

Outra coisa não fariam os atos regulamentares ora figurados.

Competindo ao Estado não só exercer a tutela ou contrôlê tutelar (*controllo tutorio*, dos escritores italianos) sôbre as autarquias que êle cria, como ainda traçar a diretriz política a ser seguida por estas suas criaturas, às quais, como tais, incumbe exercer, em regime de descentralização, serviços e atividades do mesmo Estado criador — claro está que uma e a outra coisa (tutela e diretriz política) podem concretizar-se pela via do poder regulamentar, inclusive do poder regulamentar autônomo.

Rigorosamente legítimo seria, pois, o ato regulamentar estadual, que se ocupasse da matéria do modo como se indicou.

é a dos regulamentos autônomos ou independentes. Esses são os regulamentos expedidos pela administração, a propósito de assuntos sôbre os quais dispõe de um poder discricionário de agir. O fundamento pelo qual se emitem regulamentos autônomos reside no poder de autolimitação da administração: toda vez que a administração tem um poder discricionário para agir, pode utilizar o seu poder de autolimitação e tornar vinculada a atividade, através de um regulamento autônomo”.

O CASAMENTO E SEU REGIME EM FACE DA LEI N.º 4.121, DE 1962

CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO
Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado
de Minas Gerais — Diretor da Faculdade Mineira
de Direito

1 — *Relevância do assunto.* 2 — *Chefia do casal.* 3 — *Pátrio Poder.* 4 — *Fixação do domicílio do casal.* 5 — *Guarda dos filhos em caso de desquite.* 6 a 10 — *Regime de bens.*

1. A relevância do problema a examinar corresponde à importância da família na sociedade e na vida da humanidade.

É verdade que, segundo as épocas, os costumes e o grau de civilização, tem a família se apresentado com aparências diversas e múltiplas regulamentações. Mas não é menos certo que constitui ela sempre o suporte natural, o ponto de apoio do indivíduo e, como assinala PADRE COULET (1), é “a célula inicial de toda sociedade verdadeira e nela o fator principal da riqueza e a mais sólida garantia da prosperidade, na ordem e na paz”.

Houve, porém, infelizmente, um trabalho organizado, no Brasil, que, paradoxalmente, partia de cima para baixo, de solapar sistematicamente o princípio da autoridade, orientação da qual não escapou a família.

Essa assertiva encontra apoio na atual Lei n. 4.121, de 28 de agosto de 1962, apelidada de proteção à mulher casada, mas que, de fato, é o primeiro marco da ruína da família, e julgamos não ser temerária a afirmativa, — para a introdução do divórcio no Brasil.

(1) *O Problema da Família na Sociedade Contemporânea*, Livraria Católica, 1933, pág. 10.

De fato, ela introduz tais modificações no setor de direção da sociedade conjugal, na estrutura do lar, que grande parte dos casamentos dificilmente suportará seu impacto.

Ademais, sôbre ser, no dizer de civilista eminente, uma lei anti-marido, não conseguiu ela situar-se como lei de proteção à mulher. Ao contrário, solapando a autoridade do chefe da família, prejudicou a mulher profundamente, no setor econômico.

2. As modificações introduzidas nos arts. 233 e 253 do Código Civil alicerçam estas duas afirmativas. Com efeito, aquêle dispunha que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”. Êste princípio, sôbre basear-se em antiga tradição, que em nada desfavorece a mulher, representa a realidade da vida. De fato, sabemos que o direito dos povos antigos, em suas remotas manifestações, consagrava a incapacidade da mulher e daí a da mulher casada, mas, no correr dos tempos, não só êste rigor foi-se amenizando, como já no direito romano, via-se a prática divorciar dos textos, inflexíveis da lei. Como adverte CLÓVIS BEVILÁQUA, “os costumes, a religião e a vida agrícola fizeram da família romana um frouxelado ninho de paz, de afetos e de nobres virtudes, ao menos nos tempos áureos da vida romana” (2). E acrescenta às notas 5: “mesmo com a separação dos bens referem alguns historiadores que os patrimônios dos cônjuges eram utilizados como se fôsem comuns, não se traduzindo, geralmente, na vida conjugal, o egoísmo do direito: *nihil conspiciebatur in domo dividuum*. Quanto ao respeito e afeto que às suas consortes tributavam os homens, atestam-nos as inscrições tumulares, num laconismo elevado e docé, que bem traduz a cálida emotividade daqueles puros latinos. Eis aqui alguns exemplos: *Jucunda suis, omnibus officiosa; — fruge bona, pudica; amantissima suis, fide maxima, pia*”.

Ora, em tôda sociedade, em qualquer comunhão de esforços com um objetivo comum, quer de natureza econômica, seja de fundo espiritual, há necessidade de um chefe, de uma direção única se possível. E, no caso da educação, da instrução, a orientação terá de ser uniforme sob pena de fracassar completamente, pois, na idade infantil e na adolescência, indispensável é uma diretriz firme e harmônica.

(2) CLÓVIS BEVILÁQUA, ed. Ramiro M. Costa & Cia., Recife, 1896, § 26, pág. 165.

O problema era, pois, escolher para chefia entre um e outro, isto é, entre o marido e a mulher. E pela tradição, pela própria natureza, pela realidade mesmo da vida, a direção deveria tocar àquele. Nada impedia que pedisse a ajuda da mulher, o que é normal e comum na vida dos casais. A unidade de direção, dada por lei, contribui para a harmonia do lar, uma vez que a mulher, quando casa, já, antecipadamente, sabe que, neste particular, a última palavra pertence ao chefe da sociedade conjugal, ao marido.

E isto não é novidade, porque também nas sociedades civis e comerciais, pôsto sejam iguais os direitos dos sócios, têm êles de se submeter ao gerente, relativamente à administração da sociedade.

Ora, pela Lei n. 4.121, o aludido dispositivo tem agora a seguinte redação: “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos”.

Portanto, a chefia do casal deixou de ser exercida em conjunto, não em virtude do afeto, da confiança mútua, da unidade de ponto de vista, que faz, como diz o Evangelho, de dois um único corpo, mas por imposição de lei. De agora em diante, a mulher é membro proeminente do conselho de família, a cuja direção fica entregue a família, a ponto de um eminente civilista, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ter proclamado estabelecer a lei no lar “o regime parlamentar de govêrno; o marido será o presidente da república, à mulher caberá, conseqüentemente, a posição de primeiro ministro” (3).

Ê sabido que, no regime parlamentar, cabe ao primeiro ministro o govêrno, verdade que vem demonstrar a revolução radical realizada nas relações entre os cônjuges pela Lei n.º 4.121.

E esta inovação é tanto mais séria quanto, nos têrmos do art. 240, se reserva, neste regime, para a mulher a pasta da Fazenda. Esta sua redação: “a mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral dêste”.

Êste dispositivo completa o art. 233 e fixa a posição da mulher no lar. Além de colaboradora, tem a missão específica de velar pela direção material e moral do lar. Entregou-se-lhe, pois,

(3) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *A capacidade civil da mulher casada em face da Lei 4.121*, de 1962, in *Problemas Brasileiros*, pág. 11.

a verdadeira chefia da família, já que, em nossos tempos, época utilitarista por excelência, o domínio está com quem tem a direção do dinheiro e esta, segundo o texto frio da lei, passa a pertencer à mulher.

3. E, para não deixar dúvida quanto ao seu verdadeiro sentido, redigiu o art. 380 da maneira seguinte: “durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.

É verdade que, consoante o parágrafo único desse artigo, “divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para a solução da divergência”.

Mas a solução não foi a favor da família. Realmente, pode-se tolerar a intervenção judicial na divergência entre os cônjuges em assuntos econômicos determinados, cujas conseqüências se apreciam facilmente, mas não no setor da educação de filhos, que faria quebrar a força moral do chefe de família.

Além disso, dificilmente a estrutura da família, o próprio casamento, suportariam o transbordamento do lar das desarmonias entre os cônjuges. A publicidade judicial e, principalmente, a da imprensa — impossível de ser evitada — esboroariam qualquer lar, desfariam qualquer casamento, mesmo aquêles em que os cônjuges estivessem ligados pelo mais puro afeto. E nenhum problema está mais sujeito a pequenos atritos do que o da educação dos filhos. São, porém, choques facilmente contornáveis, desde que não transponham os umbrais do lar, mas dificilmente reajustáveis, se se tornam públicos.

4. Entretanto, êste não é o único dispositivo que introduz uma cunha na autoridade do marido. O n.º III do art. 233, aplicado em tôdas suas letras, acarretará distúrbios na comunidade familiar. Atribuía êsse dispositivo ao marido o “direito de fixar e mudar o domicílio da família”, ao passo que a atual lei, embora, em princípio, mantenha a norma, permitiu a intervenção do juiz, a pedido da mulher. Dispõe o artigo 233, do Cód. Civil, modificado pela Lei n.º 4.121, que “compete ao marido o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, em caso de deliberação que a prejudique”.

Note-se, de início, que, fora os países socialistas — Rússia, Hungria, Iugoslávia — e mais o Japão, em que a fixação da residência do casal pertence, de comum acôrdo, aos cônjuges, nos demais é ela feita pelo marido, livremente.

O Código Napoleão prescreve no art. 214, primeira parte: “a mulher é obrigada a habitar com o marido, e de o seguir por tôda parte onde êle julga necessário residir”.

Reza, a seu turno, o art. 144, da Lei Unitária Italiana: “o marido é o chefe da família; a mulher segue sua condição civil, toma seu nome e é obrigada a acompanhá-lo para onde êle considera oportuno fixar residência”.

Outras legislações estabelecem a obrigação da mulher de acompanhar o marido, ressalvando, entretanto, expressamente, as hipóteses em que ela pode deixar de fazê-lo. Estatui o art. 58 do Código Espanhol: “a mulher é obrigada a acompanhar o marido para onde êle fixar residência. Os Tribunais, sem embargo, poderão dispensá-la dessa obrigação, quando de sua execução resulta perigo de vida”.

A legislação de Israel permite à mulher discordar da mudança do domicílio conjugal, nos seguintes casos:

- a) — se no ato do casamento a mulher convencionou um determinado domicílio ou que a mudança de residência dependeria de seu consentimento;
- b) — por razões de saúde ou outra natureza;
- c) — se o marido deixar a Palestina.

Verifica-se, pois, ter o Brasil se orientado pela legislação de Israel, país cujos costumes são muito diferentes dos nossos. E traz, a nosso ver, êste sistema sérios inconvenientes de ordem moral e social.

De fato, não se compreende como o marido possa fixar o domicílio e se conceder à mulher o direito de divergir, eis que mesmo a intervenção do Juiz, sôbre ser inconveniente no setor moral, não tem maior significação do ponto-de-vista prático. Com efeito, a reclamação apóia-se no interesse da mulher e não no da família, de sorte que, dificilmente, o Juiz poderá manter o ato do marido; basta que a mulher demonstre ter, na localidade, qualquer renda oriunda de seu trabalho.

Preocupou-se a lei apenas com a influência da mulher, esquecendo-se completamente da família e de que o desprestígio desta reflete, sem dúvida, naquela. Realmente, justifica-se a reclamação da mulher, quando a mudança lhe acarretar prejuízo, sem levar em consideração a família.

Ora, precisando o marido de estabelecer-se em lugar diverso, evidentemente não deixará de fazê-lo pelo fato de o Juiz, a pedido da mulher, ter impedido a mudança do domicílio e, então, ter-se-á: ou a inutilidade da decisão do Juiz, porque a mulher resolve acompanhar o marido; ou a separação de fato, com possível quebra dos deveres de fidelidade conjugal, e conseqüências imprevisíveis, sendo a mais lógica a proliferação dos desquites.

De qualquer maneira, os prejudicados serão os filhos. No primeiro caso, porque a luta judicial deixará, forçosamente, indelével marca em suas almas jovens. No segundo, porque será êste o passo inicial para o rompimento total do vínculo conjugal, e neste caso, são os cônjuges que perdem.

Ademais, a alteração da Lei n.º 4.121, sôbre ser revolucionária e inconveniente, era desnecessária, visto como o Código Civil não deixava, neste particular, desamparada a mulher. Com efeito, embora o Código dissesse que ao marido competia o direito de fixar e mudar o domicílio da família, como se vê dos arts. 234 e 317, n. IV, só punia a mulher, quando deixasse de coabitar com o marido por motivo injustificado. Daí perguntar ESPÍNOLA: “se, por considerações devidamente comprovadas, de saúde, pela manifesta inconveniência do local escolhido, por circunstâncias de incontestável procedência, em face da justiça e da moral, deixar ela de segui-lo, incorrerá na sanção que, para o caso de habitação conjugal, estabelecem os arts. 234 e 317, n.º IV?” E responde: “é óbvio que não. E por isso o art. 234 fala em abandono sem justo motivo”. Quanto ao art. 317, n. IV, veremos, oportunamente, que também pressupõe a inexistência de motivo justo. Ora, desde que se não possa aplicar qualquer desses dois dispositivos à mulher que, por justa causa, deixa de acompanhar o marido nas mudanças de domicílio conjugal, e não haja meio de coagir a mulher a segui-lo, fica praticamente, em tal caso, resolvida a situação” (4).

A jurisprudência tem-se orientado no sentido de só negar alimentos à mulher, quando ela abandona o lar sem justa causa. De-

(4) *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, Comp. Editora Nacional, S. Paulo, vol. III, pág. 174, n.º 26.

ciduiu o Tribunal da Guanabara: “Só quando abandona injustificadamente o lar é que a mulher perde o direito a alimentos. Quando a mulher se ausenta do lar por motivos que legitimam a separação, conserva o direito a alimentos, por ser obrigação do marido, decorrente do vínculo conjugal, que subsiste a despeito da separação” (5).

Portanto, dentro da lei brasileira havia solução para os casos em que o marido fizesse mau uso da faculdade que lhe dava a lei. O que a lei não fez e nem poderia fazer é tornar a mulher único árbitro da questão. E esta foi a orientação da Lei n.º 4.121, razão por que não poderá merecer nosso apoio e, estamos certos, da maioria do povo brasileiro, que tem em alta conta a família.

5. Não fica aí a preocupação de favorecer a mulher em detrimento da autoridade do marido. No caso de desquite, de acôrdo com o texto primitivo do art. 326 do Código Civil, os filhos menores eram entregues ao cônjuge inocente. Se ambos fôsem culpados, a mãe teria direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até à idade de seis anos. Ora, de conformidade com acréscimo feito a êsse dispositivo (§ 1.º), no caso de culpa de ambos os cônjuges, todos os filhos ficarão em poder da mulher, exceto se o Juiz verificar que de tal solução poderá advir prejuízo de ordem moral para êles. Portanto, atualmente, sendo os cônjuges igualmente culpados, o marido não terá nenhum direito sôbre os filhos, a não ser de contribuir para sua alimentação, passando sua guarda a ser, em princípio, da mãe.

6. Consideração mais detida desperta o regime de bens na nova lei.

Pôsto divirjam em demasia as legislações dos diversos povos civilizados quanto ao regime matrimonial, a tradição de nosso direito foi sempre a de adoção do de comunhão de bens. É que o Brasil, durante mais de século, regeu-se pelas Ordenações Filipinas, em cujo Livro IV, título 46, princ., estava escrito: “Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e Senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade, salvo quando entre as partes outra coisa fôr acordada”.

Êsse regime teve entrada em Portugal através do direito visigodo, que antes de nossa era já o adotava, sendo vulgar entre

(5) *Rev. For.*, vol. 97, pág. 122.

os povos germânicos o adágio “os esposos devem dividir entre si a fortuna e a miséria; e assim é que nas leis Saxônicas estava escrito: *de eo quod vir et mulier simul acquisierint, mulier mediam portionem accipiat*”.

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 253, perfilhou-o. Realça LAFAYETTE: “Tal como é em sua natureza e efeitos, a comunhão é por certo regime que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal. A comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos cônjuges e contribui poderosamente para fortificá-la e consolidá-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro” (6).

Ora, a Lei n.º 4.121, de 1962, embora não tenha suprimido este regime, desnaturou-o de tal maneira que o tornou irreconhecível. Realmente, de conformidade com a redação dada ao art. 263, do Código Civil, ficaram expressamente excluídos da comunhão “os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos”.

Cumprido advertir, de início, ter a lei terminado com o regime de comunhão de bens no Brasil relativamente aos bens adquiridos pelo trabalho de qualquer dos cônjuges. A comunhão, entre nós, ficou reduzida aos bens levados à sociedade pelo casamento e aos obtidos durante sua vigência por outros meios que não os do trabalho dos cônjuges.

Sobre haver rompido com a tradição do direito brasileiro, o preceito divorciou-se da legislação de quase todos os povos cultos, sabido que apenas a Polônia perfilhou igual sistema.

A este respeito, as diversas legislações podem ser divididas em dois grupos: o que adota a comunhão dos aquestos e não contém disposição excluindo os rendimentos da atividade remunerada dos cônjuges, e o que acolhe a comunhão dos aquestos e ainda torna expressa a inclusão dos rendimentos do trabalho dos cônjuges. Entre os primeiros destaca-se o Código Unitário Italiano, cujo artigo 217 dispõe: “Constitui objeto da comunhão o gozo dos bens móveis e imóveis, presentes e futuros, dos cônjuges e, ainda, as aquisições feitas durante a comunhão por um ou por outro cônjuge a qualquer título, salvo as derivadas de doações e de sucessão ou adquiridas com o preço da venda da coisa pertencente antes em propriedade a um dos cônjuges, sempre que, neste último caso, resulte expressamente do ato de aquisição”.

(6) LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito de Família*, ed. Fonseca Filhos & Cia., Rio, 1918, pág. 142, § 55.

Também o Código das Obrigações Suíço: “A comunhão universal se compõe de todos os bens e rendimentos tanto do marido quanto da mulher; pertencem indivisivelmente aos dois esposos”.

Pertencem ao segundo as legislações da Espanha, Uruguai, etc.

O art. 1.315 do Código Civil Espanhol está vazado nos seguintes termos: “Aquêles que se unem em matrimônio, poderão firmar convenções antes de o celebrar, estipulando as condições da sociedade conjugal relativamente aos bens presentes e futuros, sem outro entrave senão os indicados neste Código. Na falta de contrato sobre os bens, considera-se o casamento como contrato sob o regime da sociedade legal dos adquiridos”.

Por sua vez, o art. 1.401 reza: “São adquiridos: ... 2.º — os bens adquiridos com a indústria, o trabalho ou os esforços dos esposos ou de um deles”.

A própria Rússia, a despeito de seu regime predominantemente materialista, não afasta da comunhão os aquestos. Estatui o art. 10 do Código das Leis sobre o casamento: “O patrimônio, que pertence aos cônjuges antes de contraírem matrimônio, fica como patrimônio individual. Quando fôr adquirido na vigência do casamento, é considerado comum e, em caso de litígio, a proporção da parte que pertence a cada um será fixada pelo Tribunal”.

A França assumiu posição especialmente favorável à mulher. A lei de 13 de julho de 1907, modificada pela de 8 de junho de 1923, dispõe: “Em todos os regimes e sob pena de nulidade de toda cláusula em contrário que contenha o contrato de matrimônio, a mulher tem sobre o produto de seu trabalho pessoal e as economias que dêle advem, os mesmos direitos de administração que o art. 1.449 concede à mulher casada sob o regime de separação de bens. Pode adquirir com eles valores móveis ou imóveis, e vender, sem autorização marital, a título oneroso, os bens adquiridos. Poderá, igualmente, sem autorização marital, gravar ditos imóveis e hipotecá-los”.

Finalmente, na Polônia vigora o regime da comunhão dos aquestos, com exclusão, entretanto, dos salários percebidos pelos cônjuges.

Com a Lei n.º 4.121, de 1962, afastou-se o Brasil de todos os modelos europeus para seguir a legislação polonesa, única em que os salários percebidos por qualquer dos cônjuges não entram na comunhão.

Não é por abandonar o exemplo geral para seguir a única exceção encontrada — a legislação polonesa —, que merece censura a modificação introduzida no sistema brasileiro, pois a circunstância de ser única não induz ser a pior, mas por divorciar-se inteiramente da realidade brasileira e desvalorizar completamente o trabalho da mulher no lar.

O professor CELSO BARBI assim se manifesta: “Vivemos em um país em que constitui exceção o enriquecimento por via de recebimento de heranças que, ou não são de vulto, ou se pulverizam na partilha entre herdeiros numerosos. Por outro lado, o grande atrativo que as Américas em geral sempre exerceram sobre as classes pobres da Europa decorre da mobilidade social, que, diferentemente dos países antigos, permite a ascensão econômica dos imigrantes aqui chegados sem nenhum recurso econômico e que, com trabalho persistente e economia, formavam fortunas que nunca alcançariam dentro das condições sociais e econômicas vigorantes em seus países de origem. A realidade nos mostra que no Nôvo Continente a maioria das grandes e médias fortunas pertence àqueles que aqui aportaram apenas com a capacidade de trabalho e vontade de prosperar. No seu labor surgiram frutos que, economizados, se multiplicam, resultando, senão fortunas, pelo menos patrimônios valiosos para o sustento familiar. Destaca-se entre nós, portanto, o valor do trabalho como elemento básico para formação e acumulação de bens, independentemente da existência de capitais recebidos por herança ou doações” (7).

Este período de trabalho coincide, em geral, com o de sua maturidade e principalmente com seu casamento. As fortunas brasileiras, em sua generalidade, são conseguidas pelo esforço de seus titulares durante os anos que se seguem ao matrimônio. O homem, comumente, casa pobre e o que adquire é consequência do “fruto civil do trabalho ou da indústria”. E, para esta fortuna, em geral, a mulher não contribui com seu trabalho fora do lar, ou por não exercer nenhuma profissão, ou porque suas atividades remuneradas não alcançam níveis capazes de, com a poupança, ameaçar capitais.

Portanto, a grande maioria das mulheres brasileiras, nos termos da nova redação do art. 263, não participará do patrimônio adquirido durante o casamento, eis que êle, pelo menos, aparente-

(7) CELSO AGRÍCOLA BARBI, in *Rev. For.*, Rio, vol. 201, pág. 26, n.º 6.

mente, foi conseguido através dos frutos civis do trabalho ou da indústria do marido.

Mas não é só. A atual lei, sobre desconhecer o valor da mulher no lar, desvaloriza completamente o trabalho doméstico. Esqueceu o legislador brasileiro que “celibatária ou viúva, como assinala o Padre COULET, a mulher pode ocupar-se só de si e do seu desenvolvimento próprio.

Espôsa e mãe, mister lhe é alargar o horizonte dos cuidados e preocupações. Então, é para o progresso e a perfeição dos entes confiados à sua guarda pela Providência que ela deve trabalhar. Desejais que esta mulher possa fazer uma obra-prima? Também o quero, continua o sacerdote ilustre, mas essa se fará no mármore vivo, na alma do marido e dos filhos. Aí é que lhe será preciso talhar. A elevação, a nobreza, o valor da mulher está em formar, em modelar a alma dos filhos; está em transmitir fielmente as tradições que nos livram da pura animalidade, está em amainar o homem, reprimir-lhe o egoísmo, abrandar-lhe a aspereza, suavizar-lhe as rusticidades, conter-lhe o orgulho, levá-lo a tornar melhor. Sua missão não consiste tanto em fazer obras-primas, mas sim em inspirá-las e em permitir-lhes a possibilidade de existência. O papel da mulher consiste menos em fazer descobertas, do que em preparar e animar aqueles que as farão um dia. Sua verdadeira superioridade não está nas suas obras, mas sim na sua vida. Discreta e sutil como um perfume que vem não se sabe de onde, sua ação envolve e penetra e, pouco a pouco, transforma aqueles que a cercam; e sua verdadeira glória consiste no reflexo que nela projetam o esplendor moral e a felicidade tranqüila destes seres queridos, maridos e filhos, aos quais na atmosfera íntima do lar, ela soube consagrar todo o seu coração, todo o seu pensamento, todo o seu devotamento, tôdas as suas atividades” (8).

Se, depois de uma existência de trabalho, forem os bens do casal partilhados, a mulher nada receberá, ficará na miséria, eis que, seu trabalho, nobre e silencioso, inexistente para a atual lei brasileira.

Ora, esqueceu-se o legislador brasileiro de que o serviço doméstico da mulher casada é tão valioso como o que o homem desenvolve fora do lar e que, portanto, a êle deveria e deverá ser

(8) PADRE COULET, *O Problema da Família na Sociedade Contemporânea*, ed. Livraria Católica, Rio, 1933, pág. 143-144.

equiparado. Nenhum homem casado conseguirá triunfar na vida, se não tiver uma direção segura em seu lar, capaz de lhe dar tranqüilidade para o seu trabalho. Por isto, por mais importante e valioso que seja o trabalho do homem; por maior que seja sua remuneração, não é êle superior ao da mulher, desenvolvido na direção da casa e na educação dos filhos.

Na Alemanha, o trabalho doméstico da mulher é equiparado ao remunerado do homem. Lê-se em *Juris Clausseur*: “os esposos são obrigados mutuamente a prover as necessidades da família convenientemente pelo seu trabalho e na medida de seus meios. Em regra geral, a mulher executa seu dever de contribuir com seu trabalho para o sustento da família, dirigindo a casa” (9).

7. Cabe agora, indagar se a atual lei, no tocante à alteração no regime de bens, tem aplicação imediata, ou melhor, se atinge os bens adquiridos a partir de sua vigência, ou se apenas o regime dos casamentos realizados após sua promulgação.

CUNHA GONÇALVES proclama ser o regime de bens o vigente ao tempo da celebração do casamento, sendo inatingível por leis posteriores: “o regime dos bens do casal é regulado pela lei vigente ao tempo, da celebração do casamento, mesmo que a convenção seja tácita. Por exemplo, dispondo o art. 1.098 que “na falta de convenção, o regime será o de comunhão geral de bens”, segundo o costume nacional, se uma lei nova estabelecer, para a mesma hipótese, o regime de separação absoluta de bens, como na Itália, e como se torna indispensável após a liberdade do divórcio — esta lei não poderá alterar o regime de comunhão anterior quanto aos casamentos já celebrados sem contrato antenupcial escrito” (10).

O professor CELSO BARBI, pôsto não tenha se manifestado expressamente sobre a matéria, dá a impressão de que sustenta ponto de vista contrário, já que aconselha aos maridos, para evitar o prejuízo da mulher, o uso do testamento, no qual seria contemplada a mulher. Adverte o catedrático de Direito Processual da Universidade de Minas Gerais: “se não houver urgente reforma no texto legal, de maneira a retornar ao direito anterior para proteção da maioria dos lares, dentro em pouco o fôro estará abar-

(9) *Legislation Comparée Allemagne*, fasc. 1.º, 1959, pág. 17, n.º 117.

(10) *Tratado de Direito Civil*, Coimbra Editôra Ltda., Coimbra, 1929, vol. I, pág. 371, n.º 61, letra c.

rotado de demandas em que, por ocasião de se dissolver a sociedade de bens, a mulher virá pedir contra o marido ou seu espólio salários pelos serviços domésticos prestados no lar. Não acreditamos que o legislador, que tanto quis amparar os direitos da mulher, permita tão humilhante situação para ela. Alternativa que resta aos maridos que queiram forrar suas espôsas a tão vexatória situação, quando elas enviuvarem, será fazer testamento em seu favor, mas sujeito aos ônus dos impostos de transmissão *mortis causa*. E, convém repetir, se não houver testamento só restará à mulher desamparada o pedido de salários pelos serviços domésticos” (11).

A Constituição Brasileira, em seu art. 141, § 3.º, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

E TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, em escólio a êsse inciso, seguindo a melhor orientação, leciona: “voltamos agora à fórmula de 1934 que não exclui a aplicação da lei aos fatos pretéritos, mas protege as situações jurídicas definitivas, cuja natureza se enquadra nas concepções do direito privado. Prevalece, portanto, o princípio geral da aplicação imediata da lei, atingindo todos os fatos e relações jurídicas, sobre as quais recaem os preceitos legais, salvo apenas os direitos já adquiridos, incorporados ao patrimônio do indivíduo, que não dependem de condição ou de evento futuro, o ato jurídico perfeito e acabado e a coisa julgada” (12).

Portanto, de conformidade com a melhor doutrina, há que fazer-se a distinção entre direito adquirido e expectativa de direito, consistindo aquêle em um fato idôneo que já entrou definitivamente no patrimônio da pessoa, enquanto êste depende de acontecimentos futuros para poder se converter em direito a ser protegido.

Ora, só com relação aos primeiros pode-se falar em irretroatividade da lei, pois no tocante ao segundo, o que ocorre é sua aplicação imediata, não vedada pela Constituição brasileira.

Relativamente ao caso em exame, verificar-se-ia não ferir a aplicação da lei aos bens adquiridos após sua vigência o princípio da irretroatividade, já que êsses bens não teriam ainda entrado no patrimônio dos cônjuges. Havia apenas uma expectativa

(11) *Ob. e vol. cit.*, pág. 28, n.º 20.

(12) TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, *A Constituição Federal Comentada*, ed. José Konfino, Rio, 1949, vol. III, pág. 76.

de direito, prevalecendo, então, o princípio geral da aplicação imediata da lei.

A conclusão não prejudica também aos terceiros, de vez que êsses não contariam com os bens a ser incorporados ao patrimônio do casal e no tocante aos já existentes a situação não se alteraria.

8. Firmado não ferir direito adquirido a aplicação da atual lei aos casamentos contraídos em data anterior a sua promulgação, impõe-se o estudo da questão em face do ato jurídico perfeito.

O casamento em si é um ato jurídico perfeito e, portanto, rege-se pelas leis da época de sua formação. Há entretanto, dois sistemas relativos ao direito matrimonial econômico.

O primeiro, que considera o caráter convencional do regime de bens e, por isto, trata do assunto no capítulo dos contratos em espécie.

Este sistema sofreu crítica severa de ROGUIN: “la théorie latine ou plutôt française, car elle n'est pas de tous les codes latins, a le défaut de ne pas s'accommoder aux cas dans lesquels le régime légal est plus ou moins obligatoire. En fin, même dans les lois admettant une large liberté de conventions matrimoniales, elle est impuissante à expliquer l'application du droit commun, lorsqu'il n'y a aucun contrat quelconque, ou aucun contrat régulier établi par les conjoints. Dans ces deux suppositions en effet, les époux se trouvent, bon gré, mal gré, unis sous l'empire des dispositions du régime légal, qu'en fait ils ont pu absolument ignorer” (13).

O segundo, a que o Brasil se filiou, disciplina as relações econômicas do matrimônio no capítulo referente ao casamento. Neste, pertence ao direito de família a regulamentação do regime de bens do casamento. Daí ensinar ESPÍNOLA: “é das tradições de nosso direito considerar os regimes de bens entre os esposos como constituindo uma parte integrante do direito de família” (14).

Merece transcrita, porque serve de apoio à conclusão dêste trabalho, também a lição de LAFAYETTE: “a comunhão de vida (individua vitae consuetudo), que o casamento estabelece entre a mu-

(13) ROGUIN, *Traité du Droit Civil Comparé — Le régime matrimonial*, págs. 5-6.

(14) EDUARDO ESPÍNOLA, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, Companhia Editora Nacional, vol. III, pág. 32.

lher e o marido, não pode deixar de exercer influência direta sobre os bens que os cônjuges trazem para o casal, e sobre os que de futuro adquiram. É mister dar a êstes bens uma constituição, que os ponha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal: — necessidade que determina um complexo de modificações importantes nos princípios gerais que regulam o direito de propriedade. Essas modificações formam uma coleção de regras que, suposto entendam diretamente com a teoria dos direitos reais e pessoais, todavia, como conseqüências imediatas do casamento, tomam lugar nos quadros dos direitos de família” (15).

Ora, o casamento é um contrato, embora de natureza especial. Destarte, qualquer que seja o sistema a ser seguido, o casamento, uma vez ultimado, constituirá um ato jurídico perfeito, capaz de produzir, desde logo, efeitos, que não mais podem desaparecer, nem por convenção das partes, nem por deliberação de um dos cônjuges, nem por determinação de lei posterior.

Ora, como no sistema brasileiro, o regime econômico é parte integrante do direito de família, do próprio contrato de casamento, não é possível uma lei posterior modificá-lo sob pena de ferir o ato jurídico perfeito, o que é vedado pela Constituição.

É que, como comenta CLÓVIS BEVILÁQUA, “no casamento não originam somente relações pessoais entre os cônjuges. Promanam dêle igualmente relações econômicas, que se submetem a normas especiais, e que, não raro, se acham intimamente entrelaçadas com as pessoas, de modo a não ser possível levar muito longe a distinção, sob pena de desnaturarem-se os institutos” (16).

9. A esta conclusão também se chega com o exame do direito comparado. De fato, na Suíça, onde se permite a lei retroativa, desde que no interesse da ordem pública e dos costumes (art. 2.º das Disposições Transitórias do Código das Obrigações), o legislador entendeu, para aplicação da nova lei ao regime matrimonial, ser necessário o declarar expressamente. Estatui o art. 12: “nas regras relativas à mudança do regime matrimonial são aplicáveis, para a garantia de terceiros, as modificações determinadas pela entrada em vigor do código civil”.

Ora, se em um sistema legal que admite a retroatividade das leis foi indispensável um dispositivo para ajustar à nova lei os

(15) LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, ob. cit., pág. 134, § 50.

(16) CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito de Família*, ed. Ramiro M. Costa & Cia., Recife, 1896, pág. 204, § 31.

regimes de bens estabelecidos em casamentos anteriores à sua vigência, com muito maior razão, no Brasil, onde, por dispositivo constitucional, a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a lei posterior não poderá atingir um regime de bens que se consolidou como ato jurídico perfeito — o casamento.

Daí nossa conclusão de que, sendo o regime de bens parte integrante do ato do casamento, as alterações estatuídas por leis posteriores não lhe afetam.

10. Outras razões autorizam esta conclusão.

Dos vários sistemas legislativos, alguns adotam o princípio de mutabilidade ou revogabilidade, com ou sem restrição, do regime matrimonial dos bens; ao passo que outros seguem a irrevogabilidade absoluta. Entre estes últimos, encontra-se nosso Código, cujo art. 230, em sua parte final, estatui ser o regime de bens entre os cônjuges irrevogável. Quer isto dizer que, uma vez celebrado o casamento, torna-se impossível qualquer alteração no regime de bens.

As legislações que se filiam ao primeiro sistema, em sua maioria, exigem convenção prévia, anterior ao casamento. O parágrafo 1.º do art. 758 do Código japonês, por exemplo, estabelece que o contrato de casamento, uma vez concluído, não pode ser alterado exceto se as modificações e suas modalidades forem previstas no aludido contrato.

As que se orientam pelo segundo sistema justificam-no pelo fato de ser o casamento contrato, sendo, pois, necessário colocar os haveres do casal em posição de estabilidade compatível com a perpetuidade do casamento. É o que esclarece CLÓVIS BEVILÁQUA, em resumo ao art. 230 do Código Civil: “o casamento é um contrato pessoal e perpétuo. O regime dos bens durante ele deve ser estável, inalterável, para corresponder à perpetuidade e imutabilidade das relações pessoais, enquanto perdurar a sociedade conjugal (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil*, vol. II, pág. 106, n. 3).

Ora, se nos países em que predomina o sistema da mutabilidade do regime matrimonial dos bens, é preciso, para esta modificação, o consentimento de ambos os cônjuges ou a determinação do juiz, permitida, expressamente, pela lei, como acontece no Japão, que admite ao cônjuge prejudicado com a administração do outro pedir à autoridade para lhe entregar a administração, ou ordenar a separação dos bens, naqueles que estabelece a irrevogabilidade

absoluta não é possível aplicar-se a nova lei, principalmente inexistindo dispositivo de incidência.

Nem se diga que a Lei n. 4.121 não alterou o regime de bens, limitando-se a acrescentar duas hipóteses ao regime de comunhão em que os aquestos não se comunicam. É que, na verdade, ela submeteu todos os casamentos realizados no Brasil ao regime de comunhão parcial, já que tornou de propriedade de cada cônjuge os bens adquiridos com o produto de seu trabalho.

Em sentido absoluto, pode-se afirmar a inexistência do regime de comunhão, no Brasil, uma vez que a aquisição dos bens, em geral, é feita com o produto do trabalho de cada cônjuge, e a lei não dá nenhum valor ao trabalho doméstico da mulher.