

JULIANA GONTIJO

Considerações genéricas:

O Título II do novo CC passou a tratar do "Direito Patrimonial" relativamente ao Livro IV que foi destinado ao "Direito de Família". Houve uma reestruturação muito grande em relação à distribuição dos assuntos. Esse título II foi dividido nos seguintes subtítulos:

Subtítulo I - "Do Regime de Bens entre os Cônjuges" (1.639 a 1.652). No CC/16 era tratado no Título II relativo aos "efeitos jurídicos do casamento" (arts. 229 a 255 - traçava normas sobre os direitos e deveres dos cônjuges e os atos isolados e/ou em conjunto que podiam praticar; era onde estavam as normas sobre administração dos bens) e no Título III que era específico sobre o "regime de bens entre os cônjuges" (arts. 256 a 314)

Subtítulo II - "Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores" (1.689 a 1.693). No CC/16 estas normas encontravam-se no Título V referente às "relações de parentesco", mais especificamente no Capítulo VI, "do pátrio poder", na seção III que era destinada à abordagem do "pátrio poder quanto à pessoa dos filhos".

Subtítulo III - "Dos Alimentos" (1.694 a 1.710). No CC/16 essas normas estavam no Título V, "das relações de parentesco", Capítulo VII - dos alimentos. A Lei 6.515/77 trouxe normas complementares sobre o tema nos arts. 19 a 23, mais arts. 27 a 30. Quanto aos filhos extramatrimoniais, importantes disposições foram traçadas pelas Leis 883/49 (arts. 4º e 5º) e 8.560/92 (art. 7º).

Subtítulo IV - "Do Bem de Família" (1.711 a 1.722). No CC/16 o bem de família era tratado no Livro II, "dos bens", Capítulo V, arts. 70 a 73. Algumas normas foram introduzidas no Decreto-Lei 3.200 de 19/4/41, com as alterações que sofreu (arts. 19 a 23), bem como pela Lei 6.015, também com as devidas modificações havidas (nos arts. 167 e 168; e 260 a 265); e ainda Lei 8.009/90.

Deve-se lembrar que o CC/02 revogou expressamente o CC/16 e a 1ª parte do Código Comercial (art. 2.046). No entanto, foi estabelecido no art. 2.043 que "até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código."

De uma maneira geral a reorganização foi boa na medida em que separou os direitos e relações pessoais das puramente patrimoniais.

Apenas quanto aos alimentos que considero que teria sido mais adequado, principalmente com a abordagem que foi dada a este instituto, colocá-lo como um subtítulo específico do Título I, "Do Direito Pessoa", que deveria ser composto, mais técnica e logicamente, dos seguintes subtítulos: I - do casamento, II - da união estável, III - das relações de parentesco; e IV - dos alimentos.

Por outro lado, se as relações patrimoniais entre cônjuges foram tratadas no Título II, o mais adequado seria tratar ali também das relações patrimoniais decorrentes da união estável. Assim, por coerência, o subtítulo I deveria ser referente ao "regime de bens entre os cônjuges e companheiros".

SUBTÍTULO I

DO REGIME DE BENS ENTRE CÔNJUGES

No Subtítulo I que trata do "regime de bens entre cônjuges" as alterações mais importantes foram: a) permitir a modificação do regime de bens por meio de pedido judicial deferido por sentença; b) adaptar os antigos direitos e deveres de cada cônjuge à igualdade constitucional; c) adaptar o Código à preferência introduzida pela Lei 6.515/77 pelo regime de comunhão parcial como o legal ou supletivo, passando as suas regras a serem as genéricas; d) a definitiva revogação do regime dotal que já se tinha como não recepcionado pela isonomia dada pela CF/88 aos direitos entre homem e mulher, bem como entre os cônjuges, e que na verdade foi um regime que nunca foi usado no Brasil; e) introduziu o regime de participação final nos aquestos, que certamente constitui inovação de praticidade e funcionalidade duvidosa e que certamente não vai "pegar"; f) permitir alienação e oneração de bens imóveis, no regime da separação absoluta, assinada apenas pelo proprietário, sem necessidade de outorga conjugal;

O art. 2.039 do CC/02 determina que "o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido." Esta regra significa apenas que o regime adotado quando do casamento, será respeitado quanto à sua formalidade – *tempus regit atum*. Mas a regra que será aplicada quando da dissolução do regime de bens, será a vigente no momento em que esta ocorrer.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS (ARTS. 1.639 A 1.641)

1) liberdade convencional

O *caput* do art. 1.639 mantém como regra geral a da liberdade de se estabelecer às normas patrimoniais que os nubentes quiserem, antes do casamento. Por esta liberdade podem optar por um dos regimes disciplinados no CC como também podem combinar regras de um com regras de outro, ou ainda estabelecer um regime peculiar. Difícil criar um "nome" para o regime de bens quando se misturam regras de regimes diversos, que poderá ser, por exemplo, o de "**regime de separação parcial**" como forma de permitir desde logo a existências de normas peculiares estabelecidas em pacto. O novo código estabelece como limite à norma do art. 1.655 ao considerar "*nula a convenção ou cláusula dela que contravenha*

disposição absoluta da lei". Esta liberdade encontrava limite no respeito à irrevogabilidade do regime de bens, não admitindo cláusulas condicionais ou a termo. Parece não haver restrição a cláusulas de direitos patrimoniais progressivos com o tempo de duração do casamento (por exemplo, um dos cônjuges passa a ter direito a determinada quantia a cada ano que perdurar o casamento).

2) mutabilidade do regime de bens

A 1ª inovação técnica consiste na colocação do § 1º do art. 1.639 como disposições gerais do regime de bens pois que a norma antes tratada no art. 230 estava deslocada. A modificação foi substancial na medida em que não se reproduziu o princípio da irrevogabilidade de bens que caracterizava a definitividade do regime de bens no sistema anterior. A lei mantém o princípio de que "*o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento*", o que significa que prevalece desde o momento a partir do qual se tem por celebrado o casamento e não da sua consumação.

Como consequência da quebra da irrevogabilidade, o § 2º do art. 1.639 passou a admitir a "*alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros*." É inovação que, de um lado, merece aplauso porque ampliou a liberdade de opção das pessoas ensejando possam os cônjuges alterar, de acordo com a sua conveniência à época, o regime patrimonial muitas vezes adotado quando do casamento por imaturidade ou irrefletidamente, pela ausência de um maior diálogo em decorrência de um pudor que não se sabe porque existe até hoje para a maior parte das pessoas. Mas, de outro, exige bastante prudência do magistrado que, para dar seu *placet* à alteração do regime deverá perquirir, com o máximo rigor, até que ponto a pretensão estará decorrendo da real livre vontade recíproca e autêntica de ambos, ou apenas de um deles que a estará impondo à moda do seu interesse, ou pelo *temor reverencial* que a intimidade da convivência lhe permitiu sobrepor ao outro, ou porque é o mais forte e detentor do poder econômico. É importante que o magistrado tenha presente que antiga opção legislativa pela irrevogabilidade visava a resguardar tanto os próprios cônjuges da submissão do mais fraco pelo mais forte quanto a resguardar direitos de terceiros.

Opinião oposta encontra-se em Rolf Madaleno^[1] para quem "considerando a igualdade dos cônjuges e dos sexos, consagrada pela Carta Política de 1988, soaria sobremaneira herege aduzir que em plena era de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental do que o seu parceiro conjugal. Por esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da imutabilidade do regime de bens, pois homem e mulher devem gozar da livre autonomia de vontade para decidirem acerca da mudança incidental do regime patrimonial de bens, sem que o legislador possa seguir presumindo que um deles possa abusar da fraqueza do outro."

O IBDFAM apresentou sugestão para ser suprimido o § 2º do art. 1.639 por considerar que "a possibilidade de alterar o regime de bens, mesmo em pedido motivado, perante o juiz, abre enorme porta para a fraude em prejuízo de terceiro, além de viabilizar a exploração de um cônjuge pelo outro, pois nunca se poderá ter certeza quanto às verdadeiras razões que estão por trás de um aparente acordo. É certo que, em uma sociedade de iguais (que todos sonhamos), a regra da mutabilidade do regime de bens seria de comemorar, por consagrar um maior respeito à liberdade individual. Entretanto, é notório que estamos distantes, mesmo no âmbito conjugal, dessa almejada igualdade. Assim, a preservação da regra de irrevogabilidade mostra-se imperiosa, como forma de resguardar o hipossuficiente."

Carvalho Santos e Orlando Gomes defendiam a modificação do regime de bens; a jurisprudência admitia a comunicação dos aquestos no regime de separação legal de bens (Súmula 377 do STF); admitia que o regime de separação se convertesse em casamento com comunhão em razão da superveniência de filho (RF 124/105); bem como que no regime da separação o consorte fosse constituído procurador para fins de administração dos bens pessoais do outro - tudo sem ofensa à imutabilidade que, assim, já vinha sendo amainada; da mesma forma, sempre se admitiu a partilha desigual dos bens da sociedade conjugal.

Tecnicamente, destaque-se que tecnicamente falando, a alteração do regime de bens, após homologação do juiz, terá efeito retroativo à data da celebração do casamento em razão do disposto no § 1º do art. 1.639. A alteração só poderá ser feita mediante de ambos os cônjuges, o que exclui qualquer possibilidade de pedido unilateral e contencioso, só sendo admissível em procedimento de jurisdição voluntária, - que será de competência das varas de família e não das varas de registros públicos.

Débora Gozzo defende a necessidade de que eventuais mudanças do pacto antenupcial sejam feitas por escritura pública e averbadas no Cartório de Registro de Imóveis no qual o pacto foi inscrito. Pela redação do novo CC a alteração do regime patrimonial será sempre judicial, pouco importando a existência de precedente pacto, já que a finalidade maior do pacto, para valer contra terceiros, estará preservada porque deverá ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis a sentença que deferir aquela modificação do regime original.

Pode-se questionar a possibilidade da alteração do regime da separação legal: será que aquele casal que foi obrigado a casar-se pelo regime da separação legal de bens, poderá, depois de anos de matrimônio, pretender alterar seu estatuto patrimonial por via de homologação de pedido conjunto? Acredito que, salvo no caso dos maiores de 60 anos, esta modificação deve ser permitida porque, se a imposição originou de inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento ou do suprimento judicial para o

casamento, não mais se justificará a punição ou a proteção que originou a imposição legal. Decorrido o tempo demonstrador da consolidação daquela família, não haverá porque manter a restrição porque superadas as causas que a originaram. Do contrário, será um estímulo à união estável: entre casar pelo regime da separação legal e viver em união estável, a segunda hipótese se revelará mais conveniente patrimonialmente falando porque sem as limitações do casamento.

Assim, considerando a possibilidade da modificação do regime de bens na união estável, seria difícil fechar as portas para esta opção também no casamento. *A contrario sensu* seria mais uma razão para a contramão da norma constitucional programática o casal preferir a união informal ao casamento civil, o que certamente não faz parte do espírito do constituinte.

3) do regime legal da comunhão parcial de bens

O art. 1.640 mantém como o regime de bens, ou seja, estatuto patrimonial preferido pelo codificador para reger as relações dos cônjuges, o de comunhão parcial de bens, prestigiado pelo legislador ordinário desde a Lei 6.515/77. Esta escolha vai alterar a forma de abordagem dos regimes de bens específicos no CC/02, partindo-se do regime de comunhão parcial como regra, é a partir dele e de seus princípios, que os demais regimes são abordados. Deixa de haver o privilégio e a preferência pela comunhão, desaparecendo regras como a do art. 259 do CC/16 que presumia que no silêncio do contrato havia a presunção de condomínio.

4) momento da convenção

O pacto antenupcial deve ser efetivado após a abertura do processo de habilitação (art. 1.640 § único), portanto pelos que já detém a qualidade de nubentes. Dizia-se que a lei não estabelecia o prazo intersticial do pacto antenupcial em relação à data da celebração do casamento. Agora parece claro que só têm legitimação para o pacto aqueles que já estiverem em processo de habilitação para casar.

5) forma de estabelecimento do regime de bens:

Quando a opção é pelo regime legal, comum ou supletivo, não havia qualquer exigência para sua formalização. Isso ocorreu com o de comunhão universal até a Lei 6.515 e o de comunhão parcial desde então até a vigência do CC/02.

O art. 1.528 estabelece como dever do oficial do registro esclarecer os nubentes sobre os diversos regimes de bens.

Agora, a segunda parte do § único do art. 1.640 fala que “*reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial*” o que implica em que, quando do processo de habilitação, deverá ser assinado termo específico referente à opção do regime de bens, o que é de ser louvado porque chama a atenção dos nubentes para essa decisão deles pela preferência por determinado regime e para a importância desta sua opção para o futuro patrimonial deles. O art. 1.525 não se adequou a esta disposição do § único do art. 1.640, omitindo-se quanto à assinatura deste termo de opção pelo regime da comunhão parcial.

A primeira impressão apurada da leitura da parte final do § único do art. 1.640 é a de que em qualquer hipótese de opção pela comunhão parcial, estaria dispensado o pacto antenupcial, o que contraria a liberdade permitida pelo art. 1.639. Com certeza, é possível “personalizar” o regime de comunhão parcial por meio de pacto antenupcial, e não apenas termo de opção, principalmente no que concerne a bens móveis (por exemplo, obras de arte, tapetes valiosos, peças de cristal, aparelhos de jantar herdados de família); ou àqueles em fase de aquisição por meio de financiamento e/ou leasing e/ou consórcio, com prestações a serem pagas na constância do casamento e sobre cuja comunicabilidade ou não querem fazer menção; ou quanto a bens adquiridos e quitados antes do casamento mas ainda não registrados por meio de transcrição em nome do adquirente e cuja propriedade então se quer ressaltar; ou quanto a quotas de participação em sociedade comercial, fazendo disciplina no que tange ao crescimento da empresa e/ou aos lucros recebidos ou reinvestidos, por exemplo. Considero, aliás, que no regime da comunhão parcial de bens, é que o pacto antenupcial assume relevância pouco divulgada pois é meio simples de se fazer previsões que evitem problemas futuros. Além do que, pode-se ter caso de conversão de união estável em casamento em que se estabelece o regime da comunhão universal para abranger também os bens adquiridos em comum durante aquela convivência antecedente, dando eficácia retroativa ao início da união estável ao regime de bens.

6) do regime da separação legal ou obrigatória

O art. 1.641 prevê a imposição do regime da separação legal de bens para: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

As duas inovações estão: a) na exclusão da hipótese do inciso III do art. 258 (“*do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, n. XI, com o consentimento do tutor*”); b) ter igualado a idade para o homem e a mulher aos 60 anos para cessar a liberdade de escolha de regime de bens.

Considera Maria Helena Diniz^[2] que em certas circunstâncias a lei impõe o regime da separação, caso em que esse regime é obrigatório por razões de ordem pública ou por ser exigido como sanção.

A manutenção do regime coercitivo, punitivo ou protetor que impõe a determinadas pessoas que só podem se casar pelo regime da separação legal de bens, mantém acesa a polêmica que sempre causou.

Rolf Madaleno^[3] expressa sua indignidade vendo na manutenção do “regime obrigatório de separação de bens um notório retrocesso do novo codificador, na medida em que ressuscita o punitivo regime legal ou

obrigatório da separação de bens quando violado algum dos impedimentos matrimoniais, como é o caso do casamento fora da idade núbil. A súmula n. 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era desamparar o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral na formação moral e espiritual e no crescimento econômico-financeiro de seu parceiro."

Maria Berenice Dias[4] acusa tal norma de inconstitucional, retirando o direito à liberdade numa intervenção do Estado injustificável, e constituindo preconceito com a terceira idade. Questiona sobre o bem que a lei quer tutelar e responde que não é a família. Diz que fere a isonomia porque tal limitação não existe na união estável.

Maria Helena Diniz[5] diz que "não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente."

Também Silvio Rodrigues[6] é contra a limitação. Diz que "em muitos casos, como veremos, a disposição da lei, ao invés de beneficiar, prejudica a pessoa que visa proteger." E adiante acrescenta em relação ao maior de 60 anos: "Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável." ... "Defeituosa por excessiva, é nesse sentido a proibição que se encontra na lei." No que concerne ao inciso III, dos que precisam de autorização para casar, ele ainda observa que "a quase-totalidade dos casamentos realizados após a obtenção de autorização judicial é de gente pobre, que nada possui ao tempo do enlace. Se o casal depois enriquece, e como em geral os bens de raiz são adquiridos em nome do marido, a mulher chega, ao fim da vida, pobre, ao contrário de seu consorte, em cujo nome se encontram os haveres ganhos pelo esforço comum. É flagrante a injustiça."

Silvio Rodrigues considera que a contemporização do art. 45 da Lei 6.515/77 foi transitória e não tem mais eficácia hoje. Mas Maria Helena Diniz[7] parece interpretar que ainda estaria vigente não aplicando a imposição do regime da separação quando o casamento da pessoa maior de 60 anos "suceder união estável de mais de dez anos consecutivos ou da qual tenham nascido filhos" de acordo com o art. 45 da Lei 6.515/77.

Por seu turno, o Des. Ênio Santarelli Zuliani[8] considera que "nenhum juiz ou juiz, por melhor intérprete das leis, escapa, como qualquer apaixonado, das armadilhas que são preparadas com as falsas reações sentimentais. O fogo que se reacende com brasa encoberta não se debela facilmente em não encontrando focos de resistência. A intervenção do Estado neste assunto é de ordem preventiva, uma garantia para a paz familiar, porque, afinal, o patrimônio de uma história de lutas, dificuldades, sacrifícios de um núcleo familiar, poderá ser dissolvido com a mesma rapidez com que se encerra a carícia dissimulada." Afinal, conclui que confia na jurisprudência para modificar o efeito desta norma para casos concretos.

7) da Súmula 377 do STF

O texto do art. 1.641 previa que não se poderia mais falar em comunicação dos bens aquestos que foi criada pela súmula 377 do STF. Tal restrição foi suprimida na redação final a pedido do IBDFAM com a retirada da parte final do dispositivo que fala "sem comunicação dos aquestos".

Maria Helena Diniz[9] considera que deveria prevalecer a súmula porque "a razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, desde que sejam produto do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses."

Posição oposta encontra-se em Silvio Rodrigues[10]. Lembra que deixou de ser reproduzido do CC/02 o art. 259 do CC/16 cuja interpretação deturpada havia levado à súmula 377 do STF. Explica: "dessa forma, omisso o contrato ou na imposição da lei, deverão prevalecer às regras pertinentes a cada modalidade de regime de bens, não mais se admitindo venham a prevalecer os princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento. A exceção deve ser feita, exclusivamente, se comprovado o esforço comum dos cônjuges, decorrendo daí uma sociedade de fato sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes. Mas a comunhão pura e simples, por presunção de participação sobre os bens adquiridos a título oneroso, como se faz no regime legal, e até então estendida aos demais regimes, deixa de encontrar fundamento legal."

8) dos atos isolados, conjuntos e da administração dos bens

Os Capítulos II e III que tratavam "dos direitos e deveres" de cada cônjuge, que antes se encontravam no Título referente aos "efeitos jurídicos do casamento", passam a ser tratados nos arts. 1.642 a 1.652, dentre as "disposições gerais" que dizem respeito a todos os regimes de bens entre os cônjuges.

Nestes 11 artigos o legislador efetiva a isonomia dos direitos e deveres conjugais entre o homem e a mulher, estabelecendo as normas da co-gestão e administração dos bens particulares e comuns, trata dos atos que necessitam da outorgam conjugal e dos que podem ser praticados individualmente.

a) dos atos individuais

O art. 1.642 dá relativa autonomia aos cônjuges, permitindo que cada um possa livremente, qualquer que seja o regime de bens, praticar atos de administração e conservação dos bens próprios e dos conjugais.

Não traz novidade, mantendo praticamente a redação que se tinha nos arts. 247 III e 248 do CC/16, apenas fazendo a generalização para o homem e a mulher. O mesmo em relação ao art. 1.645 que trata da iniciativa do cônjuge prejudicado para as ações fundadas nos incisos III, IV e V do art. 1.642 atribuindo-a agora "ao cônjuge prejudicado" e não mais à mulher (art. 249) mantendo a legitimidade também aos herdeiros. Correta, evidentemente, a previsão do art. 1.646 que prevê o direito de regresso do terceiro prejudicado, "contra o cônjuge que realizou negócio jurídico, ou seus herdeiros"-, nos termos dos arts. 1.642 e 1.645

Merece referência especial a manutenção da proibição de transferência ou doação de bens *comuns*, *móveis* ou *imóveis*, pelo cônjuge ao "concubino", fazendo o inciso IV do art. 1.642 expressa ressalva de que essa restrição só se aplica se for "provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de 5 (cinco) anos." Isso significa que o cônjuge poderá reivindicar os bens da sociedade conjugal que o outro transferir ou doar para o concubino salvo comprovação concomitante de que o bem tenha sido adquirido pelo esforço dos concubinos e haja comprovação de que os casados estavam separados de fato há mais de 5 anos. Estranha a exigência do prazo de 5 anos de separação de fato dos cônjuges para excluir a possibilidade da anulação da transferência ou doação do bem ao concubino porque prevista a possibilidade da união estável com toda proteção como entidade familiar, se separados de fato os cônjuges, independentemente de prazo. Essa referência aos 5 anos faz parecer que para a união estável do casado, ele deva estar separado de fato por este período do respectivo cônjuge.

Rolf Madaleno^[11] critica esta norma: "é flagrante o retrocesso verificado na parte final do inciso V do artigo 1.642 e o elevado risco de injustiças que poderão ocorrer se a jurisprudência não estiver atenta para corrigir as distorções que irão surgir. Está pacificado pela jurisprudência brasileira que a separação fática acarreta inúmeros efeitos jurídicos, especialmente o da incomunicabilidade de bens entre cônjuges faturalmente separados, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação do regime de comunicação patrimonial. Portanto, não existe nenhum sentido lógico em manter comunicáveis durante cinco longos anos bens hauridos em plena e irreversível separação de fato dos cônjuges, facilitando o risco do enriquecimento ilícito, pois o consorte faticamente separado poderá ser destinatário de uma meação composta por bens que não ajudou a adquirir." Não sei se justifica esse receio uma vez que o direito à reivindicação do cônjuge está restrito aos "bens comuns". Ora, se não tiverem sido adquiridos durante a coabitação dos cônjuges, não serão os bens tidos como "comuns" e não serão então reivindicáveis.

b) dos atos que exigem a outorga conjugal

O art. 1643 que permite a qualquer dos cônjuges fazer compras, inclusive contraindo empréstimos, para as despesas necessárias à economia doméstica, não é novidade, apenas repetindo o art. 247. O art. 1644 complementa este dispositivo dizendo que as dívidas contraídas para os fins do art. 1.643 obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

O art. 1.647 traz inovações significativas. A primeira delas se refere à dispensa da outorga conjugal no regime da separação absoluta, em qualquer ato, inclusive para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Esta liberdade é permitida também no regime da participação final nos aquestos, desde que em relação aos bens particulares e que tal autorização tenha sido estabelecida expressamente em pacto antenupcial (art. 1.656). De certa forma, esta inovação é revolucionária já que a mentalidade do legislador sempre foi a de proteger os bens imóveis, em qualquer regime de bens.

A dispensa da outorga conjugal para todos atos de qualquer dos cônjuges parece ferir o espírito da comunidade de vida, da solidariedade no e do casal e do equilíbrio da posição e dos direitos dos consortes, conforme art. 1511. Com certeza, a participação de ambos os cônjuges em qualquer regime de bens nos atos que versem sobre alienação ou instituição de ônus reais sobre bens imóveis, resguarda a comunidade familiar. Exemplifique-se com o marido casado pelo regime de separação convencional, proprietário do imóvel em que reside com a mulher e três filhos menores, que, envolvido com uma amante, resolve "livrar-se" da família. Para tanto, pode "despejá-los" daquele seu bem alienando-o para terceiros, sem precisar da outorga uxória por ser casado pelo regime da separação absoluta.

Pior ainda, será a identificação do que seja o regime da "separação absoluta": é apenas a convencional ou alcançará também a separação legal imposta no art. 1.641? Tudo dependerá inclusive da força que for dada à Súmula 377 do STF. Será necessário que as certidões de casamento contenham a referência ao tipo ou alcance do regime da separação e, principalmente, que os registros imobiliários tenham cuidado na identificação de ser realmente "absoluta" a separação daquele regime de bens, inclusive para evitar responsabilidade civil.

A exigência, nos demais regimes de bens, da outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, não gera maiores dúvidas, podendo ser anotado que, por força da promessa de compra e venda ter sido definida como direito real (art. 1.225, VII) deixou de existir dúvida de que é necessária a assinatura de ambos os cônjuges para a sua validade.

Talvez tivesse sido melhor exigir a outorga conjugal para alienação de bem "móveis" para cuja transferência não basta à tradição como a venda de quotas de empresa, de automóveis e outros. Já se vai longe o tempo em que os bens imóveis eram os mais valiosos. Hoje, muitas vezes papéis, como ações, têm muito maior repercussão econômico-financeira do que o bem imóvel. Por isso mesmo, dentro do novo mercado e da

expressão que bens móveis podem ter, para segurança do meeiro, provavelmente teria sido boa opção ampliar para os bens móveis a exigência na sua transferência, da outorga conjugal. Foi introduzida a necessidade da outorga conjugal não só para a fiança, mas também para o aval – art. 1.647, III. A inovação é boa pois não havia qualquer justificativa para a exigência do assentimento de ambos os cônjuges só na fiança.

A exclusão da limitação no inciso IV do art. 1.647 a doações de "pequeno valor" constante do art. IV do art. 235 CC/16 poderá levar a comprometimento do patrimônio comum, arbitrariamente.

Sem sentido a exigência da outorga conjugal para fazer doação de bens "que possam integrar futura meação", - como previsto no art. 1.647, IV, última parte.

O art. 1.648 manteve a possibilidade do suprimento do consentimento denegado injustamente ou no caso de ser impossível a sua concessão.

A redação dada ao art. 1.649 parece que colocará fim à infundável discussão sobre ser nulo ou anulável a prática por um só dos cônjuges, quando para ele a lei exige a outorga conjugal. Diferente da tendência que vinha adotando ultimamente o STJ, o art. 1.647 considera todos as hipóteses do art. 1.647, quando praticados os atos por um só dos cônjuges, meramente anulável, mantendo a prescrição de "até 2 anos depois de terminada a sociedade conjugal", e a legitimidade apenas para o "outro cônjuge", devendo ser incluídos os seus herdeiros por força do art. 1.650.

Apesar do art. 1.649 ter sido enfático em dizer que "a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado", o art. 1.650 dentro da técnica geral adotada em todo o CC/02, trata como "invalidade dos atos praticados sem outorga",- o que poderá acabar sendo uma porta para tentar caracterizar o ato como nulo, retomando a velha polêmica.

c) da administração individual

Como o CC/02 consagrou a co-gestão e co-administração dos bens comuns, mantendo como pessoal a dos bens particulares, correta a previsão do art. 1.651 quanto à possibilidade de, em caso de "um dos cônjuges não puder exercer a administração", esta caberá ao outro que só poderá "alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial".

Decorrência lógica do exercício da administração dos bens exclusivos do outro cônjuge que não pode fazê-lo por si, é a responsabilidade do que estiver na posse de tais bens, com o que o art. 1.652, acertadamente estabelece que o possuidor será responsável para com o outro e seus herdeiros: I – como usufrutuário, se o rendimento for comum; II – como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar; III – como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.

Apesar de não haver previsão expressa, deverá responder também como administrador em relação à meação do outro cônjuge, conforme o caso.

CAPÍTULO II

DO PACTO ANTENUPCIAL (arts. 1.653 a 1.657)

O pacto será nulo se não for formalizado através de escritura pública; e será ineficaz se não lhe seguir o casamento (art. 1.653); - há adequação da linguagem, agora mais técnica do que a anterior (art. 256 § único, incisos I e II) ;

O art. 1654 esclarece que a eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Não há norma equivalente no CC/16. Põe fim a discussão sobre a intervenção dos representantes legais do menor no pacto antenupcial. Na verdade, a intervenção deve ser dos representantes legais do menor já que ambos os genitores, se vivos, terão que intervir e, na divergência, será necessário suprimento judicial do consentimento do dissidente. Era dispensável a última parte na medida em que o regime da separação legal não exige pacto antenupcial. E se fizerem opção pelo regime da separação convencional, a forma de tratamento será diferente pois que, nesta hipótese, não há incidência da súmula 377 do STF.

A norma do art. 1.655 é mais genérica do que a do art. 257, I e II do CC/16 mas acaba tendo a mesma consequência, de tal forma que será "nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei". A nulidade de determinada cláusula não contamina toda a convenção, aproveitando as demais disposições do pacto.

Como só no regime de participação final nos aquestos que pode haver convenção no pacto antenupcial autorizando a alienação de bens imóveis particulares, sem a necessidade de outorga conjugal (art. 1.656), pode-se deduzir que permanecer proibida cláusula autorizativa, em outros regimes, da venda de imóveis sem o consentimento de ambos os cônjuges.

O art. 1.657 mantém a exigência de que, para que o pacto antenupcial produza efeito perante terceiros, sejam suas convenções registradas (antes o art. 261 falava em "transcrição") , pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

O art. 1.536 em seu inciso VII diz que o assento do casamento será lavrado no livro de registro e que nele será exarado: "o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido." Conseqüentemente, apesar de não haver determinação expressa, o pacto antenupcial deverá ser levado para o oficial do registro civil, antes da celebração do casamento, para que ele possa fazer a referida anotação no assento que ele irá lavrar. Esta anotação não é essencial para validade e eficácia do pacto

antenupcial. Sua importância está ligada mais a terceiros, como publicização da existência daquele pacto do que propriamente aos cônjuges. De qualquer forma, insista-se que a redação deste dispositivo também é equivocada na medida em que parece impedir que a opção pelo regime da comunhão parcial com algumas regras personalizadas, exclua ou elimine a possibilidade e necessidade do pacto antenupcial.

Lembra ainda Débora Gozzo^[12] que "a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, no seu artigo 167, inciso I, n. 12, disciplina a matéria, que também vai complementada pela Lei n. 4.726, de 13/7/65, prevendo o seu art. 37, inciso III, n. 1, o arquivamento do pacto antenupcial na Junta Comercial competente quando os nubentes forem comerciantes."

CAPÍTULO III

DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL (arts. 1.658 a 1.666)

"Arnaldo Rizzardo atribui ao atual caráter contratual do casamento a razão de ser preservado o patrimônio de cada cônjuge, existente antes de casar, comunicando-se apenas os bens amealhados no curso das núpcias e por consequência do esforço comum dos cônjuges, consoante os arranjos que procederam na divisão de suas tarefas matrimoniais. É como acrescentam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, citados por Arnaldo Rizzardo: O regime da comunhão parcial ou de adquiridos respeita melhor a idéia de que o casamento é uma estreita comunhão de vida e, portanto, os cônjuges devem ter os mesmos direitos sobre os bens adquiridos, na constância do matrimônio, como resultado do trabalho e do esforço comum." Dividem os cônjuges o produto econômico de sua sociedade nupcial, sem misturar riquezas oriundas de suas famílias de origem e que não tiveram o menor concurso do consorte na construção dos aprestos."^[13]

O art. 1.658 traça como regra geral a de que no regime de comunhão parcial "comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções seguintes", especificando o art. 1.659 os bens que estariam excluídos da comunhão, enquanto o art. 1.660 enumera os que seriam comunicáveis. O art. 1.661 deveria ser um inciso do art. 1.659 para que ali se esgotassem os bens incomunicáveis, da mesma forma que o art. 1.662 deveria ser um inciso do art. 1.660 para que ficassem unificados os bens comuns.

a) dos bens que se comunicam

Como o regime de comunhão parcial de aquestos passou a ser tratado como o legal, ou seja, a regra geral, não foi reproduzido o art. 269 IV que generalizada estarem excluídos da comunhão relativa os bens que não se comunicassem na universal.

Por isso que o art. 1.659 ao enumerar os bens excluídos da comunhão parcial amplia o rol anteriormente previsto nos arts. 269 e 270 do CC/16.

Da relação dos bens excluídos da comunhão parcial constante dos incisos do art. 1.659, dois constituem novidades: a) o inciso IV que mantém a exclusão das "obrigações provenientes de atos ilícitos" mas acrescentou uma ressalva: "salvo reversão em proveito do casal". Esta alteração tem grande significado pois que terá reflexo, por exemplo, na responsabilidade civil em casos de "crimes do colarinho branco" em que o cônjuge conseguia excluir a sua meação nas execuções para devolução de numerários de origem ilícita. b) o inciso VI que se refere à incomunicabilidade dos "proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge." Correta a redação que trata da incomunicabilidade apenas dos frutos do trabalho pois que os gerados pelos bens entram na comunhão (art. 1.660 V).

O inciso VI do art. 1.659 põe fim à polêmica discussão sobre o conflito que havia no regime de comunhão parcial em razão do disposto no art. 269 IV e art. 263 XIII (levavam à conclusão da incomunicabilidade dos frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos) em confronto com o art. 271 VI (que expressamente determinava a comunhão daqueles frutos).

Para Rolf Madaleno^[14] "antes declarasse comunicáveis os frutos civis do trabalho ou indústria dos cônjuges tanto no regime da comunhão limitada como no da comunicação universal, por se tratar de créditos, sobras ou economias oriundas do labor de cada cônjuge. Injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas que não converteu as suas economias em patrimônio nupcial, seja privilegiado pela declaração oficial de essas reservas serem consideradas crédito pessoal e incomunicável. Desestimula a economia doméstica de valores inegavelmente amealhados no deambular das núpcias, geralmente, pelo esforço conjunto e pela divisão das tarefas, ou pela redistribuição das obrigações pecuniárias da família. Assim, desproporcionalmente, um dos cônjuges é obrigado a satisfazer as necessidades da habitação comum, com a educação dos filhos, ou a conservação dos bens. Em suma, um dos consortes paga mais contas, enquanto o outro apenas trata de acumular suas reservas pessoais, advindas de seu trabalho que, serão havidas como próprias e injustamente incomunicáveis, embora havidas na constância do casamento."

A incomunicabilidade dos "proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge" deverá receber a interpretação que os juristas e tribunais vinham lhe atribuindo: só se aplica a incomunicabilidade enquanto "direito" à percepção dos proventos do trabalho; quando este direito se concretiza em poder do cônjuge, passa a ser comum por força do art. 1660 V que prevê que entram na comunhão os "frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão." Por isso que, a aquisição de uma casa na constância do casamento mesmo que com os proventos do trabalho pessoal de apenas um dos cônjuges, torna este bem comum. Na mesma toada, o

direito ao FGTS é pessoal, e por isso, se ainda não recebido quando da dissolução do casamento, não se falará em sua partilha. Mas se o FGTS foi usado para aquisição de algum bem ou pagamento de parte de um imóvel por exemplo, há divergência. Uns consideram que seria fruto de bem particular auferido na constância do casamento e por isso comunicável, e outros consideram apenas sub-rogação de bem pessoal que continuaria particular.

Quanto ao inciso I do art. 1.659 continuará a polêmica sobre o bem imóvel adquirido e quitado por um só dos cônjuges antes do casamento, mas que só foi transcrito no registro de imóveis após o matrimônio (art. 1.660 I). Apesar de considerar tal bem incomunicável, testemunha-se a existência de jurisprudências recentes pela comunicação.

A exclusão relativa aos bens doados e herdados diz respeito apenas ao principal porque os frutos destes bens percebidos na constância do casamento se comunicam (art. 1.660, V), salvo a imposição de cláusula de incomunicabilidade que seja expressa em que também os frutos e rendimentos destes bens permanecerão particulares.

A sub-rogação causa dificuldade quando não é direta, pelo que sua comprovação será mais difícil. Quando a substituição for por bem de maior valor, a diferença entre o que se possuía e que se adquiriu, comunicará. A este rol acrescenta-se o art. 1.661 que é uma reprodução do art. 272 e que estabelece que "são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento".

b) dos bens que entram na comunhão

O art. 1.660 arrola os bens que entram na comunhão parcial de bens sem trazer qualquer novidade.

O inciso IV deveria ter incluído as "acessões" já que plantações e construções, tecnicamente não são "benfeitorias" e a intenção do legislador é que estes também, como aquisições e frutos ocorridos na constância do casamento, devam se comunicar também.

O art. 1.662 mantém a presunção de comunhão dos bens móveis mas traz uma alteração significativa em relação ao antigo art. 273. No CC/16, para que se excluísse a comunhão dos bens móveis, era necessário "provar com documento autêntico que foram adquiridos em data anterior". Agora, a prova de que os bens móveis foram adquiridos em data anterior está generalizada, o que admitirá a testemunhal, abrindo portas à fraude.

c) da administração e das dívidas

O art. 274 do CC/16 foi totalmente alterado pelo art. 1.663.

O art. 1.663 *caput* estabelece que a administração do patrimônio compete a qualquer dos cônjuges, o que significa que não é necessário que pratiquem os atos conjuntamente, podendo fazê-lo cada um isoladamente.

No entanto, o cônjuge administrador responde pelas "dívidas contraídas no exercício da administração" com os "bens comuns e particulares", sendo que o outro cônjuge só terá seus bens comprometidos "na razão do proveito que houver auferido",- por força do parágrafo 1º do art. 1.663.

Interessante inovação é a constante do parágrafo 2º do art. 1.663 pois passou a exigir "a anuência de ambos os cônjuges" "para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns." Isso significa que, por exemplo, apesar do comodato não ser um direito real, para sua concessão é necessário o assentimento conjugal.

Novidade também a previsão do parágrafo 3º do art. 1.663 que admite a atribuição a um só dos cônjuges da administração dos bens em caso de malversação pelo outro.

Também os arts. 1.664 a 1.666 não encontram paralelo no CC;16.

As dívidas adquiridas antes do casamento, por qualquer dos cônjuges, não se comunicam por força do art. 1.659 III. É consequência lógica da incomunicabilidade do ativo que cada um tiver antes do casamento.

Por outro lado, os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal (art. 1.664)

Os bens particulares serão administrados pelo cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial (art. 1.665) mas, por consequência, as dívidas que contrair na administração e em benefício destes seus bens particulares, não obrigam os bens comuns (art. 1.666).

Para garantia de terceiros, o art. 1.666 deveria ter determinado que a meação do outro cônjuge sobre os bens comuns que não responde pelas dívidas contraídas por um cônjuge na administração e em benefício de seus bens particulares. A literalidade do referido dispositivo ressaltou a integralidade do bem comum, protegendo até a meação do devedor, o que parece injusto com o credor.

CAPÍTULO IV

DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL (arts. 1.667 a 1.671)

No regime de comunhão universal ocorre, segundo Arnaldo Rizzardo^[15], uma fusão entre os bens trazidos para o casamento pela mulher e pelo homem, formando uma única massa. Instaure-se um estado de indivisão de bens, passando cada consorte a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum e das dívidas comuns.

As disposições sobre o regime de comunhão universal não trazem maiores novidades.

O art. 1.668 que enumera os bens excluídos da comunhão universal, contém dispositivo de remissão à comunhão parcial, dizendo que não se comunicam também "V – os bens referidos nos incisos V a VII do art.

1.659".

No regime de comunhão universal continuam se comunicando as dívidas (art. 1.667) e no que tange à administração, aplica-se o disposto no regime de comunhão parcial (art. 1.670).

CAPÍTULO V

DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS (arts. 1.672 a 1.686)

Este "regime de participação final nos aquestos" é um parente próximo da comunhão parcial, com peculiaridades. A principal delas é que no novo regime, o patrimônio "comum" adquirido na constância do casamento, continua figurando no patrimônio pessoal de cada cônjuge, sem formar aquela massa de bens sobre a qual cada um teria sua cota-parte ideal, liquidável só ao final do regime de bens.

"No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, que lhe cabe" (art. 1.672) composto pelos "bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento" (art. 1673) "À época da dissolução da sociedade conjugal" cada cônjuge "terá direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento" (art. 1673 parte final). Sendo que este montante comum apura-se "excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade. III - As dívidas relativas aos bens." (art. 1.674)

Portanto, por este regime o que ocorre é um crédito em favor de um dos cônjuges, contra o outro, para igualar os acréscimos, os ganhos obtidos durante o casamento. É um regime que tem origem no direito costumeiro húngaro e foi adotado pela Suécia, Finlândia, Dinamarca, Noruega, Alemanha, e na França, a título experimental.

Foi imaginado como uma fórmula transacional, como regime híbrido, misto, objetivando somar as vantagens da comunhão com as da separação. Os bens ficam separados, mas a comunicação (participação) é feita nos ganhos, nos lucros, nos sobejos, nos acréscimos. Como cada um continua único titular do bem, poderá aliená-lo inclusive se for imóvel, na constância do casamento, sem consentimento do outro, já que pelo art. 1656 "no pacto antenupcial poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".

Diz-se que com este regime facilita-se que ambos os cônjuges tenham atividades autônomas, mas com certeza irá dificultar a vida dos Magistrados, advogados e partes que tenham que fazer a complexa aritmética da liquidação deste regime. A fórmula para a liquidação está no art. 1684: "Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário."

Certamente que, na prática, este regime de bens trará grandes dificuldade para sua liquidação, o que poderá redundar em prejuízo que sempre recairá sobre a parte mais fraca, sem o poder sobre os bens. Pessoalmente acredito que o regime da comunhão parcial de bens, é atual e consentâneo com o bom senso e as expectativas sociais, cumprindo bem a função de tornar todo o produto do trabalho dos cônjuges como sendo de ambos, não havendo, em princípio, justificativa para este novo regime cujas vantagens seriam discutíveis. Se os processos de partilha já são morosos e complexos, com este regime se tornarão impraticáveis.

Explica Arnaldo Rizzarado[16] que ocorre uma fusão entre os bens trazidos para o casamento pela mulher e pelo homem, formando uma única massa. Instaura-se um estado de indivisão de bens, passando cada consorte a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum e das dívidas comuns. (Rolf Madaleno)[17] Silvio Venosa,[18] comentando o então Projeto do Código Civil de 1975, explica que, nesse regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio durante o casamento, tocando-lhe, por ocasião da ruptura da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento e complementa: "Trata-se de um regime misto, pois no curso do casamento aplicam-se, em síntese, as regras da separação."

Cuida-se, em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel. Apenas na hipótese de ocorrer a separação judicial é que serão apurados os bens de cada cônjuge separando, tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (Rolf Madaleno)[19]

Noutros termos, o regime econômico da sociedade conjugal com participação final nos aquestos é constituído pelos bens obtidos individualmente pelos cônjuges, ou por ambos, e que passam a integrar uma massa comum por ocasião da liquidação da sociedade matrimonial, sendo repartidos os aquestos. Carlos Taquini[20] afirma tratar-se de uma comunidade conjugal, em que cada esposo administra livremente o seu próprio patrimônio e os bens por ele adquiridos ao tempo das núpcias, ainda que esses últimos ingressem na massa comunicável por ocasião da dissolução do matrimônio. Assim, durante a união, as relações patrimoniais entre os cônjuges funcionam como se houvesse separação de bens, nascendo com a dissolução conjugal uma massa comunicável dos bens aquestos, como acontece na comunhão parcial.

Vaz Ferreira[21] fala de um *regime de comunidade diferida*, estando os bens sob o domínio de cada esposo que tem aptidão para deles dispor livremente. O outro cônjuge não tem direito algum sobre esses bens, nem sequer possui meios de evitar a sua dilapidação, na harmonia conjugal, por configurar esse estágio um verdadeiro regime de separação. Completa Taquini que por ocasião da dissolução do casamento nasce um

direito do outro cônjuge sobre bens alheios. É possível, e assim expressam os artigos 1.675 e 1.676, que esse direito sobre bens alheios possa até não se materializar, na hipótese de terem ocorrido doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro (art. 1.675), cometendo ao esposo lesado reivindicar os bens doados ou ser compensado com outros bens, ou indenizado em dinheiro. Se não for possível e nem conveniente acomodar a divisão dos bens em natureza, sendo igualmente desaconselhável ou impraticável o seu condomínio, será calculado o valor de alguns desses bens ou de todos, para a sua reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário (art. 1.684). Os artigos 1.673 e 1.674 informam como será procedida a operação contábil para o cálculo de participação final dos aqüestos. De acordo com o artigo 1.674, sobrevivendo a dissolução da sociedade conjugal, quantificam-se os aqüestos pelo montante a ser verificado na data da dissolução do regime de bens (art. 1.683). Por ocasião da partilha judicial são excluídos da soma dos patrimônios próprios: os bens anteriores ao casamento ou sub-rogados (inc. I do art. 1.674); os que sobrevierem a cada cônjuge a título gratuito, por sucessão ou liberalidade (o artigo 1.672 ordena a divisão dos bens adquiridos somente a título oneroso - inc. II do art. 1.674), e as dívidas relativas aos bens conjugais (inc. III, art. 1.674). Os artigos 1.685 e 1.686, pertinentes ao regime de participação final nos aqüestos, dizem que no caso de morte do cônjuge a sua meação é transmitida aos seus herdeiros, a serem convocados pela ordem de vocação hereditária. (Rolf Madaleno)[22]

A futura estréia do regime conjugal de partilha final dos aqüestos permite antever inúmeras dificuldades no momento da dissolução e liquidação da sociedade conjugal - adverte Carlos Iruzubieta[23] - já que o regime prevê a possibilidade de uma série de compensações, recompensas ou a tenaz reivindicação de bens indevidamente transferidos da sociedade conjugal. O repasse de bens fica facilitado pelo sistema híbrido, que considera os bens individuais e incomunicáveis durante o casamento, mas os têm por comunicáveis ao tempo da dissolução judicial das núpcias. Para apurar os valores líquidos de participação final dos aqüestos, devem ser incorporados ao monte o valor dos bens alienados (art. 1.676), devendo ser levantadas as dívidas que serviram ou não à sociedade nupcial. Tendo os débitos revertido em favor do casal, constituem seu passivo; caso contrário, somente responderá por essas dívidas o cônjuge que as contraiu. Fácil é antever as inúmeras dificuldades que se farão registrar com morosas prestações de contas e procedimentos judiciais declarando comunicáveis despesas lançadas pelo cônjuge titular de patrimônio que lhe era próprio, mas que restaram em comum pelo anúncio oficial da separação, tomando-se devedor da sociedade matrimonial. (Rolf Madaleno)[24]

Reza o artigo 1.682 ser irrenunciável, nem cessível ou penhorável o direito à meação na vigência do regime matrimonial. Trata-se de direitos e obrigações criados com a finalidade de sustentar economicamente o matrimônio e a família, que precisa dos seus recursos para se perpetuar no tempo e não inviabilizar a sua normal constituição e regular desenvolvimento. Arremata Iruzubieta[25] que se trata de um princípio de ordem pública que não pode ser contrariado pela vontade das partes e, portanto, não pode o cônjuge renunciar ao direito de perceber a metade de seus ganhos aqüestos, por conta da dissolução de sua sociedade. Também não pode ceder esse direito (o que daria no mesmo que renunciá-lo), nem terceiros podem se servir da meação para satisfação de créditos executivos. Porém, nada impede a sua doação ou cessão depois da adjudicação do cônjuge, desde que não prejudique aos herdeiros necessários. (Rolf Madaleno)[26]

(digitar texto marcado em vermelho na fl. 171, 172, 175, 176 e 177 do Rolf Madaleno)

CAPÍTULO VI

DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

O regime de separação de bens foi extremamente alterado pelo CC/02: 1º, pela não repetição do art. 259 que previa que no silêncio do contrato haveria a presunção de comunhão; 2º, porque o cônjuge deixou de ter a restrição que antes existia para a prática de atos isolados, que constituíam limitações decorrentes do estado de casado e não do regime de bens; 3º, principalmente pela autonomia que o cônjuge adquiriu sobre o seu patrimônio pessoal que poderá administrar como bem entender.

Adequando-se à nova redação do art. 1.647 o art. 1.687 passou a estabelecer que: "Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real." Esta novidade já objeto de análise quando da referência ao art. 1.647.

O art. 1.688 que prevê que ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, perdeu a razão de ser pelo disposto no art. 1.568.

SUBTÍTULO II – DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES

SUBTÍTULO III

DOS ALIMENTOS

Maria Helena Diniz[27] "Os cônjuges têm a obrigação de contribuir na proporção de seus bens e do rendimento ou produto do trabalho (remuneração direta: salário, vencimentos, honorários, comissões; lucros complementares imediatos: prêmios, gratificações, conversão de licença-prêmio em pecúnia; e lucros complementares mediatos: aposentadoria, pensão e outros benefícios sociais) para o sustento da família e educação da prole (CC, art. 1.568), respondendo solidariamente pelas dívidas, exceto as contraídas em benefício da família (CC, arts. 1.643 e 1.644)."

SUBTÍTULO IV

DO BEM DE FAMÍLIA

As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal. O cônjuge faltoso será o responsável pelo ato eivado de ilicitude que praticar; mas se se comprovar que ambos tiraram proveito, lícito será responsabilizar um e outro pelas obrigações oriundas de ato ilícito, devendo o *quantum* indenizatório recair sobre bens comuns do casal. Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. O produto do trabalho dos consortes e os bens com ele adquiridos não se comunicam. Sobre eles têm os cônjuges todos os poderes de gozo, disposição e administração, exceto no que concerne aos imóveis, cuja alienação requer outorga marital ou uxória. (Maria Helena Diniz)[28]

No tocante ao passivo devem-se considerar duas circunstâncias especiais, devido à natureza desse regime: a época em que as dívidas foram contraídas e a sua causa ou finalidade. Assim cada consorte responde pelos próprios débitos, desde que anteriores ao casamento, pelo fato de os patrimônios conservarem-se separados (CC, art. 1.659, III). Quanto às dívidas subseqüentes ao matrimônio, contraídas no exercício da administração do patrimônio comum, obrigam aos bens comuns e aos particulares do cônjuge que o administra e aos do outro na proporção do proveito que houver auferido (CC, art. 1.663, § 1º). Já os débitos contraídos por qualquer dos consortes na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam aos bens comuns (CC, art. 1.666). Os bens comuns responderão pelos débitos contraídos por qualquer dos cônjuges para atender aos encargos da família, às despesas da administração e às decorrentes de imposição legal (CC, art. 1.664). Nesse regime, a *administração* dos bens comuns cabe naturalmente a qualquer dos cônjuges mas será necessária a anuência de ambos para a prática de atos que impliquem, a título gratuito, a cessão do uso ou gozo dos bens comuns (CC, art. 1.663, § 2º). E, se houver malversação dos bens, o magistrado poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges (CC, art. 1.663, § 3º). A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competirá ao cônjuge proprietário, exceto convenção em sentido contrário estabelecida em pacto antenupcial (CC, art. 1.665). Logo, nada impede que se convençione em pacto antenupcial que ao marido caiba a administração dos próprios bens e dos da mulher. É preciso deixar bem claro que o marido, ao administrar os bens de sua mulher, age como seu representante, pois sua esposa tem o domínio e a posse do que lhe pertence. (Maria Helena Diniz)[29]

Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos consortes, os bens que eram de sua propriedade são entregues aos seus herdeiros. Havendo dissolução pela separação judicial, divórcio ou anulação, os bens que constituem patrimônio comum serão partilhados; quanto aos incomunicáveis cada cônjuge retira o que lhe pertence. Não são, portanto, meeiros, visto que não têm carta de ametade como no regime de comunhão universal de bens. (Maria Helena Diniz)[30]

Os direitos patrimoniais do autor; excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, salvo pacto antenupcial em contrário (Lei n. 9.610/98, art. 39). Pelo art. 1.669 do Código Civil, a incomunicabilidade dos bens arrolados no art. 1.668 não se estende aos frutos, quando se percebem ou se vencem durante o matrimônio. P. ex., se um dos nubentes, antes de se casar, tinha direito a uma pensão, esse direito não se comunica pelo casamento. Porém, o dinheiro que receber, após as núpcias, se comunica, a partir do vencimento da prestação, isto é, recebida a pensão, o valor assim obtido entra no patrimônio do casal, bem como os bens adquiridos com ela. Faltando estipulação em contrário, comunicam-se esses frutos auferidos ria constância do matrimônio. Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum, mas, como a direção da sociedade conjugal é de ambos os consortes, compete-lhes a administração desses bens. (Maria Helena Diniz)[31]

Qualquer dos cônjuges poderá administrar o patrimônio comum, sendo que pelas dívidas contraídas na gestão respondem os bens comuns e os particulares do cônjuge administrador. Os bens do outro consorte apenas responderão se se provar que este obteve algum lucro. Para que se ceda, gratuitamente, o uso e gozo de bens comuns, será imprescindível a anuência de ambos os cônjuges. Se houver malversação, dilapidação, ou desvio dos bens, o órgão judicante atribuirá a administração do patrimônio comum a um dos consortes. A administração e disposição dos bens excluídos da comunhão competirá ao cônjuge proprietário, a não ser que haja disposição em sentido contrário em pacto antenupcial. Além disso, é conveniente não olvidar que pelos débitos assumidos por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não responderão os bens comuns (CC, art. 1.670).

Conseqüentemente, a responsabilidade civil pelas obrigações ilícitas não poderá recair sobre bens comuns do casal, salvo se o cônjuge que não cometeu a falta obteve lucro com o produto do ilícito perpetrado pelo outro (RT, 182:131, 414:344). A indenização deverá ser paga com os bens que compõem a meação do culpado ou com seus bens particulares excluídos da comunhão. Entretanto, não se poderá onerar a meação do responsável, enquanto a sociedade conjugal não se dissolver, por se tratar de meação indivisa e ideal (RT, 151:131,465:203). Dá-se a *extinção* da comunhão universal com a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, pela sentença de nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio. (Maria Helena Diniz)[32]

Há, portanto, dois patrimônios, o *inicial.*, que é o conjunto dos bens que possuía cada cônjuge à data das núpcias e os que foram por ele adquiridos, a qualquer título, durante a vigência matrimonial, e o *final*, verificável no momento da dissolução do casamento (CC, art. 1.674). A *administração* do patrimônio inicial é exclusiva de cada cônjuge, que, então, administrará os bens que possuía ao casar, os adquiridos por

doação e herança e os obtidos onerosamente, durante a constância do casamento, podendo aliená-los livremente, se forem móveis (CC, art. 1.673, parágrafo único). No pacto antenupcial que adotar esse regime poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares (CC, art. 1.656). Se não houver convenção antenupcial nesse sentido, nenhum dos cônjuges poderá alienar ou gravar de ônus os bens imóveis (CC, art. 1.647, I). Esse novo regime de bens, como se verifica nas nações mais desenvolvidas, tem sido freqüente, principalmente, nas hipóteses em que os cônjuges exercem atividades empresariais distintas, para que possam manusear com maior liberdade seus pertences, levando adiante seus negócios profissionais. Quanto aos *débitos* posteriores ao casamento, contraídos por um dos consortes, apenas este responderá por eles, a não ser que haja prova cabal de que reverteram, total ou parcialmente, em proveito do outro (CC, art. 1.677). Se um dos cônjuges vier a pagar dívida do outro, utilizando bens de seu patrimônio, o valor desse pagamento deverá ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro consorte (CC, art. 1.678). As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam o outro, ou a seus herdeiros (CC, art. 1.686). Com a *dissolução da sociedade conjugal*, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: os bens anteriores ao casamento e os sub-rogados em seu lugar; os obtidos por cada cônjuge por herança, legado ou doação; e os débitos relativos a esses bens vencidos e a vencer (CC, art. 1.674, I, II e III). Mas os frutos dos bens particulares e os que forem com eles obtidos formarão o monte partível. Há presunção *juris tantum* de que os bens móveis, salvo prova em contrário, foram adquiridos durante o casamento. (Maria Helena Diniz)[33]

Se os bens forem adquiridos pelo trabalho conjunto, cada um os cônjuges, terá direito a uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido (CC, art. 1.679). Se assim não fosse, ter-se-ia de comprovar uma sociedade de fato entre os cônjuges dos bens amealhados pelo esforço comum durante o casamento, sob pena de haver locupletamento ilícito. Não há aqui aplicação do regime de comunhão parcial, pois neste se comunicam quaisquer bens adquiridos onerosamente durante o casamento, e o art. 1.679 apenas está pretendendo a comunicabilidade dos advindos do trabalho comum dos consortes, não ferindo o espírito da lei, por ser razoável e consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro que proíbe o enriquecimento ilícito. Ao determinar o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges sem a necessária autorização do outro, hipótese em que o bem poderá ser reivindicado pelo consorte lesado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução (CC, art. 1.675). Além disso, incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge prejudicado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar (CC, art. 1.676). Se um dos cônjuges pagou, com seu patrimônio, dívida do outro, o valor desse pagamento deverá ser corrigido monetariamente e imputado, na data da dissolução do casamento, à meação do outro cônjuge (CC, art. 1.678). Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência (CC, art. 1.683). (Maria Helena Diniz)[34]

Surge a questão e se saber se tal direito à meação dos consortes situa-se na seara do direito real ou na do direito obrigacional. Se cada cônjuge, na meação, tiver uma pretensão à separação *in natura* dos bens, aquele direito será real. Mas se for impossível ou inconveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao ex-cônjuge não-proprietário e se não se puder realizar a reposição pecuniária, serão os bens avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem para perfazer a meação a que faz jus o outro ex-cônjuge (art. 1.684 e parágrafo único do Código Civil). Realmente, de boa política legislativa é esse artigo, porque, às vezes, a partilha *in natura* poderá acarretar a destruição de valores unitários, pois determinados bens têm maior valor quando não divididos, como p. ex. o conjunto de ações que conferem ao seu titular a maioria numa empresa. E Se a partilha prejudicar patrimonialmente os ex-consortes, ambos poderão pleitear avaliação para fins de reposição pecuniária no valor da meação que lhes é cabível. As mesmas normas deverão ser seguidas na hipótese de dissolução do casamento por morte, deferindo-se a herança aos herdeiros do cônjuge falecido (CC, art. 1.685). (Maria Helena Diniz)[35]

Adotado o regime de separação de bens, por lei ou por convenção, conserva cada consorte a integral e exclusiva administração e fruição do que lhe pertence, sendo que nem dependerá da anuência do outro cônjuge para alienar bens imóveis (CC, arts. 1.687, 1.647, I). Porém nada impede que no pacto antenupcial se estipule a competência do marido para administrar os bens da mulher (CC, arts. 1.639 e 1.688), mas a esposa, pelo novo Código Civil, não mais terá direito à hipoteca legal sobre os imóveis do marido, para garantir os bens sujeitos à gestão marital (CC, art. 1.489, I). P. ex., se o quiser, pode, ainda, constituir procurador o marido (CC, art. 1.652, II), para que ele administre e disponha de seus bens, desde que preste contas (AJ, 94:437; RT 93:46)398. O cônjuge que nomear o outro seu mandatário poderá revogar procuração que der399. Enneccerus, Kipp e Wolff vislumbram na administração dos bens da mulher pelo marido um contrato de prestação de serviços, em que se admite até que seja estipulada remuneração. Na vigência da sociedade conjugal o consorte que estiver na posse dos bens do outro será responsável como depositário, se não for seu usufrutuário, nem administrador (CC, art. 1.652, III), incumbindo-lhe, com relação a eles, proceder com diligência necessária à sua guarda e conservação, restituindo-os ao seu cônjuge quando este o exigir ou a seus herdeiros após o óbito dele, com todos os frutos e acréscidos. É-lhe lícito

reembolsar-se das despesas de conservação e de indenizar-se pelos prejuízos que delas lhes advierem, tendo direito de retenção até .reembolsar-se efetivamente. (Maria Helena Diniz)[36]

Washington de Barros Monteiro[37] observa que sobre o regime da separação existem ainda outras normas gerais: a) a falência do marido não atinge os bens particulares da mulher (Dec.-lei n. 7.661/45, art. 42); b) ainda que o regime matrimonial seja de separação, a mulher tem direito a alimentos (RT; 188:640, 196:283); c) a vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius* (LICC, art. 10, § 19); d) o estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro (LICC, art. 7g, § 5º, com redação da Lei n. 6.515/77, art. 43). (Maria Helena Diniz)[38]

Nada obsta (CC, arts. 546 e 1.668, IV), as doações recíprocas ou de um ao outro nubente ou mesmo por terceiro, feitas por pacto antenupcial, mediante escritura pública, desde que não excedam à metade dos bens do doador, com exceção dos casos de separação obrigatória de bens arrolados no art. 1.641, do Código Civil, em que não se admite nem mesmo doação *causa mortis* (RT; 130:688). Claro está que se o regime for o da comunhão os bens doados serão incomunicáveis (CC, art. 1.668, IV), pois caso contrário ociosa seria a doação. Mas tal incomunicabilidade não se estenderá aos frutos, quando percebidos ou vencidos na constância do casamento (CC, art. 1.669). A eficácia das doações antenupciais subordina-se à realização de evento futuro e incerto, ou seja, do casamento, que funciona como condição suspensiva, uma vez que, em não se efetivando, não se tem liberalidade alguma, sendo, portanto, negócios jurídicos condicionais e solenes. Perde a doação todo o valor se um dos nubentes falecer ou se casar com outra pessoa. Claro é a respeito o disposto no art. 546 do Código Civil: "A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar". As doações antenupciais não precisam, para valer, de aceitação expressa do donatário, já que a própria realização do matrimônio implica aceitação, e, conseqüentemente, como são feitas *propter nuptias*, não se revogam por ingratidão (CC, art. 564). Georgette N. Nazo[39] observa que, se se trata "de doações com vistas ao casamento, há que se ter presente, por derradeiro, que este possa, de futuro, ser anulado. Nesta hipótese, tais doações seguirão o disposto nos arts. 221 e 223, n, do CC [de 1916]". Ou melhor: até o trânsito em julgado da decisão que decretou a nulidade ou a anulação de um casamento, todos os efeitos civis se produzem prevalecendo até aquela data o convencional antes de sua celebração. Somente após o trânsito em julgado de semelhantes decisões é que cessam os efeitos do ajustado antes do que se desenrolou durante a vigência desse casamento. Proferida a decisão anulatória de um casamento, por culpa de um dos cônjuges, responderá o vencido pelas promessas feitas ao outro no contrato antenupcial. (Maria Helena Diniz)[40]

Nosso diploma legal refere-se somente às doações antenupciais, mas também são lícitas as doações entre consortes, na constância do matrimônio, salvo: se o regime de bens foi o de separação obrigatória; se for de comunhão universal, por constituírem num único patrimônio os bens do marido e da mulher; e se prejudicar a legítima do herdeiro necessário. Nula será a doação entre cônjuges que se encontrem sob o regime de separação de bens obrigatório, embora essa nulidade não alcance a aquisição dos bens com o dinheiro doado, determinando apenas a reposição desse valor (RF, 112:460). E se um dos consortes fizer ao outro doação ilegal e depois confirmá-la por testamento, ter-se-á um legado, a descontar-se na meação disponível do testador (RT; 174:679). São válidas todas as doações nupciais feitas pelos pais aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada (CC, art. 1.647, parágrafo único). Outrora podia ocorrer que as doações, mesmo realizadas em convenção antenupcial, ficassem subordinadas não só à celebração do casamento, mas também à condição de valerem após a morte do doador (CC de 1916, art. 314; RT; 114:690); tratava-se das doações *causa mortis*. Se o donatário falecesse antes do doador, os bens doados aproveitariam aos filhos do donatário. Mas se o doador sobrevivesse a todos os filhos do donatário, caducava a doação (CC de 1916, art. 314, parágrafo único), pois esta visava, exclusivamente, beneficiar a prole eventual do donatário. Isto não é mais admitido, sendo consentâneo com o disposto no art. 426 do novo Código Civil que não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva, apesar de o art. 1.799, I, acatar a capacidade sucessória de prole eventual da pessoa indicada pelo testador. Aplaudimos o novo Código Civil nesse sentido, não mais admitindo esse tipo de doação *causa mortis*, diante do disposto no seu art. 1.655 de que é nula convenção que contrarie disposição absoluta de lei. (Maria Helena Diniz)[41]

A significativa modificação introduzida pelo Código de 2002 consiste em impor as restrições apenas quando o regime de bens adotado pelos cônjuges não for o da separação absoluta (art. 1.647). Nessa hipótese – separação absoluta –, cada qual terá total liberdade e independência de disposição sobre o seu patrimônio particular. (Silvio Rodrigues)[42]

É verdade que, com o progresso, a fortuna mobiliária tende a substituir a imobiliária, pois, entre outras razões, aquele é ilimitada, enquanto esta, embora imensa, apresenta-se reduzida em quantidade. E por esse motivo o preceito em análise perde uma parte de sua importância. (Silvio Rodrigues)[43]

Nesse particular, o novo Código amplia a restrição, pois deixa de reproduzir a exceção consistente na

disposição sobre bens de pequeno valor, mantendo apenas aquela relativa à doações remuneratórias (art. 1.647, IV), renovando a validade das doações em favor dos filhos em idênticas condições previstas atualmente (art. 1.647, parágrafo único). (Silvio Rodrigues)[44]

E o novo Código supera a questão ao estabelecer expressamente tratar-se de ato anulável, mantendo idêntica possibilidade de aprovação posterior para validar o ato, bem como a legitimidade do próprio cônjuge e de seus herdeiros, e o prazo de dois anos para a propositura da ação (arts. 1.649 e 1.650). O novo Código, mais técnico, estabelece que o terceiro prejudicado terá direito de regresso contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico ou seus herdeiros (art. 1.646), permitindo, com a redação proposta, a mesma conclusão acima exposta. (Silvio Rodrigues)[45]

Note-se, entretanto, que o preceito em análise, exclusão da comunhão das obrigações provenientes de ato ilícito, só atua quando o outro cônjuge não participou dos benefícios resultantes do ato praticado por seu consorte. Um problema de alta relevância que o dispositivo suscita é o de saber se a fraude fiscal, cometida pelo marido, constitui ato ilícito, na acepção do dispositivo em análise. Ou seja, pode a mulher embargar a penhora recainte sobre os bens do casal, em execução promovida pela Fazenda Pública, contra seu marido, por fraude fiscal por ele praticada? A resposta positiva parece evidente no que concerne à multa e outros encargos, pois estes são cobrados como punição do ato ilícito do marido. Igual reflexão não é cabível no que concerne ao imposto propriamente dito. (Silvio Rodrigues)[46]

Parece, entretanto, que entram na comunhão os bens adquiridos com o produto do trabalho do marido, pois o legislador não inseriu, na lei de 1962, a ressalva que incluiu no art. 246, a respeito dos bens adquiridos com o produto do trabalho da mulher. (Silvio Rodrigues)[47]

Verifica-se ter deixado o legislador de reproduzir a exclusão dos dotes (CC/1916, art. 263, IV e V), acertadamente, uma vez banido o regime dotal, já há muito inócua sua previsão, dos bens reservados (inciso XII do referido art. 263), igualmente sem previsão no novo Código, e da fiança prestada sem a autorização do cônjuge, que, como referido, representava disposição inútil, na medida em que o ato era, e continuará sendo, nulo, e como tal incapaz de gerar efeitos (CC/1916, art. 235, III; CC/2002, art. 1.647, III) (v. n. 68, *supra*). Quanto aos bens da herança necessária a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade, até então com previsão específica (CC/1916, art. 263, XI), sua exclusão vem mantida pela maior abrangência do inciso I do art. 1.668, que fala em bens *herdados* com cláusula de incomunicabilidade, e não mais apenas bens *legados*, como na previsão anterior (CC/1916, art. 263, II). Merece lembrar as restrições para se gravar a legítima (CC/2002, art. 1.848), bem como a extensão da cláusula de inalienabilidade, também implicando a incomunicabilidade e impenhorabilidade (CC/2002, art. 1.911). Por falha ou omissão intencional, não serão mais excluídas da comunhão as obrigações provenientes de ato ilícito, uma vez ausente a respectiva previsão no art. 1.668. Essa, aliás, a única modificação, significativa proposta pelo novel legislador a respeito dos bens e dívidas que integram o acervo comum no regime da comunhão universal. (Silvio Rodrigues)[48]

Apenas merece registro observar a inutilidade, se não inadequação, da restrição contida no inciso IV. Isso porque inexistirá na futura legislação a modalidade específica de doação antenupcial como negócio jurídico nominado, como atualmente se encontra especificado no Código, através, inclusive, de capítulo próprio (CC/1916, arts. 312 e s.). A seu turno, o inciso I do artigo em exame já exclui da comunhão os bens recebidos em doação (antes ou depois das núpcias), com a cláusula de incomunicabilidade, e nessa regra, agora, enquadra-se perfeitamente a liberalidade contida no inciso IV, que, repita-se, deixou de merecer tratamento próprio (v. n. 104, *infra*). (Silvio Rodrigues)[49]

Deixa o legislador de contemplar a exclusão dos rendimentos decorrentes do usufruto sobre os bens de filhos anteriores ao matrimônio recebidos no exercício do poder familiar (futura designação do atual exercício do pátrio poder). Entretanto, em nosso sentir, a omissão legal não permite, por si só, a comunicação desses rendimentos, na medida em que o usufruto, pela sua natureza, representa um direito personalíssimo e intransferível (*intuitu personae*). Como tal, só o pode exercer, recebendo os benefícios daí decorrentes, o respectivo titular. (Silvio Rodrigues)[50]

Entretanto só os proventos, enquanto tais, não se comunicam. No exato instante em que se transformam em patrimônio, por exemplo, pela compra de bens, opera-se, em relação a estes, a comunhão, pela incidência da regra contida nos arts. 1.658 e 1.660, I, até porque não acrescenta o inciso em exame, a hipótese "e os bens sub-rogados em seu lugar". Entendimento diverso contraria a essência do regime da comunhão parcial, elevaria ao absurdo de só se comunicarem os bens adquiridos com o produto de bens particulares e comuns ou por fato eventual, além dos destinados por doação ou herança ao casal. (Silvio Rodrigues)[51]

As benfeitorias, a que se refere o inciso IV, presumem-se feitas com o produto do esforço comum, sendo justo que o seu valor se incorpore ao patrimônio comum. Em relação ao inciso V, só os bens, ou seja, o capital, é que constituem o patrimônio incomunicável do cônjuge. A escolha do regime da comunhão parcial visa, justamente, impedir a confusão do patrimônio atual e obter a confusão dos ganhos I futuros. De modo que é absolutamente lógico e conseqüente o princípio segundo o qual os frutos produzidos pelos bens de cada qual dos cônjuges se comunicam. Quanto ao inciso VI - *frutos civis do trabalho*, por se tratar de ganhos posteriores ao casamento, declinei minha posição no sentido de que tais bens se comunicam (v. n. 93, *supra*); o que caracteriza o (regime em estudo é a composição de uma sociedade cuja técnica se

encontra na constituição de um patrimônio comum pelos ganhos futuros dos cônjuges. Mas sendo expresso o novo Código quanto à exclusão da comunhão dos "proventos do trabalho pessoal" (art. 1.659, VI), e, a seu turno, não mais se renovando a indicação da comunhão desses frutos no artigo próprio (art. 1.660), a posição sustentada a respeito deste inciso VI vale exclusivamente no regime do Código de 1916, sem prejuízo do entendimento apresentado quando do exame do art. 1.659, VI (v. n. 95, *supra*). Finalmente, o art. 273 do atual Código Civil (1.662 do Código de 2002) presumiu serem adquiridos na constância do casamento, e portanto serem comuns, os bens móveis, quando não se provar que foram adquiridos em data anterior. (Silvio Rodrigues)[\[52\]](#)

O novo Código, em seu art. 1.663, na linha igualitária proclamada pela Constituição, confere a administração do patrimônio comum "a qualquer dos cônjuges", reclamando, entretanto, a anuência de ambos para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão de uso ou gozo desses bens (*caput* e § 22). Por sua vez, "as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e os particulares do cônjuge que os administra, e aos do outro na razão do proveito que houver auferido" (§ 12), acrescentando que, "em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges" (§ 32). Ainda sobre dívidas, o art. 1.664 estabelece que "os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal". Aliás, assim já previa o art. 1.643 c/c o 1.644. Quanto aos bens próprios, a administração compete ao respectivo proprietário, salvo disposição contrária em pacto antenupcial (arts. 1.665 e 1.642, I), permitida a alienação ou imposição de ônus real apenas sobre bens móveis (arts. 1.665 e 1.647, I), e eventual substituição da administração na forma prevista no art. 1.651 (v. n. 74, *supra*). Essa nova forma de administração proposta pelo Código no regime da comunhão parcial também passa a prevalecer no regime da comunhão universal, pela expressa previsão contida no art. 1.670. (Silvio Rodrigues)[\[53\]](#)

Já o novo Código, em sentido exatamente diverso, permite expressamente a alienação ou imposição de ônus real pelo titular do patrimônio, inclusive imobiliário, independentemente da autorização do respectivo cônjuge (arts. 1.687 e 1.647, *caput*). Pelo casamento os cônjuges unem suas vidas e seu destino. Mas por meio do pacto antenupcial em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união, afim de impedir que ela se estenda também ao campo patrimonial. De modo que, embora sejam marido e mulher, cada cônjuge continua dono daquilo que era seu, será senhor exclusivo dos bens que vier a adquirir e receberá, sozinho, as rendas produzidas por uns e outros desses bens. É lógico que, em tal regime, a cada cônjuge compete a administração dos bens que lhe pertencem, pois, em tese e a rigor, só ele tem interesse nisso. Ademais, também não se comunicam as dívidas por cada qual contraídas (exceto as que o forem para compra das coisas necessárias à economia doméstica - CC/1916, arts. 247 e 254; CC/2002, arts. 1.643 e 1.644), como também não se comunicam as obrigações concernentes à indústria ou profissão que qualquer dos cônjuges exercer. (Silvio Rodrigues)[\[54\]](#)

Representa um regime híbrido, ou misto, ao prever a separação de bens na constância do casamento, preservando, cada cônjuge, seu patrimônio pessoal, com a livre administração de seus bens, embora só se possa vender os imóveis com a autorização do outro, ou mediante expressa convenção no pacto dispensando a anuência (arts. 1.672, 1.673, parágrafo único c/c o art. 1.656). Mas, com a dissolução, fica estabelecido o direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso pelo casal na constância do casamento (art. 1.672). Daí a indicação dos critérios para a identificação e apuração do patrimônio a ser objeto de participação recíproca, feita nos arts. 1.673 e seguintes. Assim, o Código indica a forma como se dará a operação contábil para o cálculo da participação de um sobre os aqüestos em nome do outro, estabelecendo as regras de liquidação do acervo. Resumidamente, apuram-se os bens anteriores ao casamento, os r sub-rogados a eles, os que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas aos bens. Estes são excluídos da apuração dos aqüestos (art. 1.674). Por sua vez, incluem-se nesses aqüestos o valor das doações feitas por um dos cônjuges sem a autorização do outro, facultada, inclusive, a reivindicação desses bens (art. 1.675), e eventuais alienações feitas em detrimento da meação. Quando da dissolução do casamento, verifica-se o montante dos aqüestos (art. 1.683). Sendo possível a divisão (p. ex., numerário em aplicações, ações etc.), promove-se a repartição na proporção alcançada. Em relação aos bens inviáveis de divisão, apura-se o seu respectivo valor para reposição em dinheiro em favor do cônjuge não proprietário, conforme o art. 1.684, acrescentando seu parágrafo único: "não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem. Nesse contexto, durante o casamento, o patrimônio particular é; preservado como tal, autorizando a sua livre administração. Na dissolução do vínculo, calcula-se o acervo adquirido na constância da relação (aqüestos), promovendo-se a compensação entre os bens titulados em nome de um e em nome de outro, apurando eventuais diferenças. (Silvio Rodrigues)[\[55\]](#)

Conforme as circunstâncias fáticas, o cônjuge, com a ruptura da sociedade conjugal, passa a ter uma dívida para com o outro, a ser quitada com a divisão de seus bens, em dinheiro ou com a venda de seu patrimônio para honrar a participação do outro. Com essa fórmula, a significativa diferença deste para com os outros regimes consiste no fato de que pelo novo modelo a participação se faz sobre os incrementos patrimoniais, mas de forma contábil (apuração de valores), não através de comunhão ou condomínio; vale dizer, após a compensação de bens, aquele cônjuge em desvantagem passa a ter um crédito consistente na diferença

apurada, e não uma parcela sobre o bem indivisível. Assim, o direito de um não é sobre o acervo do outro, adquirido durante o casamento. Limita-se o direito à participação final sobre o valor de eventual saldo, após a compensação dos acréscimos de ambos os cônjuges, pelos critérios estabelecidos. Quanto às dívidas, prevê a lei que, por aquelas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro (art. 1.677); ainda, se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge (art. 1.678), sendo que os débitos de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros (art. 1.686). Na teoria a proposta é boa, pois conserva a independência patrimonial de cada um, inclusive quanto ao incremento ocorrido durante o casamento, ao mesmo tempo que, se e quando da ruptura, há proteção econômica daquele que, direta, indiretamente, ou pela só qualidade de parceiro, acompanhou a evolução patrimonial do outro, sem ter bens em seu nome. Ocorre que, na prática, considerando a complexidade da apuração contábil proposta, tomando necessária não só a exata identificação dos aqüestos, como a respectiva valoração, a exigir, inclusive, conforme o caso, a realização de perícia, tudo a tornar extremamente morosa e onerosa a solução de eventual litígio, a tendência deverá ser por desaconselhar aos noivos essa opção. (Silvio Rodrigues)[56]

- [1] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 161.
- [2] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 5º v. 2002, p. 164.
- [3] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 166.
- [4] *A família e o novo Código Civil: considerações*. Artigo disponível na home-page da autora.
- [5] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 5º v. 2002, p. 165.
- [6] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 179 e segs.
- [7] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 5º v. 2002, p. 165.
- [8] ZULIANI, ÊNIO. *O Novo Código Civil - Doutrinas*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 16, p. 102.
- [9] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 5º v. 2002, p. 167.
- [10] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 190.
- [11] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 158.
- [12] GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 113.
- O, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v. I, p. 275, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 164.
- [14] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 169.
- [15] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v. I, p. 275, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 170.
- [16] Rizzardo, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 227.
- [17] *Do regime de bens entre os cônjuges*. *Direito de Família e o Novo Código Civil*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 170.
- [18] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, v. V, p. 169, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 171.
- [19] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 171.
- [20] TAQUINI, Carlos H. Vidal. *Régimen de bienes em el matrimonio*. 3. Ed. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 294, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 171.
- [21] VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. Ed. Buenos Aires: Astrea, 1979, t. I, p. 28, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 172.
- [22] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 172.
- [23] IRUZUBIETA, Carlos Vázquez. *Régimen económico del matrimonio*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1982, p. 320, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 174.
- [24] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 175.
- [25] IRUZUBIETA, Carlos Vázquez. *Régimen económico del matrimonio*. Madrid: Editorial de Derecho

Reunidas, 1982, p. 352, *apud* MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 177.

[26] MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2001, p. 176/177.

[27] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 5º v. 2002, p. 135.

[28] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 152.

[29] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 154.

[30] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 155.

[31] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 158.

[32] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 158.

[33] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 161.

[34] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 162.

[35] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 163.

[36] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 168.

[37] Ob. cit., p. 178.

[38] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 169.

[39] Georgette, N. Nazo. Doações antenupciais, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 29, p. 186, *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 5º v. 2002, p. 176.

[40] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 176.

[41] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 177.

[42] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 151.

[43] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 152.

[44] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 154.

[45] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 157.

[46] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 201/202.

[47] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 204.

[48] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 205.

[49] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 206.

[50] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 211.

[51] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 212.

[52] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 213.

[53] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 215.

[54] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 216.

[55] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 218.

[56] RODRIGUES, Sílvio. Ob. cit., p. 219.

Seminário de Estudos sobre o Novo Código Civil, em Juiz de Fora, promovido pela Escola Judicial Edésio Fernandes, do TJMG, em 2002