 1ª) "o casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges"; e (alínea 2ª) "a direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação de vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro" (47). A aplicação do princípio da igualdade indiscriminadamente ao Direito de Família resulta na perda de certa característica e na aproximação dos ordenamentos do Direito de Família de todos os países, muito embora as diversidades culturais e históricas da família em cada um deles. Perde-se, por igual, o modelo diretor da posição dos cônjuges, livres, agora, em convencionarem como bem lhes aprover o modelo concreto da família. Não é fácil dizer qual o efeito imediato dessas regras. Se imaginarmos que algumas nações latino-americanas foram pioneiras na aplicação do princípio de igualdade, como o Uruguai (48), poderemos concluir que a experiência demonstrou serem as regras jurídicas, e somente elas, incapazes de transformar a realidade do país, de um certo patriarcalismo para a parceria entre os cônjuges, denominação esta última utilizada à míngua de outra melhor.

(47) O princípio da Igualdade dos cônjuges foi também aplicado ao Direito Comercial português pelo Decreto-Lei n.º 363, de 2 de setembro de 1977, revogando-se os arts. 8, 9, 11 e 16 e dando-se nova redação, entre outros, aos arts. 10 e 15, todos do Código Comercial. E o processo civil português sofreu, por igual, modificações, por força da incidência do mesmo princípio da Igualdade, editando-se o Decreto-Lei n.º 368, de 3 de setembro de 1977, que alterou a redação, dentre outros, dos arts. 17, 18, 1.038, 1.404, 1.414, 1.416 e 1.463 do Código de Processo Civil.

(48) A perfliação, pura e simples, do princípio da Igualdade pode gerar a falsa ilusão de que todos os problemas de discriminação foram resolvidos e distrair a atenção da realidade, que importa modificar. O Código Civil uruguiaio, art. 1.970, com a redação da Lei n.º 10.783, de 11 de setembro de 1946, igualou plenamente os cônjuges no casamento, mas não parece que tivesse modificado profundamente a realidade social.

Todos os códigos que adotaram o princípio da direção mútua da família enfrentam o problema de saber de como se há de resolver a dificuldade criada quando os esposados não conseguem chegar ao aludido acordo; nesse caso, não se lhes dá nenhuma possibilidade de recurso, restando apenas a submissão do menos resoluto, ou a separação; ou, ainda, em certos regimes, se lhes confere a faculdade de o juiz decidir a matéria.

Observe-se que a importância maior do princípio endereça-se às relações pessoais de família, porquanto, no aspecto patrimonial, todos os códigos utilizam de certa minúcia ao regradar a matéria. Na prática, certamente um dos cônjuges cederá, salvo se for matéria essencial à família.

Verdade é que, não obtido o acordo, só lhe resta a ação de divórcio ou da separação de pessoas e de bens. No sistema adotado no Projeto nº 634/75, com a distinção entre Direito Pessoal e Patrimonial de Família, formulou-se uma regra para aquele setor do Direito de Família no art. 1.603, segundo a qual:

“A direção da sociedade conjugal cabe ao marido que a exercerá com a colaboração da mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único — As questões essenciais serão decididas em comum. Havendo divergência, prevalecerá a vontade do marido, ressalvada à mulher a faculdade de recorrer ao juiz desde que não se trate de matéria personalíssima.”

22. Um dos aspectos capitais no Direito Pessoal de Família é o da fixação do domicílio e, neste caso, praticamente, coincidem, salvo diversidade de redação, os preceitos do art. 1.605 do Projeto nº 634/75 e do art. 1.673 do Decreto-Lei nº 496/77. Segundo o Projeto nº 634/75, a fixação do domicílio conjugal deve ser feita de comum acordo. Em caso contrário, a solução é a mesma do Direito português, isto é, decidirá o Tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges ⁽⁴⁹⁾. No Projeto nº 634/75 não se fez nenhuma restrição à competência da mulher casada no pertinente aos bens de que o casal é proprietário, quanto às relações jurídicas de que seja titular. Restrições podem resultar do regime de bens adotado. Neste particular, o Decreto-Lei nº 496/77 não só revogou o regime dotal, como legislou amplamente a respeito da aplicação do princípio de igualdade entre os cônjuges. As experiências de diversas legislações nem sempre foram felizes na aplicação do regime de igualdade plena com a adoção do regime de comunhão parcial como supletivo, preferindo-se, por esta razão, como regime-regra o da participação final nos aqüestos, combinação feliz entre o da comunhão, seja universal ou parcial, e o de separação ⁽⁵⁰⁾.

23. A adoção do regime de comunhão parcial com o princípio da igualdade plena gera problema sério, pois é possível alegar, no caso de execução, que o bem, sobretudo se for móvel, não pertence ao cônjuge de-

(49) Art. 1.673, alínea 3.ª

(50) Arts. 1.727-1.741.

vedor, ou que era comum, e a disposição deveria ser realizada por ambos os cônjuges, como se contém no art. 1.682, alíneas 2ª e 3ª, do Código Civil português com a redação do Decreto-Lei nº 496/77. Para evitar essas discussões, parece mais adequado o regime da participação final nos aqüestos, principalmente quando se formula a regra de que “as coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro” (51). Sem essa presunção, dificulta-se em muito a situação dos credores, não sendo impensável que, em face dessas dificuldades, o Direito português evolua — pois já está próximo — para o regime supletivo da participação final nos aqüestos. Precisamente, as dificuldades de aplicação do princípio da igualdade em qualquer dos regimes de comunhão é que autorizam pensar assim.

VI. Os diferentes regimes de bens, especialmente o regime da comunhão parcial

24. O Projeto nº 634/75 estabeleceu como regime-regra o da comunhão parcial, adotando, ainda, como optativos, o da comunhão universal de bens, o da participação final nos aqüestos e o da separação de bens. O regime da participação final nos aqüestos, previsto no anteprojeto, constitui-se em novidade, já que não existia em nosso Direito, nem fora proposta nos projetos anteriores. No esboço que fiz e'e aparece como regime-regra, porque me pareceu que ele atende melhor ao princípio da igualdade dos cônjuges, e constitui um desdobramento lógico de certos dispositivos da Lei nº 4.121/62, como aliás referi em trabalho (52), pois “desenvolvendo a idéia de igualdade dos cônjuges e da responsabilidade parcial pelas dívidas de cada um deles até o limite da meação (Lei nº 4.121/62, art. 3º), chega-se facilmente ao regime que se pretendeu instaurar, ou seja, o da participação nos aqüestos. A Lei nº 4.121, ao enunciar o princípio de que as dívidas de cada cônjuge só obrigariam os seus bens particulares e os comuns até o limite da meação expressou a mesma idéia. Todavia, admitindo que os bens do casal sejam comuns, tornou difícil a aplicação concreta da regra limitativa da responsabilidade”. Aliás, em matéria de responsabilidade pelas dívidas, no regime da comunhão, já ao tempo das Ordenações Filipinas depararam os juristas da época com uma regra de difícil aplicação, qual seja a do L. IV, Tit. 95, § 4º, das Ordenações, referente às dívidas particulares anteriores ao casamento, pois, quanto a estas “somente se poderá fazer execução, durante o matrimônio, nos bens que aquele, que assim era devedor, trouxe consigo ao tempo que casou, e na sua metade dos bens, que depois de casados foram adquiridos”.

(51) Art. 1.735. Alguns autores — embora isso seja raro — minimizam a distinção entre o regime da comunhão parcial e o da participação final nos aqüestos, com a afirmação de que na comunhão parcial existem bens em comum a partir do casamento e no de participação final nos aqüestos, cada um dos cônjuges continua proprietário dos bens adquiridos após o casamento, distinção que não é importante. Assim, pensa Gerhard Luther (Die Reformen des deutschen und italienischen Familienrecht In Vergleich”; in: *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42, 1978, p. 312). Todavia, é expressiva a diferença; e ela manifesta-se na titularidade dos poderes de administração e disposição sobre os bens dos cônjuges. Não havendo nenhum bem em comunhão, é menor o risco de impugnação e de demandas, a respeito da titularidade do direito de propriedade sobre os bens do casal.

(52) *Princípios para a reforma do Direito de Família*, vol. II, p. 539, n.º 91/95.

Sobre esta regra, Teixeira de Freitas, em nota ao art. 116 da Consolidação das Leis Civis, afirma: "Como será possível conhecer o que há de adquirido sem a partilha de todos os bens do casal? Os credores não podem requerer essa partilha e tal disposição, portanto, torna-se impraticável."

O art. 3º da Lei nº 4.121 leva adiante o mesmo princípio, aplicando-o às dívidas posteriores ao casamento. E, ao fazê-lo, afetou profundamente o conceito de comunhão, seja universal ou parcial, de bens, já que na comunhão, ao contrário do condomínio, para usar a denominação que lhe dá Dölle, a "quota é morta", ou seja, é mero indicador de verificação patrimonial à data de sua dissolução⁽⁵³⁾. Com o ordenamento lógico de todas essas idéias, chegar-se-ia a um regime em que durante o matrimônio os bens não se comunicariam, para fazê-lo somente à data de sua dissolução. Tal regime seria o de participação final nos aqüestos.

25. A maioria dos membros da Comissão preferiu, entretanto, para regime-regra o da comunhão parcial, aliás, regime supletivo em vigor no Brasil, por força da Lei nº 6.515/77. Nesse regime, são bens particulares somente os anteriores ao casamento, e comuns os adquiridos posteriormente, excluindo-se os que forem havidos por sucessão ou liberalidade. Este mesmo regime estava previsto no Código Civil atual⁽⁵⁴⁾ como optativo, e se assemelha ao regime adotado como regra no atual Código Civil português⁽⁵⁵⁾, embora também já estivesse previsto no anterior⁽⁵⁶⁾. A massa de bens em comunhão é, na redação do Código Civil português⁽⁵⁷⁾, composta pelo produto do trabalho de cada cônjuge e pelos bens adquiridos na constância do matrimônio que não sejam excetuados por lei. Os bens próprios de cada um dos cônjuges estão enumerados nos arts. 1.722 e 1.723 do Código Civil português, de modo que o patrimônio especial e particular se compõe dos bens que cada um deles tiver ao tempo da celebração do casamento; dos bens que lhes advierem depois do casamento por sucessão ou doação; dos bens adquiridos na constância do matrimônio por direito próprio anterior.

Quanto a estes últimos, o próprio art. 1.722, 2, exemplifica as hipóteses mais comuns. Por igual os bens sub-rogados no lugar dos bens próprios continuam a pertencer ao patrimônio especial de cada um dos cônjuges⁽⁵⁸⁾. Havendo dúvida sobre a comunicabilidade, exarou-se o princípio de que na dúvida se teria como comum o bem móvel⁽⁵⁹⁾. Em

(53) *Familienrecht*, vol. II, § 69, 1964, p. 900. Nos sistemas latinos, em que os "direitos em mão comum" são excepcionais, a figura é difícil de compreender. Esse tipo de *condominium iuris germanici* consistiria, segundo Paolo Grossi, em obra notável (*Un altro modo di possedere*, p. 388, Milano, 1977) numa "struttura liberata da troppo rigide premesse individualistiche, poi plastica, poi aperta ai fatti e alla loro varietà, tipizzata da una articolazione no meramente patrimoniale e perciò insuscettibile di essere oggetto di atti mercificatori". Entre nós, a comunhão depende da permissão da lei; entre os exemplos mais importantes, estão os regimes de comunhão no casamento; e a herança.

(54) Art. 271, Código Civil brasileiro.

(55) Arts. 1.721 e segs.

(56) Art. 1.133.

(57) Art. 1.724.

(58) Art. 1.723

(59) Art. 1.725.

matéria de frutos dos bens próprios tem-se que são comuns por força do disposto no art. 1.728, 1º, do Código Civil português. Mas, excluem-se da comunhão, entre outros, 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 por virtude de um direito de subscrição àqueles inerentes (60). Comparando os dispositivos que informam o regime da comunhão parcial do Projeto nº 634/75, ressaltam as diferenças, a começar pela circunstância de que naquele Código se regrou com maior riqueza de preceitos o regime, enquanto que no Projeto nº 634/75 se preferiu normar a matéria com menor número de disposições. A matriz a este respeito está no art. 1.713 do Projeto nº 634/75 em que se exara a regra de que “no regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, com as exceções dos artigos seguintes”.

No art. 1.714, determinou-se o que se excluiria da comunhão, não se dispondo, entretanto, de modo taxativo. Reza o aludido artigo:

“Excluem-se da comunhão:

I — os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II — os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III — as obrigações anteriores ao casamento;

IV — as provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V — os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI — os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII — as pensões, meios soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

São, ainda, incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, como está expresso, com maior generalidade, no art. 1.716. Por fim, segundo o art. 1.715, comunicam-se:

I — os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II — os adquiridos por fato eventual, com o concurso de trabalho ou despesa anterior, ou sem ele;

III — os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV — as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

(60) Art. 1.728, 2.º, d.

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.”

26. Os regimes previstos no Projeto nº 634/75 e no Código Civil português como regra, embora contenham o princípio da comunicabilidade dos bens adquiridos posteriormente ao casamento, diferem, em muito, quanto aos bens que, na verdade, integram a massa de bens em comum e o patrimônio especial dos cônjuges, uma vez que há exceções, de maior ou menor amplitude, à regra da comunicabilidade dos adquiridos após a realização do matrimônio. A primeira diferença está no respeitante aos proventos do trabalho dos cônjuges que, no Projeto nº 634/75, têm-se como excluídos da comunhão; são, em consequência, bens próprios de cada um dos cônjuges ⁽⁶¹⁾. Reversamente, no Código Civil português, constituem-se em bem comum. No art. 1.715, I, do Projeto nº 634/75, exarou-se a regra de que os bens adquiridos a título oneroso durante o casamento seriam comuns, asseverando, ainda, o inciso V do mesmo artigo serem comuns os frutos dos bens particulares de cada um dos cônjuges. Para bem compreender a razão de haver-se como particular o provento do trabalho de cada cônjuge, é necessário analisar as modificações que a Lei nº 4.121/62 trouxe ao regime de bens do Código Civil brasileiro, notadamente ao de comunhão universal e parcial, por força de vários de seus dispositivos. Ao longo de uma progressiva afirmação da mulher em nosso meio, consentânea com as transformações por que passou a sociedade brasileira nessas últimas décadas, houve necessidade de reformular diversos princípios de nosso Direito de Família, em decorrência, notadamente, da abolição da regra da incapacidade relativa da mulher casada. Pois o disposto no art. 6º, inciso IV, de nosso Código Civil, no qual se colocava a mulher casada entre os relativamente incapazes, juntamente com os maiores de 16 e menores de 21 anos, os pródigos e os silvícolas, foi abolido, com o advento da Lei nº 4.121, que alterou a redação do aludido art. 6º e excluiu o inciso. Modificou-se, por igual, o art. 263 do atual Código Civil, em que se exemplificavam os bens incomunicáveis, para acrescentar os incisos XII e XIII; e, com isso, excluir dos bens comuns os bens reservados (art. 246, parágrafo único), e os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos. A Lei nº 4.121/62, ao alterar o art. 246 do Código Civil, exarou a seguinte regra sobre bens reservados:

“A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240, e n.ºs II e III do art. 242.”

Estes últimos dispositivos referem-se à autorização marital necessária para a mulher alienar ou gravar de ônus real os seus imóveis

(61) Art. 1.714, VI.

próprios ou para ceder seus direitos reais sobre imóveis de outrem ⁽⁶²⁾ que não ficam excetuados quanto aos bens reservados, ou seja, bens particulares cujos frutos não se comunicam, e cujas alienações e novas aquisições, em razão da sub-rogação imediata, continuam a ser bens particulares. Os bens reservados constituíram, em nosso Direito, uma inovação ⁽⁶³⁾, pois todos os bens incomunicáveis, e, portanto, particulares, tinham a virtude de que a administração deles se realizava em benefício da comunhão, em razão do que seus frutos se tornavam comuns. A administração dos bens reservados é feita em benefício do cônjuge titular do direito, razão pela qual os frutos não se comunicam. E daí a distinção entre bens especiais, em que os frutos se comunicam, e bens reservados, em que tal não sucede. Constituem, portanto, um patrimônio dinâmico, diverso dos bens simplesmente incomunicáveis, pois o regime a que estão submetidos não se confunde com o dos demais. Por outro lado, encontra-se nos bens reservados, como foram conceituados pela Lei nº 4.121, o germe da separação de bens, não sendo demais lembrar que na Inglaterra da simples "separate property" da mulher evoluiu-se para o regime da separação de bens ⁽⁶⁴⁾.

VII. O produto do trabalho dos cônjuges e o âmbito de seus poderes

27. Outra particularidade, decorrente da mesma Lei nº 4.121, está em que, por força do disposto no inciso XIII do art. 263, também não se comunicam "os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou

(62) Perdurou em nosso Direito o caráter familiar dos bens imóveis cuja origem pode ser encontrada no século X a XIII quando impunha-se, para alienação da propriedade imobiliária, a autorização de parentes. Em nosso Direito positivo, exige-se ainda hoje, mesmo no regime de separação de bens, a autorização do cônjuge não proprietário para eficácia dos negócios dispositivos sobre imóveis. Sobre o caráter familiar dos bens imóveis, vide com referências bibliográficas, Almeida Costa, "Temas de História do Direito", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1968) v. XLIV, p. 300. O consentimento de ambos os cônjuges, segundo o Decreto-Lei nº 496/77, também é necessário para o arrendamento ou concessão de outros direitos pessoais do gozo sobre imóveis próprios ou comuns, salvo se o regime for de separação de bens (art. 1.682A). No Projeto nº 634/75 exige-se aquiescência da mulher somente quanto à cessão gratuita dos bens próprios e comuns, no regime da comunhão parcial e universal (art. 1.717, § 2.º). A residência da família tem no Direito português atual um regramento jurídico próprio, pois, ainda que o regime de bens seja o de separação, carecem do consentimento de ambos os cônjuges os negócios de cessão meramente obrigacionais de uso e os negócios de disposição, sucedendo o mesmo por exemplo quanto à resolução ou denúncia do contrato de arrendamento (arts. 1.682A, 2; 1.682B, a, b, c, d).

(63) Vide Waldemar Ferreira, "O Estatuto da Mulher Casada Brasileira", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (1963) t. XXXIX, p. 23; e o nosso trabalho, "Dívida Particular dos Cônjuges", *Revista Jurídica* (GB, 1970), pp. 23 e segs.

(64) Procurei, em artigo, "Direito Patrimonial de Família", *Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 1.º (1972) N.S., pp. 39-51, traçar sumariamente a história dos bens reservados anotando que eles surgiram em duas decisões da "Equity" de 1724 (Rollfe v. Budder) e 1725 (Benett v. Davis) e depois, tornaram-se direito estatutário, com o "Married Women Property Act" de 1870 e 1882. Somente mais tarde é que os bens reservados ingressaram no Direito continental, v.g., no BGB, § 1.367, como exceção ao usufruto legal sobre os bens da mulher, ao tempo do anterior regime-regra, ou seja, do "regime da comunhão na administração", posteriormente revogado pelas disposições igualitárias da Constituição de Bonn. Na França, os bens reservados têm outra significação, pois a mulher que exercer profissão distinta da do marido possui o poder de usar, administrar e dispor dos bens por ela adquiridos. Mas esses bens não são particulares e, sim, comuns; em consequência, entram na partilha (Lei nº 65.570, arts. 224 e 1.401). Os poderes inerentes à propriedade são reservados para o exercício da mulher durante o casamento; não, porém, a propriedade que é comum. No Direito Inglês atual, pareceu que aludir-se à propriedade reservada, "separate property", não tinha mais sentido por ser a mulher, tanto quanto o marido, plenamente capaz. Por esse motivo, o "Married Women and Tortfeasars Act", em 1935, aboliu a propriedade reservada da mulher casada, determinando, em princípio, que "a married woman shall be capable of acquiring, holding and disposing of any property in all respects as if she were a feme sole" (Bromley, *Family Law*, p. 30).

de ambos". Esta regra vigora, quanto à mulher, desde que não preenchidos os pressupostos dos bens reservados, uma vez que nestes não são somente os frutos civis que são incomunicáveis, pois também o são os bens com ele adquiridos. Quanto aos frutos civis resultantes da atividade do marido, a jurisprudência, com raríssimas exceções⁽⁶⁵⁾, não tem aplicado o princípio da incomunicabilidade. No inciso VI do art. 1.714 do Projeto nº 634/75 editou-se a regra de que são incomunicáveis "os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge". Esta regra tem de ser complementada com a do inciso I do art. 1.715, em que se dispõe que são comuns os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, bem como também o são os frutos dos bens particulares. O problema, aliás, se assemelha ao que ocorreu no Direito francês, por força da redação dada pela Lei nº 65.570, ao art. 1.401, em que apenas se dispôs serem comuns os bens adquiridos com salários e vencimentos, não se esclarecendo, entretanto, se os próprios salários e vencimentos seriam particulares ou comuns.

Aplicando-se a regra *inclusio unius exclusio alterius*, ter-se-ia que os salários e vencimentos seriam particulares, mas o que fosse com eles adquirido constituiria, reversamente, um bem comum. Em face disso, H. Mazeaud caracterizou a situação em trabalho que denominou de "la communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux"⁽⁶⁶⁾. Por sua vez, não padece dúvida que a essência de um regime de comunhão está no fato de ser comum o produto de trabalho dos cônjuges⁽⁶⁷⁾ e, por essa mesma razão, deu-se amplitude à exegese do art. 1.401 do Código Civil francês.

O Projeto nº 634/75 encontrou, entretanto, toda a legislação anterior que dispunha sobre bens reservados e também a respeito do produto do trabalho do marido e mulher como bem incomunicável. O problema cresce de ponto quando se pergunta quem há de administrar os bens adquiridos com os proventos do trabalho dos cônjuges.

Se eles se tornarem, pura e simplesmente, bens comuns, a administração caberia ao marido⁽⁶⁸⁾. Para harmonizar as disposições, a melhor solução teria sido a de considerar como comuns os proventos da mulher e do marido, embora sujeitos os da mulher à sua administração e disposição, com ressalvas quando se tratar de bem imóvel. O Código Civil português, ao compasso dessas realidades, exarou em seu art. 1.724, a, o axioma de ser bem comum o produto do trabalho dos cônjuges. Rela-

(65) A 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apel. Civ. nº 17.506, enfrentou o problema e procurou harmonizar a situação do marido e da mulher, dando extensão ao inciso XIII do art. 263, ao afirmar: "os termos desse inciso podem gerar certa dúvida a respeito da interpretação do que sejam frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. São excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Mas, se excluir os frutos civis, obviamente excluídos devem ser os bens comprados com esses frutos civis, ainda que não se considerem tais bens como frutos civis"; in: "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS (1973), v. 37, p. 270.

(66) D. 1965, Chron, p. 92, R. Savatier, a seu turno, e com certa ironia, escreveu, a este propósito, um trabalho "La finance ou la gloire, option pour la femme mariée", D. 1965, Chron, p. 139. Veja-se sobre os argumentos, Patarin-Morin, *La Réforme des Régimes Matrimoniaux*, t. 1, p. 99 (1971).

(67) Com ampla bibliografia a respeito, vide Patarin-Morin, *La Réforme des Régimes Matrimoniaux*, p. 100.

(68) Art. 1.718.

tivamente à administração dos bens do casal, tinha-se, comó regra, anteriormente ao Decreto nº 494/77, que cabia ao marido, e esta administração abrangia os bens próprios da mulher e os dotais (69). O princípio, no Direito português, aparecia como atributo ou complemento da posição do marido como chefe da família, a teor do disposto no art. 1.678, hoje revogado.

Poderia parecer, em consequência, que a mulher estaria vinculada a um sistema totalmente patriarcal, já que até mesmo os seus bens próprios se submetiam à administração do marido. A conclusão seria apresada, pois mesmo antes do Decreto nº 494/77, a disposição mais importante era a de que à mulher cabia administrar "os proventos que receba por seu trabalho ou indústria" (70).

Verifica-se, do que foi exposto, que os salários e vencimentos são bens comuns, mas a administração deles é da mulher.

28. Postas essas considerações, cumpre examinar como tratou o Projeto nº 634/75 a autonomia financeira e bolsística da mulher. Para exame, vale salientar, ainda uma vez, que nosso Projeto nº 634/75 e o Código Civil português instituíram uma parte geral ao regime de bens. No Projeto nº 634/75, a estrutura fundamental dos regimes de bens está exposta nos arts. 1.697 a 1.702. No art. 1.697, tem-se o axioma de que "qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações do art. 1.702, nº 1". A limitação desse artigo, como é tradicional em nosso Direito, relaciona-se com os bens imóveis e com os direitos reais sobre eles constituídos, que necessitam, no caso de negócio jurídico dispositivo, de consentimento ou autorização do outro cônjuge, excetuando-se, apenas, da incidência dessa regra, no Projeto nº 634/75, o regime de separação absoluta de bens. O disposto no nº 1 do art. 1.697 estabelece o princípio da autonomia profissional dos cônjuges, em regime de absoluta igualdade, pois o preceituado endereçava-se a ambos os figurantes do contrato matrimonial. A regra fundamental está, contudo, no inciso VI do mesmo artigo, em que se dispõe que marido e mulher podem "praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente".

Resulta dessa disposição a tendência de regular, num só estatuto, os poderes de administração e disposição de ambos os cônjuges, dando-lhes igual autonomia de gestão patrimonial, autonomia que se endereça a todos os regimes de bens. Conforme o regime adotado, poderá haver preponderância do marido, tendo em vista que a ele poderá competir a administração dos bens comuns. Essa limitação decorre da adoção, por exemplo, do regime de comunhão parcial (71), ou universal (72).

(69) Art. 1.678, 1.

(70) Art. 1.678, 2, h; atualmente, com o Decreto-Lei nº 496/77, art. 1.678, a, excluíram-se os proventos da "indústria", porque estão incluídos no trabalho.

(71) Art. 1.718.

(72) Art. 1.725.

A autonomia de ambos os cônjuges possui a mesma amplitude, seja ela financeira, bancária ou bolsística, e deve-se evitar a exegese de que, sendo comuns os frutos, civis ou naturais, dos bens particulares, sobre eles desde logo incidiria a administração do marido nos regimes de comunhão parcial e universal. Embora os frutos, em ambos os regimes, sejam comuns (73), cabe à mulher administrar os bens próprios (74) podendo dispor dos frutos resultantes de sua administração, uma vez que a administração é uma atividade duradoura, supondo normalmente investimentos, via de regra realizados através de rendas resultantes do bem administrado.

Na locação ou arrendamento de um imóvel próprio, é necessário fazer despesas para sua conservação, que, normalmente, se realizam com valores recebidos. Os frutos civis percebidos são comuns, mas como compete à mulher administrá-los, certo é que a ela há de caber o poder de dispor, sob pena de se tornar impossível a administração dos bens que lhe são próprios. Quando é o marido o proprietário exclusivo do bem, nos regimes anteriormente citados, não surge o problema, porque ele é ao mesmo tempo administrador legal dos bens comuns, de modo que, por esse ângulo, não se verifica nenhuma dificuldade quanto à solução. Se os frutos dos bens particulares da mulher comunicam-se, pela exegese literal dos textos, ter-se-ia que a administração dos frutos passaria a ser competência do marido. Essa solução não satisfaz, razão pela qual se há de interpretar que ela administra os bens particulares, podendo, para esse efeito, dispor dos seus frutos, embora estes sejam bens comuns.

O Projeto nº 634/75, em consequência, não ressalvou, apenas, a autonomia profissional de ambos os cônjuges, como também permitiu à mulher dispor dos frutos comuns de seus bens particulares, no âmbito do que for necessário à uma gestão adequada de seus bens. Tem, assim, autonomia financeira, como emanção da faculdade de administrar o seu patrimônio. Conseqüentemente, não pareceu necessário regrar minuciosamente, ao modelo da Lei francesa nº 65.570, ou mesmo referir à sua capacidade bancária, como está expresso no Direito português, pois tudo isso decorre das necessidades resultantes do exercício de uma profissão, para a qual ela tem plena autonomia, ou da administração de seus bens particulares, para a qual ela está legitimada. Preferiu-se equacionar o problema através de regras gerais, sem descer ao casuísimo, uma vez que dentro da ampla autonomia, que lhe foi conferida, poderá exercer todas as suas atividades econômicas, financeiras, ou como querem alguns, até mesmo bolsísticas.

A administração nos demais regimes de bens também não oferece dificuldades. Se houver bens incomunicáveis, no regime de comunhão universal, a administração deles caberá ao cônjuge proprietário. Nos demais regimes, isto é, no de participação final nos aqüestos, e no de separação de bens, nenhum problema haverá já que cada um dos cônjuges detém competência para administrar os seus bens próprios.

(73) Arts. 1.715, V, 1.724.

(74) Arts. 1.714, I, VI; 1.720.

29. Para analisar a competência financeira ou econômica no Direito português é necessário fixar alguns conceitos fundamentais. É costume distinguir entre administração e disposição de bens, de modo que, para a exegese da letra **h** do inciso 2º do art. 1.678 do Direito português anterior, cumpria esclarecer se entre os poderes de administrar estariam, por igual, os de dispor. Resolvida essa questão preliminar, ter-se-ia, ainda, de examinar se os bens adquiridos através de disposição dos proventos adquiridos pela mulher continuariam sob sua administração. No Código Civil português, distinguia-se entre administração e disposição, formulando-se duas regras importantes. A primeira delas é a do art. 1.682, hoje revogada, em que se deu legitimidade ao marido e à mulher “para alienar livremente, por ato entre vivos, os móveis do casal, próprios ou comuns, de que tenham administração”; a outra disposição, igualmente importante, é a do art. 1.680, também revogado, referente aos depósitos bancários da mulher. Neste artigo, em seu inciso 1, exarou-se a regra que, “no exercício do governo doméstico, ou como administradora de parte, ou da totalidade dos bens do casal, a mulher pode livremente movimentar, em seu nome exclusivo, depósitos bancários qualquer que seja o regime de bens”. E no nº 2, completa-se o axioma esclarecendo-se que “o estabelecimento bancário não responde em face do marido, nem perante terceiros, pelos pagamentos feitos à mulher, ou à sua ordem, por conta de depósitos efetuados em nome exclusivo dela salvo se for notificado de diligência judicial que afete esses depósitos”.

Não é fácil, para logo, estabelecer a extensão que teria este artigo, pois, pela sua formulação tão-somente, não é possível precisar se no art. 1.680, como se deduz de seu **caput**, o poder que se havia conferido à mulher se reduzia ao contrato de depósito, ou se também ter-se-ia facultado abrir outras contas, e movimentá-las. No Direito francês, deu-se, por disposição expressa ⁽⁷⁵⁾, maior amplitude, pois facultou-se à mulher abrir todas as contas de depósitos e de títulos. Quanto à autonomia bancária e bursátil, a Lei francesa nº 65.570 foi mais explícita do que o disposto no art. 1.680 do Código Civil português. Tomando-se o art. 1.680 como um “topos” específico dentro de todo o sistema, poder-se-ia afirmar que a autonomia bancária, no tocante à mulher, reduzia-se aos depósitos bancários; tudo o mais escaparia ao que se contém naquele artigo. Fora dele, ficariam, por exemplo, a autonomia bursátil, as operações bancárias com títulos; sobretudo porquanto não lhe permitiu o dispositivo o direito, em geral, de abrir todo e qualquer tipo de contas bancárias ⁽⁷⁶⁾, menos ainda de títulos. Este argumento, a nosso ver, perderia a sua maior importância quando se atentasse para a disposição do art. 1.682, o qual, por sua amplitude, facultava a qualquer dos cônjuges alienar por ato entre vivos os móveis de que tinha a administração. Ora, se do poder de administrar decorria normalmente o de disposição, parece claro que, neste particular, era imperioso permitir-lhes operar também com maior extensão, facultando-se, com base no aludido artigo, as ope-

(75) Art. 221, alínea 1.ª, red. da Lei n.º 65.570.

(76) Art. 1.680.

rações financeiras e bursáteis, com móveis corpóreos e incorpóreos, os quais, da simples exegese do art. 1.680, estariam excluídos (77).

O princípio do art. 1.680 seria meramente explicitante de uma regra bem mais ampla, como costuma acontecer quando se altera fundamentalmente algum instituto jurídico.

O Decreto-Lei nº 496/77 deu a seguinte redação ao art. 1.680:

“Qualquer que seja o regime de bens, pode cada um dos cônjuges fazer depósitos bancários em seu nome exclusivo e movimentá-los livremente.”

O mesmo problema anteriormente examinado projeta-se na nova disposição. Cuida-se de saber, agora, se os cônjuges têm livremente a faculdade de depositar e de movimentar a conta ou se possuem a mais ampla competência financeira e bolsística. Vale dizer, a questão está em verificar se para as demais atividades econômicas, cada cônjuge depende do consentimento do outro, consistindo o depósito bancário, conforme o disposto no atual art. 1.680 do Código Civil português, mera exceção ao princípio do mútuo consentimento. Para as demais operações financeiras e bolsísticas, a competência para praticá-las livremente dependerá da origem da atribuição patrimonial e do fato de estar prevista nos n.ºs 1º e 2º do art. 1.678 do Código Civil português.

30. O Decreto-Lei nº 496/77, ao igualar os poderes dos cônjuges, adotou o princípio de a administração dos bens próprios competir ao seu titular, bem como dos demais bens enumerados no nº 2 do art. 1.678. A regra é a de que cada um dos cônjuges tem a competência para a prática de atos de administração ordinária sobre os bens comuns. Para o exercício dos atos de disposição (administração extraordinária) de bens cuja administração compete a ambos os cônjuges, exige-se o mútuo consentimento (78). Nem sempre é fácil afirmar, em realidade, o princípio e a exceção pois, se muito se excetuar, essas hipóteses podem constituir a regra. No art. 1.678 são muitas as exceções ao princípio de que os negócios jurídicos de disposição sobre os bens comuns necessitam de consentimento mútuo. É preciso, portanto, verificar a origem da atribuição patrimonial. Se ela derivar do trabalho, por exemplo, o aumento econômico tornar-se-á bem comum, mas o negócio jurídico de disposição pode ser praticado pelo cônjuge que o perceber (79).

31. A mulher, já no Direito português anterior ao Decreto-Lei número 496/77, não necessitava da autorização do marido para exercer profissões liberais ou funções públicas, nem para publicar ou fazer representar

(77) Favorável a esta exegese, no Direito francês, R. Savatier; contra, Patarin-Morin, *La Réforme des Régimes Matrimoniaux*, n.º 32, p. 34, por força da disposição do art. 222, pois este artigo, segundo este autor, relaciona-se exclusivamente com bens móveis corpóreos: “le texte exige que les meubles soient détenus individuellement par un époux; or la détention, selon le langage habituel, est une maîtrise matérielle d'un meuble corporel”. Esta restrição não se encontra no art. 1.682, do Código Civil português, razão pela qual a regra do inciso 1.º, 1.ª parte, do aludido artigo, deve abranger não só os bens móveis corpóreos, quanto os incorpóreos. É verdade que, no Direito francês, a regra é mais ampla pois não se exige propriamente a administração, bastando a detenção do bem móvel.

(78) Arts. 1.678, n.º 3; 1.682, n.ºs 1 e 3.

(79) Arts. 1.678, n.º 2, e; 1.682, n.º 2.

as suas obras ou dispor da propriedade intelectual, nem ainda para exercer outras atividades lucrativas, mediante contrato com terceiro ⁽⁸⁰⁾. Todavia, impunha-se fosse ela autorizada para o exercício do comércio ⁽⁸¹⁾, embora esta autorização independesse de qualquer formalidade. Parece claro que tudo aquilo que a mulher adquiriu com a aplicação do provento de seu trabalho continuava a ser por ela administrado.

Não se distinguiriam as hipóteses e dava-se um tratamento comum à administração dos proventos da mulher, resultassem eles do trabalho como empregada, como empregadora, ou ainda como profissional liberal. Em face disso, dever-se-ia concluir que se adotara no Direito português solução semelhante à do Direito francês, embora em nenhum momento se fizesse menção de serem os bens adquiridos com o provento de seu trabalho, na verdade, bens reservados, no sentido de que a propriedade deles é comum, mas a administração é da mulher; não só a administração **stricto sensu**, pois compete-lhe o poder de dispor, sendo que o resultado das disposições, que porventura haja feito, continua a ser, ainda uma vez, por ela administrado, podendo, novamente, sobre ele dispor. A particularidade dos bens reservados está em que a faculdade de administração e disposição não cessa, feita a primeira aplicação ou conversão em bem de outra espécie e, nesse ponto, distinguem-se dos bens meramente especiais. A nosso ver, os bens reservados ainda no Direito português anterior ao Decreto-Lei nº 496/77 diferiam, quanto à sua natureza e efeitos, dos bens reservados em sua acepção clássica de **Vorbehaltsgut**. Nesse último sistema, formam um patrimônio próprio da mulher, que administra e dispõe desses bens incomunicáveis em seu benefício.

32. O Decreto-Lei nº 496/77 atribui (art. 1.678, 2) a quem o auferiu a administração dos proventos do trabalho — que é bem comum no regime supletivo por força do art. 1.724, a, do Código Civil. No art. 1.678, disciplinaram-se uniformemente as competências tanto para o marido quanto para a mulher. No regime da comunhão dos adquiridos, fazem parte da comunhão ⁽⁸²⁾ o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos por eles na constância do matrimônio, que não sejam excetuados por lei. O que se reserva ao cônjuge que o adquiriu é simplesmente a administração, pois esses proventos são bens comuns. O que for com eles adquirido é novamente bem comum sujeito à administração de quem o adquiriu, como sucede com os proventos do trabalho (art. 1.678).

O Código Civil português contempla, no art. 1.678, bens comuns com administração própria de um dos cônjuges e bens comuns em que a administração é, por igual, comum.

Essa distinção é importante quando se cuida de realizar os negócios jurídicos de disposição, previstos no art. 1.682 do Código Civil, pois, como mencionamos anteriormente, “a alienação ou oneração de móveis comuns cuja administração caiba aos dois cônjuges carece do consentimento de ambos, salvo se tratar de ato de administração ordinária”.

(80) Art. 1.676, revogado integralmente pelo art. 68 do Decreto-Lei nº 496/77.

(81) Art. 1.686, revogado pelo art. 77 do Decreto-Lei nº 496/77.

(82) Art. 1.724, a e b.

VIII. A responsabilidade pelas dívidas

33. O outro problema que cumpre analisar é o do alcance das dívidas contraídas pelo marido e pela mulher nos regimes de comunhão parcial e universal. No estatuto fundamental, e referente a todos os regimes de bens, exarou-se uma regra a respeito do governo doméstico, pela qual se derogou o preceito de nosso Código Civil (83), segundo o qual a mulher se presumia autorizada para adquirir as coisas necessárias à economia doméstica.

O Código Civil brasileiro regrou a hipótese, ao modelo do Direito napoleônico, como mandato doméstico, que lá, por força da mesma Lei nº 65.570, foi modificado, adotando-se a sugestão de Carbonnier, a quem coube a redação do projeto de lei. Não se adotou, no Projeto nº 634/75, a solução francesa de ambos os cônjuges obrigarem solidariamente os bens comuns e particulares quando no exercício do governo doméstico, porque isso pareceu desnecessário. Preferiu-se, diversamente, regrar, apenas, a situação da mulher, porque a ela, de regra, cabe o governo doméstico (84). O Código Civil português, em seu art. 1.677, nº 1, exarou o princípio de que "pertence à mulher, durante a vida em comum, o governo doméstico, conforme os usos e a condição dos cônjuges" (85).

Não se utilizou o Direito português, anteriormente ao Decreto-Lei nº 496/77, da fórmula francesa, hoje alterada, do **mandat domestique**, mas preferiu-se, segundo o modelo do **Schlüsselgewalt**, do Direito germânico antecedente à reforma de 1977, dar neste caso à mulher uma "representação limitada de família", ou seja, a faculdade de obrigar imediatamente os bens comuns e particulares dos cônjuges quando realizar negócios no exercício daquela competência. No esboço que redigi a regra afirma simplesmente:

"A mulher tem legitimação:

I — para comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II — para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Parágrafo único — As dívidas, assim contraídas, obrigam solidariamente ao marido."

A Comissão resolveu modificar a redação do **caput** do dispositivo mantendo os incisos e parágrafo único, de modo que o art. 1.698 do Projeto nº 634/75 tem agora a seguinte redação:

"A mulher pode, outrossim, sem autorização do marido."

Esta disposição sofreu críticas porque, com redação estampada no art. 1.699, poderia parecer que somente quanto ao governo doméstico é que ela não necessitaria de autorização marital. A nova forma de expor o princípio foi exarada para esclarecer que também nesse caso era dispensável a autorização marital; e, sem embargo disso, o marido ficava

(83) Art. 247.

(84) Art. 1.698.

(85) O art. 1.677 passou a ter outra redação revogando-se por completo a disposição relativa ao governo doméstico da mulher (art. 1.677, nº 1) em decorrência da igualdade dos cônjuges e deu-se nova redação ao nº 2 do art. 1.677, atualmente art. 1.676, nº 1, relativo ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar.

solidariamente responsável pelas dívidas contraídas. Embora esteja convencido que a redação original era mais exata e de maior rigor técnico do que a atual, certo é que desse dispositivo não se deve tirar conclusão diversa da que foi anteriormente exposta.

Pode afirmar-se que a preocupação com a clareza da Comissão levou alguns espíritos menos afeitos à exegese de textos legais a uma conclusão errônea. Com a disposição, não se restringiu a competência da mulher, tanto mais quanto o art. 1.697 suprimiu a diversidade de tratamento quanto à competência dos cônjuges no Código Civil, diversidade essa que perdura ainda após o advento da Lei n.º 4.121.

34. Sucede que o marido, em ambos os regimes de comunhão, é o administrador dos bens comuns, em regra os mais vultosos. O regramento da responsabilidade pelas dívidas nem sempre é fácil, porque é necessário, em primeiro lugar, dar segurança aos credores, e é imperioso saber quais os bens que deverão garantir o débito.

As dívidas são particulares, ou mistas, isto é, ou elas somente podem ser solvidas com bens que sejam de propriedade exclusiva do cônjuge devedor, ou abrangem e vinculam os bens comuns e os particulares do outro cônjuge. Restringindo-se, em certos casos, a responsabilidade pelas dívidas somente aos bens próprios do cônjuge devedor, poucas garantias teriam os credores. Se a regra for a de serem mistas as dívidas, os bens comuns responderão por dívidas contraídas no interesse particular de qualquer um dos cônjuges.

Por esse motivo, no geral, as dívidas são mistas, gerando, conseqüentemente, débitos comuns que se solvem com o patrimônio comum e particular dos cônjuges, no caso de haver-se adotado um dos regimes de comunhão. Com a finalidade de limitar a comunhão na responsabilidade, discutiu-se, no Direito germânico, se não seria o caso de editar uma norma que facultasse ao credor executar somente até o limite da meação do cônjuge devedor para amenizar as desvantagens do regime de comunhão. A favor de uma tal regra limitadora pronunciaram-se vários juristas como Krauss⁽⁸⁶⁾, Greven⁽⁸⁷⁾ e Bosch⁽⁸⁸⁾ e contra ela manifestaram-se Beitzke⁽⁸⁹⁾ e Dölle⁽⁹⁰⁾, com o argumento de que seria feito necessário da penhora da meação a separação do patrimônio comum. Ora, uma comunhão de bens dependente do arbítrio dos credores não seria regime satisfatório⁽⁹¹⁾. Com o advento da Lei n.º 4.121, o problema foi proposto

(86) Fam R Z (1954) p. 92.

(87) Fam R Z (1954) p. 94.

(88) Fam R Z (1954) p. 156.

(89) Fam R Z (1954) p. 157.

(90) J Z (1953) p. 619, nota 18.

(91) Gemhuber, *Familienrecht*, § 31, II, p. 299. A Lei n.º 4.121/62 resultou da aprovação, no Congresso, do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 1.084, de 1952. Nele não constava o art. 3.º da Lei n.º 4.121/62, tendo o Parecer n.º 923, de 1959, no Senado Federal, aceito a emenda da mesma data que o introduziu, da lavra do Sen. João Villas Boas. Se era do conhecimento desse parlamentar que na Alemanha se discutia a possibilidade de adoção do regime da comunhão parcial com limitação da responsabilidade à meação do devedor, não é possível esclarecer. O certo é que certas idéias ocorrem simultaneamente em vários lugares, tendo-se adotado a solução da restrição das dívidas, ao limite da meação, havida por muitos como impossível de ser aplicada, pois acarretaria a extinção da massa de bens em comum. Todavia, tal não sucedeu. Verifica-se um progressivo abrandamento do sistema da comunhão em favor da separação ou da propriedade individual que se inicia simultaneamente com os bens reservados da mulher (Código Civil, art. 246, parágrafo único) e com a restrição das dívidas aos limites da meação (Lei n.º 4.121/62, art. 3.º), aproximando a comunhão ao simples condomínio.

entre nós, e transformado em Direito positivo, pois o art. 3º da aludida lei limita a responsabilidade pelas dívidas à meação do cônjuge devedor.

Adotara-se, em conseqüência, a posição daqueles autores que pretendiam restringir o alcance das dívidas.

Esta regra, obviamente, só se endereça aos regimes da comunhão universal e parcial, que são os únicos em nosso Direito positivo em que há massas de bens comuns.

Mas a própria Lei nº 4.121 tinha acrescentado, quanto aos bens reservados da mulher, instituto por ela criado, uma outra disposição, ou seja, a do parágrafo único do art. 246, com a regra de que: "não responde o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo (o art. 246), pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família".

Em face de duas disposições, de uma em que se afirma que os títulos subscritos por um só dos cônjuges somente obrigariam seus bens particulares e os comuns até o limite da meação; e de outra, em que se positiva que até mesmo os bens reservados responderiam pelas dívidas contraídas em benefício da família, é claro que, para logo, duas correntes jurisprudenciais se digladiaram. Em alguns acórdãos, dizia-se que os atos praticados pelo marido, no regime de comunhão universal⁽⁹²⁾, e as dívidas por ele contraídas presumiam-se em benefício da família e, conseqüentemente, vinculavam todos os bens em comunhão. De outro lado, estavam aqueles que, interpretando os dizeres do art. 3º, concluíam que, em regra, a eficácia das dívidas não poderia ir além da meação do cônjuge devedor.

35. Ainda hoje discute-se o problema; não havendo Súmula do Supremo Tribunal Federal, a matéria é objeto de controvérsia. Feita penhora sobre o bem que integra a meação, não se altera o regime de bens; não há o processo de separação ou de mudança do regime de bens. Em razão disso, entende grande número de decisões que cada bem de que se compõe a meação é em parte do marido e da mulher, o que enseja toda sorte de dificuldade em matéria de execuções. A Comissão encontrou essa situação, e desde logo pareceu claro que não seria de manter a regra do art. 3º da Lei nº 4.121, pelas dificuldades encontradas para resolver os conflitos dela resultantes. O conceito de bem comum e de meação havia sido profundamente modificado pela aludida Lei nº 4.121, e se alguma justificativa para isso pudesse haver no caso de o regime supletivo ser o da comunhão universal, o mesmo não sucederia quando o regime-regra fosse o da comunhão parcial, em que a massa de bens em comunhão é bem menos expressiva, porquanto abrange somente os bens adquiridos posteriormente ao casamento, excluindo-se os que vierem por sucessão, ou liberalidade. Por todos esses motivos, não se acolheu a regra do art. 3º da Lei nº 4.121.

No Projeto nº 634/75 a responsabilidade pelas dívidas, afora o caso do governo doméstico, é regrada segundo cada um dos regimes. Neste

(92) Art. 233, I e II, com a redação da Lei nº 4.121. O CPC, no art. 1.046, § 3º, dispôs que, para efeito de oposição de embargos de terceiros, "considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação".

particular, dificuldades só existem nos regimes de comunhão, porque é necessário saber em que casos as dívidas são mistas, isto é, vinculam os bens comuns e particulares, ou meramente particulares, esgotando sua eficácia nos bens também particulares do cônjuge devedor.

No Direito anterior ao da Lei nº 4.121, a regra era a de que as dívidas posteriores ao casamento eram comuns se contraídas pelo marido, por ambos os cônjuges, ou pela mulher em casos em que ela o podia fazer ⁽⁹³⁾. Com o advento da Lei nº 4.121, as dívidas são em princípio particulares, pois o art. 3º restringe a comunhão na responsabilidade, sendo dívidas mistas as que fossem contraídas em benefício da família. Já no Projeto nº 634/75, no referente ao regime da comunhão parcial, o axioma é o de que "as dívidas contraídas no exercício da administração (do patrimônio comum) obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra e aos do outro na razão do proveito que houver auferido" ⁽⁹⁴⁾. As dívidas resultantes da administração dos bens comuns não são mistas, e nem particulares. Há, neste caso, uma solução intermediária, pois os efeitos das dívidas contraídas por quem administra o patrimônio comum, de regra, o marido, não vinculam desde logo os bens particulares do outro cônjuge, senão na medida do proveito que houver auferido. Como as medidas são tomadas por uma só pessoa, não tendo o outro cônjuge a participação nas deliberações, parece justo agravar a responsabilidade de quem as realiza. Por outro lado, se a dívida foi contraída por qualquer dos cônjuges no exercício da administração da massa de bens de sua exclusiva propriedade, e em seu benefício, parece claro que a responsabilidade não deve atingir os bens comuns ⁽⁹⁵⁾. A dívida é, nesse caso, meramente particular. Em resumo, no sistema do Projeto nº 634/75, ao contrário da maioria dos códigos, não há regra de serem, em princípio, as dívidas de responsabilidade mista, pois atende-se à diversidade das diferentes massas de bens e ao benefício resultante do exercício das respectivas administrações.

Por esse mesmo motivo, os bens comuns respondem pelas obrigações contraídas em benefício da família ⁽⁹⁶⁾ sem que, com isso, haja qualquer alteração do princípio geral a respeito do governo doméstico.

No regime de comunhão universal, têm-se as mesmas regras quanto à administração ⁽⁹⁷⁾, mas não quanto ao alcance das dívidas; em princípio, são mistas, pois se comunicam ⁽⁹⁸⁾.

No regime de participação final nos aqüestos — em que durante o casamento os bens dos cônjuges adquiridos posteriormente ao matrimônio não se comunicam senão, talvez, para efeitos de partilha na separação de pessoas e de bens e no divórcio, nas hipóteses em que se permite propô-lo diretamente —, a regra é de que são particulares as dívidas,

(93) Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 8, § 898, p. 311.

(94) Art. 1.718, § 1.º

(95) Art. 1.721.

(96) Art. 1.719.

(97) Art. 1.725.

(98) Art. 1.726.

respondendo somente o cônjuge que as contrair, salvo se houverem revertido em benefício do outro ⁽⁹⁹⁾.

Para evitar a discussão a respeito do **quantum** da responsabilidade, determina-se que o outro cônjuge responderia se a dívida contraída reverter parcial ou totalmente em seu benefício.

36. O Código Civil português regula minuciosamente o regime das dívidas no Direito de Família, exarando, para logo, as hipóteses em que são mistas ⁽¹⁰⁰⁾, vinculando "os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges ⁽¹⁰¹⁾, salvo se o regime for de separação de bens" ⁽¹⁰²⁾.

Assim, são mistas "as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar" ⁽¹⁰³⁾.

Detêm, por igual, a mesma categoria as dívidas contraídas pelos dois cônjuges ou por um deles com a autorização do outro ⁽¹⁰⁴⁾, ou na constância do matrimônio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites de seus poderes de administração ⁽¹⁰⁵⁾. Geram comunhão as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio. Neste caso, se o regime for o de separação, a dívida será meramente particular ⁽¹⁰⁶⁾. São comuns, por fim, as dívidas consideradas comunicáveis; por exemplo, no regime de comunhão universal, os bens doados, herdados ou legados onerados com dívidas, estas se tornam comuns, não acontecendo o mesmo nos regimes em que essas atribuições são de propriedade exclusiva do cônjuge delas beneficiário ⁽¹⁰⁷⁾.

Se a particularidade das dívidas mistas está na comunicação delas ao patrimônio de ambos os cônjuges, com a disciplina jurídica disposta no art. 1.695 do Código Civil português, o mesmo não acontece com as dívidas particulares. O conceito destas últimas obtém-se quase **a contrario sensu** do disposto no art. 1.691 do Código Civil português, muito embora estejam disciplinadas especificamente no art. 1.692 do mesmo Código Civil português, considerando-se como tais as dívidas contraídas antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro, fora dos casos indicados nas alíneas **b** e **c** do nº 1 do artigo anterior (art. 1.691); as dívidas provenientes de crimes e as indenizações, restituições, custas judiciais ou multas devidas por fatos imputáveis a cada um dos cônjuges, salvo se esses fatos, implicando responsabilidade meramente civil, estiverem abrangidos pelo disposto nos nºs 1 ou 2 do artigo anterior (art. 1.691); ou as dívidas cuja incomunicabilidade resulta no disposto no nº 2 do art. 1.694, bem como as dívidas alimentares não compreendidas no nº 4 do artigo anterior (art. 1.691), a

(99) Art. 1.732.

(100) Art. 1.691, sendo que o nº 1 deste artigo foi modificado pelo Decreto-Lei nº 496/77.

(101) Art. 1.695, nº 1.

(102) Art. 1.695, nº 2.

(103) Art. 1.691, nº 1, b.

(104) Art. 1.691, nº 1, a.

(105) Art. 1.691, nº 1, c.

(106) Art. 1.691, nº 1, d.

(107) Art. 1.693, nºs 1 e 2.

não ser que o alimentado viva em comunhão de mesa e habitação com os cônjuges (108).

37. Já referimos ao problema das dívidas mistas no Direito português, cuja responsabilidade está prevista no art. 1.695 do Código Civil, restando, agora, examinar o tratamento das dívidas particulares. A responsabilidade por essas dívidas é, em princípio, dos "bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, da sua meação nos bens comuns; neste caso, porém, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação de bens" (109).

O Decreto-Lei nº 496/77 alterou a redação do nº 2 do art. 1.696, determinando ainda que

"respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor:

- a) os bens por ele levados para o casamento ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos;
- b) o produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor;
- c) os bens sub-rogados no lugar dos referidos na alínea a".

A diferença entre o Direito português e o Direito brasileiro em vigor está em que o art. 3º da Lei nº 4.121, limitativo da responsabilidade das dívidas contraídas por cada um dos cônjuges às forças da meação, tem imediata incidência, não se vinculando à dissolução, anulação, decretação de nulidade do casamento, separação ou divórcio dos cônjuges.

A dependência da extinção da comunhão matrimonial encontrou, contudo, exceção expressa no nº 3 do art. 1.696, segundo o qual, em princípio, as dívidas provenientes de crimes, as indenizações, custas judiciais ou multas devidas a cada um dos cônjuges (110), são imediatamente executáveis, atingindo a meação. A seu turno, cria-se, no art. 1.696, nº 1, um direito expectativo à meação, cuja natureza personalíssima impede que se possa penhorá-lo desde logo. Diz respeito à base econômica da própria família, sendo, por isso mesmo, inalienável e impenhorável, não podendo, por igual, ser objeto de compensação. A moratória, a que alude o nº 3 do art. 1.696 do Código Civil português, paralisa a executabilidade dos bens comuns pelas dívidas particulares. Cuida-se de saber se do direito expectativo à meação poderiam decorrer medidas acautelatórias, tendo em vista a responsabilidade subsidiária que lhes é própria. No particular, desde que se admita a existência de um direito expectativo relativo a bens integrantes da meação do cônjuge devedor parece ser conclusão necessária à afirmação dessas medidas acautelatórias que acompanham sempre aos direitos expectativos.

Há, por igual, responsabilidade imediata sobre bens comuns se eles houverem sido levados à comunhão pelo cônjuge devedor. Assim, na comunhão universal responderiam os bens que eram de propriedade do devedor antes da celebração do casamento e que após se tornaram comuns

(108) Art. 1.692, a, b, c, d.

(109) Código Civil português, art. 1.696, n.º 1.

(110) Art. 1.692, b.

(111). O produto do trabalho dos cônjuges é bem comum; integra, portanto, a meação, mas pode ser objeto de execução imediata, bem como os direitos de autor (112). O produto do trabalho é bem comum sujeito a administração de quem o perceber (113). O artigo, embora se deva interpretar restritivamente, não menciona que possam ser responsabilizados pelas dívidas particulares do cônjuge devedor os bens adquiridos mediante aplicação do produto do trabalho.

Parece-nos que a melhor interpretação é a de que a aplicação do produto do trabalho em bens, como por exemplo, em títulos de renda ou valores mobiliários, e a sua reaplicação após o resgate ou transferência, não devem ficar dependentes do mútuo consentimento dos cônjuges (114).

Em certos casos, insere-se nos poderes de administração parcela do poder de disposição, pois, de outro modo, impossível seria administrar. Nesse número, incluem-se, em geral, as operações financeiras em sentido amplo. Por esses argumentos, não é insuscetível de dúvida o fato de os bens adquiridos no exercício da administração do cônjuge devedor ficarem livres da responsabilidade pelas dívidas particulares. Adotado o princípio da restrição ao simples produto do trabalho, ficaria na dependência da vontade do devedor a fixação dos limites da responsabilidade, pelo menos no pertinente à poupança por ele realizada.

Por esse motivo, os bens adquiridos com a administração do produto do trabalho do cônjuge devedor devem responder pelas dívidas particulares. No Direito português, a vinculação pelos débitos realiza-se sobre bens determinados, enquanto integrantes da meação, salvo quando se tratar de dívidas provenientes de crimes, indenização, custas, restituição ou multas, a teor do disposto no art. 1.696, **b**, do Código Civil português. Nos demais casos, somente após a transformação da meação sobre o patrimônio em direito sobre bens determinados é que se poderá tornar efetiva a responsabilidade pelas dívidas. Na hipótese, porém, das dívidas enumeradas no art. 1.692, **b**, do Código Civil português, por força do disposto no nº 3 do art. 1.696, a execução realiza-se na meação do cônjuge devedor se os seus bens próprios não bastarem.

O art. 1.696, nº 3, dispõe, aliás, que “não há lugar à moratória estabelecida no nº 1 se a incomunicabilidade da dívida cujo cumprimento se pretende exigir resultar do disposto na alínea **b** do art. 1.692”.

Nesse caso específico, a situação apresenta-se semelhante à do art. 3º da Lei nº 4.121 no Direito brasileiro.

Qualquer bem, desde que o seu valor não ultrapasse a meação do devedor, pode ser atingido pela execução movida pelo credor, pois a meação é quota, em princípio, sobre o patrimônio do casal, e só mediatamente sobre bem determinado. Durante o casamento já referimos que, no geral, a meação é “quota morta”, mero elemento de cálculo no término do regime de comunhão; não assim, quanto à hipótese da alínea **b** do art. 1.692, em que poder-se-á questionar se o bem cabe dentro da meação do cônjuge devedor, de modo igual ao que sucede no Direito brasileiro.

(111) Art. 1.696, 2, **a**.

(112) Art. 1.696, 2, **b**.

(113) Art. 1.678, 2, **a**.

(114) Não incidem as disposições dos arts. 1.678, 3, *in fine*, e 1.682, 1.