

jurídica, é responsável, nos limites definidos em lei (Const. Federal, art. 86). Ora, a segurança nacional é envolvida por um significado político, na mais ampla acepção. Nela prevalecem, sobre os interesses do próprio Estado, os de toda a comunidade nacional, em suas condições fundamentais de existência, ordem, desenvolvimento e sobrevivência.

DIREITO PATRIMONIAL DE FAMÍLIA

PROF. CLOVIS V. DO COUTO E SILVA *

1. O título do presente trabalho pode soar como algo aparentemente contraditório, já que no direito de família tradicionalmente se alude a um vínculo de intenso grau de pessoalidade. Quando se diz porém direito de família de natureza patrimonial revela-se, no mesmo instante, que todo esse setor do direito privado se sistematiza sob a influência de duas relações fundamentais que se implicam dialeticamente: a relação pessoal de família e o vínculo patrimonial de família. A distinção provém de que todo o direito regula suas formas de proteção processual, ou sua eficácia no campo do direito material, atendendo à especificidade da relação jurídica, no pertinente à sua maior ou menor carga de pessoalidade. Valoriza-se, em regra, o tipo de relação com os atributos já existentes no campo denominado pré- ou meta-jurídico, ou seja, no campo social.

Ao redor da estrutura pessoal da relação de família, nasceu o direito de família pessoal, submetido a regras que lhe são próprias, suscitando enorme número de normas cogentes cuja constatação levou alguns juristas a pensar que o direito de família se constitui, ou pelo menos tendia a transformar-se em setor do direito público e não mais do direito privado.

2. No direito patrimonial de família ganham importância os diversos regimes de bens e os direitos e faculdades atribuídos a cada um dos cônjuges. No Brasil, tem-se afirmado ser tradicional o regime da comunhão de bens. Em verdade, nota-se em todos os projetos de Códigos a tendência de manter o regime de comunhão de bens, exceto no Projeto Orlando Gomes, que pendeu para a adoção da comunhão limitada, como regime regra, isto é, para o regime

* Catedrático de Direito Civil.

vigorante na ausência de pacto antenupcial. Os regimes de bens revelam, entretanto, uma filosofia subjacente e atendem a certas condições existentes no meio social. No Projeto Felício Rodrigues proibiu-se pudesse esse regime ser estabelecido quando um dos cônjuges fôsse comerciante. A razão é evidente: o regime da comunhão de bens põe em risco o patrimônio e não é assim adequado às rápidas e inesperadas alternativas de fortuna e de pobreza, que se manifestam nas sociedades que adquirem um certo nível de industrialização e um razoável desenvolvimento comercial. Tem-se hoje como axioma que o regime da comunhão de bens, pelos riscos que oferece, não seja adequado ao moderno capitalismo, e, sim, compatível com uma sociedade agrária. Em todos os países a revolução industrial provocou um novo clima e uma nova mentalidade, e não seria inexato dizer que contribuiu para que a mulher não fôsse mais considerada como relativamente incapaz. Não foi assim mero acaso que o germe da emancipação da mulher viesse a se manifestar, em primeiro lugar, na própria Inglaterra, em pleno século XVIII, e paulatinamente fôsse a idéia se irradiando pela Europa continental, atingindo hoje o mundo todo.

Na "common law", vigorava o princípio da unidade de marido e mulher com tal intensidade que dificilmente encontraria paralelo em outros países. O direito canônico vê no casamento um mistério, um sacramento, e considera a união dos espôsos como a união de Cristo com a Igreja, sendo, portanto, indissolúvel. A "common law", ao receber o princípio da unidade entre marido e mulher, lhe deu extraordinária extensão, ao ponto de que se uma mulher cometesse um crime na presença de seu marido se presumia, em princípio de modo absoluto, que ela agira sob coação. (1). Aplicava-se, assim, o princípio da unidade dos cônjuges e o de que o marido é o cabeça do casal, tal como se propagou na tradição cristã, a partir da Epístola aos Efésios de S. Paulo. Deu-se, entretanto, um significado extremamente amplo àquela doutrina. Tudo isso serve para demonstrar o extraordinário grau de preponderância que o marido possuía na "common law".

Por sua vez, é oportuno lembrar que na Inglaterra existiu, por longo período de tempo, duas jurisdições, a da "common law" e a da "Equity", cujos princípios e formas processuais não coincidiam. "Lato sensu" poder-se-ia dizer que lá, como em algumas fases do direito romano, coincidiam dois tipos de sistema jurídico, o direito

(1) The common law of England by an ancient rule, apparently not known in other countries, presumed that a wife committing a crime in the presence of her husband was acting under his coercion (Vernier, American Family Laws, v. III, pág. 9, ed. 1935).

civil e o direito pretoriano. Enquanto a "common law" era extremamente conservadora, a "Equity" exercia uma função corretiva e adaptadora e com o fluir dos tempos possuía suas formas especiais de ação e um raciocínio específico, tópico, com que se amenizaram muitas das soluções da "common law" e foi o móvel principal de progresso jurídico na Inglaterra. Com o advento das novas exigências da indústria nascente, a "common law" manteve-se tradicional como sempre fôra, mas a adequação das soluções novas às também novas realidades operou-se por via da "Equity". No que diz com a posição da mulher casada, referentemente à possibilidade de reter seus bens, essa última jurisdição a partir de duas decisões de 1724 (2) e 1725 (3) começou a ampliar as faculdades de mulher no que se refere à administração de seus bens próprios, considerando-a como se não fôra casada, outorgando-lhe, em certa medida, a liberdade de disposição. Cuida-se de uma ficção, método a que tantas vezes recorreu a "Equity" para resolver com novas soluções os problemas de cada época. Ao considerar, para esse efeito, a mulher casada como solteira, decidiu que a mulher poderia exercer livremente o seu poder de dispor dos bens que lhe eram próprios. Nascera o conceito de propriedade reservada, "separate estate", tal como hoje existe em muitos sistemas jurídicos. Não é demais esclarecer que a "common law" dessa época, como a maioria senão a totalidade dos sistemas jurídicos, tinha a mulher casada como incapaz para exercer atos de administração de seus bens.

A regra da incapacidade da mulher provinha do princípio de que a mulher e o marido eram uma só pessoa e, também, porque o efeito principal do casamento era o de transferir para o marido tudo o que a mulher possuía (4).

A capacidade limitada da mulher tal como dispunha a "Equity" encontrou seu reconhecimento no "Married Women Property Act", de 1870 e 1882, através do qual deu-se pleno poder de disposição à mulher no pertinente aos bens por ela adquiridos e que constituíam sua propriedade reservada. Todavia, a capacidade era limitada, e como se mantivera o princípio da unidade dos cônjuges, mais do que um atributo da pessoa, essa relativa possibilidade de disposição sobre os seus bens próprios era considerada como mera emanção do direito de propriedade que lhe cabia sobre os bens que constituíam o "separate estate". Daí porque todas as obrigações contraídas pela mulher somente eram válidas se ela possuísse bens reservados. A situação, entretanto, altera-se por legislação de

(2) Rollfe v. Budder

(3) Bennet v. Davis

(4) Cheshire-Fifoot, Law of Contract, pág. 371, (London 1964)

1893, embora somente com reforma legislativa (Married Women and Tortfeasors Act) de 1935 ela se tornou plenamente capaz. (5) Nos Estados Unidos a situação foi, em suas linhas gerais, a mesma, apenas a legislação de alguns Estados, a partir de 1910, presumivelmente (New Jersey), deu plena capacidade à mulher casada para contrair obrigações, considerando-a, para esse efeito, como se fôra solteira, regra que prevalece em quase todos os Estados (6).

3. No Direito francês, determinou-se no art. 1400 do Código Napoleônico, como regime regra, o da comunhão de bens. Esse regime se identifica com a da comunhão parcial, tal como o temos em nosso Código, mas com diversas particularidades. Anteriormente à reforma da Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965, vigorava o princípio de que era a "res mobilis, res vilis", em consequência do que se tornavam bens comuns os bens móveis de propriedade dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento, conforme dispunha o art. 1401.

Atualmente, entretanto, verifica-se que os bens móveis, por sua liquidez e pronta circulação, constituem a maior parte do patrimônio das pessoas. Ao compasso dessa nova realidade, a Lei nº 65-570 alterou a redação do art. 1.401, para igualar o tratamento jurídico dos bens móveis e imóveis. Os bens que formam a comunhão são todos aqueles adquiridos posteriormente ao casamento sem que se faça a distinção anteriormente aludida. Em consequência, são bens próprios de cada um dos cônjuges os adquiridos anteriormente ao casamento ou ainda os que lhe vierem depois de estabelecida a sociedade conjugal por doação ou herança. (7) No direito francês vigorava também o princípio de que a mulher era incapaz, o que somente foi alterado pela lei de 22 de setembro de 1942, que deu nova redação ao art. 216, afirmando-se o princípio de que a mulher tem plena capacidade, embora esta pudesse ser limitada pelo próprio casamento ou pela lei. A atual redação do art. 216, da lei nº 65-570, manteve o princípio, de modo que as limitações somente podem provir das regras peculiares ao regime de bens adotado. Tais restrições não dizem respeito propriamente à capacidade, enquanto tal, pois ambos os cônjuges a têm de modo pleno, mas são limitações ao mero poder de disposição sobre bens ou direitos, por força de regras particulares a cada um dos regimes adotados. (8)

(5) Cheshire-Fifoot, Law of Contract, pág. 372-373.

(6) Vernier, American Family Laws, III, pág. 34.

(7) Art. 1405

(8) Zajtay, Reform des ehelichen Güterrechts in Frankreich, ACP, 166, pág. 482-483 (1966).

Se a Inglaterra nos deu a revolução industrial, a revolução política nasce com a revolução francesa. Desde 1792 vigora o princípio de que a "loi ne considère le mariage que comme contract civil". O casamento havia sido secularizado, cabendo ao Estado regular seus requisitos e formalidades.

O Código Napoleônico assim considera o casamento, mas, embora secularizado, a concepção vigente das relações entre os cônjuges permaneceu como era anteriormente, ou seja, sob a forma de um sistema patriarcal. Dispunha na sua redação primitiva o art. 1388 do Código Civil francês "que os cônjuges não podem derogar (...) o poder marital sobre a pessoa da mulher".

E somente com a reforma da lei nº 65-570, em 1965, é que deixou de referir-se o aludido art. 1.388 ao marido, como chefe da sociedade conjugal, embora a ele ainda venha a caber a fixação da residência da família, devendo a mulher residir no lugar escolhido (9). A concepção de ser o marido o chefe da sociedade conjugal fundamenta-se também na tradição cristã e no fato de que o princípio da igualdade é relativamente recente. No plano do direito de família, em face de longa tradição de tratamento desigual de marido e mulher, a tarefa torna-se muito mais difícil. Todos esses aspectos repercutem evidentemente no direito patrimonial de família, pois adotando-se o regime da comunhão universal, ou limitada, a administração dos bens comuns, que são em regra os mais vultosos, há de ser competência do marido.

A administração dos bens no regime de comunhão limitada, tal como existe na França como regime regra, confere ao marido a administração dos bens comuns (10) e de seus bens particulares (11). A mulher tem igual direito sobre os seus bens reservados (12), ou seja, sobre os adquiridos no exercício de uma profissão, e sobre os seus bens particulares (13), tais os adquiridos por sucessão ou liberalidade. Não se realiza, portanto, nesse sistema o princípio da igualdade já que ao marido compete administrar e dispor, sob certas reservas, dos bens comuns. Certo é que o marido pode ser responsável perante a esposa pela má administração dos bens comuns. Mas ainda assim essa última regra não torna iguais ambos os cônjuges durante o casamento, o que parece ser uma exigência do princípio da plena capacidade da mulher.

(9) art. 215

(10) art. 1.421

(11) art. 1.428

(12) art. 1.424

(13) art. 1.428

A igualdade dos cônjuges, já se percebe da comparação ainda que sumária do direito inglês e do francês, parece ser decorrência, mais das necessidades da crescente industrialização, do que da de uma concepção secularizada do casamento. O direito inglês, com base na tópica, no bom senso para a solução do caso concreto, foi, lentamente, ao ritmo das novas exigências sociais, abrindo uma brecha cada dia maior no princípio da unidade dos cônjuges, permitindo, assim, o nascimento de uma concepção igualitária entre os cônjuges. Essa formação lenta não se observa na maioria dos países de direito escrito em que as reformas, via de regra, não encontram apoio em jurisprudência anterior.

4. No direito germânico anterior ao Código de 1900, a situação desenhava-se de modo particular porque eram inúmeros os tipos de regimes de bens, os quais atendiam a situações regionais, decorrentes da aplicação em alguns lugares do direito romano (direito dotal), ou de costumes, ou ainda do direito francês, na Alemanha do Sul, onde, em alguns lugares, esteve em vigor o Código Civil francês (Rheinisches Zivilgesetzbuch) até o advento do BGB. A codificação aparecia assim como elemento necessário à unificação em âmbito nacional do regime de bens. Em algumas regiões vigorava, como regime regra, o da comunhão. O argumento, entretanto, que prevaleceu para afastar-se a adoção desse regime como regra no novo Código foi o de que ele não estaria adequado às novas condições da economia.

Uma das particularidades do direito germânico codificado foi a de que o casamento não alteraria a capacidade da mulher. Não a emanciparia nem a tornaria relativamente incapaz para certos atos. Entretanto, como o regime regra foi o da separação com a administração legal dos bens da mulher pelo marido, na forma de constituição de usufruto legal em favor deste último (14), de pouca valia foi a adoção do princípio de que o casamento não interferiria na capacidade da mulher. Restringiu-se, porém, o princípio para excluir do usufruto e administração do marido (15) os bens reservados da mulher.

Nessa última categoria, inseriram-se as coisas destinadas ao seu uso pessoal (16) e os frutos do trabalho ou da empresa autônoma (17) por ela dirigida.

- (14) § 1.364
- (15) § 1.365
- (16) § 1.366
- (17) § 1.367

Anteriormente à codificação, no "Sachsenpiegel", encontrava-se o princípio de que os aquestos obtidos pela mulher em razão de sua atividade se formavam de propriedade do marido. No direito prussiano, o que a mulher adquiria a ela lhe pertencia, e, embora ficasse sujeito à administração do marido, a ela se facultava, sob certas limitações, à época da dissolução do casamento, retomar a posse dos mesmos (18). O Código Civil alemão deu um passo considerável adiante já que não pareceu justo atribuir a administração ou o usufruto dos bens adquiridos pela mulher ao marido (19). Adotara-se, portanto, a partir do BGB, a solução do direito inglês que de há muito reconhecera à mulher o direito de dispor a respeito dos bens reservados, "separate estate". A solução constante no BGB, com o tempo, tornara-se insatisfatória e com o advento da Lei de Igualdade dos Cônjuges, de 18 de junho de 1957, passou a vigorar o regime de comunhão de aquestos, ou melhor, de participação nos aquestos.

Entendia-se que o anterior regime de "comunhão na administração", através do qual se conferia a administração e o usufruto dos bens da mulher anteriores ao casamento ao marido, não se harmonizava com as tendências igualitárias estampadas na Constituição de Bonn. Essa nova lei instituiu um sistema semelhante ao existente na Suécia e na Europa Central, denominado de "comunhão de aquestos". Na França, através do projeto de lei de 23 de junho de 1932, pretendeu-se estabelecer o mesmo regime, pois que se harmonizava, à perfeição, com o novo "status" da mulher casada. Todavia, os deputados, temerosos com a inovação, não o aprovaram, embora merecesse o louvor dos principais juristas franceses. Tal sistema, no dizer de Planiol e Ripert, determinava a criação de uma massa composta de valores e não mais "in natura" (20). O sistema constitui uma feliz combinação do regime da separação de bens com o da comunhão limitada. Caracteriza-se, assim, pelo fato de que durante o casamento cada cônjuge administra e dispõe dos bens que lhe são próprios anteriores e posteriores ao casamento; antes da dissolução do casamento, por divórcio ou sucessão, tudo se passa como se o regime fôsse de simples separação de bens. No momento da dissolução, verifica-se, por confronto dos bens adquiridos durante o casamento, se o montante obtido por cada cônjuge superou o do outro, atribuindo-se em dinhei-

(18) Staudinger-Engelmann, Kommentar zum BGB, IV, I, § 1.367 — (7ª e 8ª ed.)

(19) Staudinger-Engelmann, op. cit., pág. cit.

(20) Planiol-Ripert, Traité Élémentaire de Droit Civil, v. III, pág. 15 (Paris, 1948).

ro, por metade, essa diferença patrimonial a quem adquiriu menos. Na Suécia ocorre algo semelhante; com a diferença de que lá combinaram-se a forma da separação com a da comunhão universal, verificável no momento da dissolução. Cuida-se, nesse sistema, também, de partilha final "in natura". No direito alemão deu-se preferência à separação dos valores e daí a denominação mais correta de sistema de participação nos aquestos. Por sua vez, os valores a serem partilhados são somente os adquiridos posteriormente ao casamento, de modo que é necessário distinguir dois tipos de patrimônio, o inicial e o final. Todos os bens que compõem o patrimônio inicial, isto é os existentes anteriormente ao casamento, os bens nele subrogados, e os adquiridos por sucessão ou liberalidade, não são objeto da futura partilha. Em todo o mundo, manifesta-se, hoje, a tendência de estabelecer o regime de participação nos aquestos, com certas variantes, por ser o sistema mais adequado à capacidade da mulher casada. Ninguém ignora que os sistemas de bens distinguem-se uns dos outros pelas massas patrimoniais que os compõem.

Todos os regimes de comunhão, seja universal ou parcial, estruturaram-se ao redor dos bens comuns que lhes configuram o tipo. Sucede, entretanto, serem os bens comuns, de regra, os mais importantes e é necessário saber quem os administrará. O princípio da igualdade aplicado a esses sistemas faria com que as aludidas massas patrimoniais fossem administrados de modo conjunto, o que viria empecer a atividade de administração.

No direito germânico (21), no silêncio do pacto antenupcial, a administração é em mão comum, assim tem-se observado que tal solução não atende aos reclamos do tráfico moderno pelas dificuldades que cria e pelos embaraços que surgem em todas as demandas. A maioria dos sistemas que adota a comunhão universal, ou parcial, inclina-se por conferir o direito de administrar ao marido. Em tal hipótese, não se realiza, como já se aludiu, o princípio da igualdade.

5. No direito das Ordenações, a comunhão de bens como regime regra foi estabelecida com as Manoelinas (liv. IV, tit. 7). Anteriormente, não havia regra expressa no reino de Portugal de modo que se poderia casar, em alguns lugares, sem que disso resultasse a comunhão. Ao contrário de outros países, em que os regimes de bens só tardiamente se unificaram, dando margem a diversidades regionais, segundo os costumes ou o direito romano, Portugal desde cedo procurou estabelecer um regime regra e esse

(21) § 1.421, «in fine».

foi o da comunhão. Denomina-se, então, o regime de comunhão universal como sendo instituído por "carta de metade" ou ainda "por carta de ametade". (22) Resultava também da circunstância de ser Portugal um país de agricultores propenso assim à adoção do aludido regime. Nesse sistema de comunhão, as dívidas dos cônjuges anteriores ao casamento somente poderiam ser solvidas com os bens que o devedor trouxe para o matrimônio ou na "metade dos bens" que depois de casados foram adquiridos" (23). O princípio em matéria de dívidas era peculiar pois no direito franco vigorava o princípio de que "qui épouse une femme épouse ses dettes". Mas a novidade da regra não se restringia somente à essa particularidade, pois também se dispôs que metade dos bens, portanto a meação, podia ser executada pelas aludidas dívidas.

Sobre essa regra, Teixeira de Freitas, em nota ao art. 116 da Consolidação, afirma: "Como será possível conhecer o que há de adquiridos sem a partilha de todo o casal? Os credores não podem requerer essa partilha, e tal disposição portanto torna-se impraticável. A praxe do Fôro assim o confirma". No direito brasileiro até o atual Código Civil deu-se sempre ênfase ao regime da comunhão de bens. No Esboço de Teixeira de Freitas (24), verifica-se também a "vis atractiva" do aludido regime, posto que ainda se tivesse escolhido o dotal, os "aquestos conjugais não deixarão de ser comunicáveis a menos que, no contrato, haja declaração expressa em contrário". Havia assim a tendência de comunicação dos bens, ainda que outros regimes fossem escolhidos. Essa tendência é visível de uma ou outra forma em todos os Projetos e Consolidações que se fizeram e desse axioma não fugiu o próprio Código. Em verdade, assim como ocorria na maioria se não totalidade dos povos, a mulher entre nós era considerada como relativamente incapaz. E sendo o regime regra o da comunhão a incapacidade pode-se dizer ganhava em amplitude, pois sua vontade não repercutia de nenhum modo nas providências econômicas tomadas pelo marido na gestão de todo o patrimônio comum. Não se verificou, por igual, o mesmo desenvolvimento observado no direito inglês, em que uma outra jurisdição, a "Equity", progressivamente abria brecha no "status" da mulher permitindo que ela pudesse, sob algumas limitações, administrar os seus bens. Nem o Código Civil admitira a existência de bens reservados, pois que estes não se harmonizam totalmente com o aludido regime. Assim, a mulher, durante o casamento, era mero elemento passivo e inte-

(22) Ordenações, L. IV, Tit. 95, § 4

(23) Ordenações, L. IV, Tit. 95 § «in fine».

(24) art. 1.345

grante de uma sociedade que somente poderia ser considerada como extremamente patriarcal. Se, entretanto, a legislação civil mantinha-se imune a qualquer alteração no "status" da mulher casada no pertinente ao direito patrimonial em decorrência do casamento, o mesmo não sucedia no campo do direito comercial. Discutiu-se, em certo momento, se a mulher necessitaria de autorização marital para comerciar. Considerada relativamente incapaz, havia mister de autorização expressa para exercer essa profissão.

Mas o decreto-lei nº 7661, de 21 de junho de 1945, determinou, em seu art. 3º, n. III, que "pode ser declarada a falência da mulher casada que, sem autorização do marido, exerce o comércio por mais de seis meses, fora do lar conjugal". Reconhecia-se, implicitamente, pudesse a mulher vincular os bens comuns sem que para tanto houvesse necessidade de uma autorização expressa, ou mesmo de qualquer autorização. Dessa situação, podia deduzir-se que o tratamento da mulher no plano dos direitos patrimoniais sofrera uma modificação relevante, pois se lhe permitia, sem que fôsse autorizada, vincular tais bens. O preceito aludido respondia ao problema concreto de poder a mulher escapar a legislação falimentar, sob o fundamento de que não era comerciante, e, pois, carecia de um pressuposto fundamental.

Esse "topos" forçosamente havia de ganhar maior generalidade, pois não se poderia dispor ainda por muito tempo, tais as alterações porque passara a nossa sociedade, sobre a incapacidade relativa da mulher casada.

A lei 4.121, de 21 de agosto de 1962, constitui o último ciclo dentro da tendência igualitária entre os cônjuges, embora não possa ela ser considerada como perfeita a êsse respeito.

Por meio dessa lei, aboliu-se a incapacidade relativa da mulher casada, embora fôsse mantida a posição do marido como chefe da sociedade conjugal. No art. 3º, em obediência a máxima adotada, determinou-se que "pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite da meação". A tendência igualitária levou ao legislador a formular o princípio de que as obrigações para vincularem a totalidade dos bens comuns dependeriam da concordância expressa no título da dívida. Caso contrário, a responsabilidade atingiria somente os bens particulares do cônjuge devedor e, progressivamente, até o limite da meação. Essa regra, entretanto, de vinculação de bens componentes da meação viria encontrar na prática grandes dificuldades de aplicação. Não seria desnecessário lembrar a afirmativa de Teixeira de Freitas em nota ao art. 116 da Consolidação, no referente às dívidas anteriores dos cônjuges. O emérito jurista tinha essa regra

como impraticável, uma vez que o regime de bens era irrevogável e não seria possível realizar-se a partilha durante o casamento para determinar o limite da meação de cada um dos cônjuges.

Os Tribunais, na atualidade, quando cuidam de aplicar o art. 3º da lei 4.121, encontram na prática a mesma dificuldade. É que o regime de comunhão difere essencialmente do condomínio. Neste último há, no caso de pluralidade de proprietários sobre um mesmo bem, a divisão em quotas ideais. Essas quotas constituem, à sua vez, propriedade particular de cada um dos condôminos. Sucede, porém, que no regime de comunhão o mesmo fenômeno não se verifica, já que não se divide idealmente em quotas, suscetíveis de propriedade particular. Não havendo êsse seccionamento do direito de propriedade, a legitimação de seus titulares é conjunta ou em mão comum.

A lei, portanto, ao pretender igualar os cônjuges dentro do regime de comunhão, impedindo, assim, que o marido, administrador da sociedade conjugal, pudesse vincular na totalidade os bens comuns, criou uma forma de difícil aplicação, já que não permite alteração do regime de bens, ou mesmo partilha durante o casamento. Em verdade, o único regime adequado à moderna situação de igualdade dentro do casamento é o de participação nos aquestos. A lei 4.121, no pertinente às dívidas, ao restringir a responsabilidade até o limite da meação, aproximara-se do regime, que se caracteriza por uma particularidade relevante: durante o casamento os bens adquiridos são administrados pelo cônjuge que os percebeu no exercício de sua atividade. Se dermos a devida amplitude ao pensamento expresso na lei 4.121, verificar-se-á que se pretendia estabelecer um sistema em que a eficácia das dívidas não ultrapassasse o que cada um dos cônjuges viesse a possuir em determinado momento. Melhor seria admitir que as dívidas de cada cônjuge vinculassem os bens particulares do devedor e os por êle adquiridos durante o casamento. Essa regra determinaria que os patrimônios se mantivessem separados durante o casamento e somente se verificasse a meação no momento do término do regime, por morte ou desquite.

Se tal houvesse sido disposto, não se teriam os inconvenientes que a lei nº 4.121 apresenta, inconvenientes êsses que Teixeira de Freitas já apontara quanto à possibilidade de execução de dívidas anteriores ao casamento. De qualquer modo, verifica-se da lei 4.121 que a revogação de princípio da incapacidade relativa da mulher casada haveria de ocasionar modificação profunda no regime de bens, como tem sucedido em quase todos os países. E mais ainda, que essas modificações acompanham a civilização urbana e industrial, pelas necessidades que suscita.

O regime de bens adequado à essa nova situação parece ser o de participação nos aquestos, no qual cada um dos cônjuges administra e dispõe de seus próprios bens. Em decorrência da capacidade plena que se reconhece à mulher, que outra coisa não é senão a aplicação do princípio de igualdade aos cônjuges, resultou que em todos os países haja a inclinação para adotar esse regime. Assim é que a França, embora não tenha como regra o aludido regime na sua atual legislação, incluiu-o como optativo por determinação da lei 65-570. E na Alemanha, na Suécia, na Dinamarca e em muitos outros países, com muitas variantes, constituiu-se em sistema regra já há algum tempo.

6. As modificações nos regimes de bens acompanham assim a história da aplicação do princípio da igualdade ao direito de família. Durante toda a Idade Média prevaleceu a doutrina de São Paulo (Epist. Ef. 5, 22-24) segundo a qual todos os membros da sociedade se organizavam hierarquicamente, o que se tornou ponto programático fundamental no fim do século V, quando se criou o termo hierarquia. Um dos aspectos da hierarquia era a desigualdade dos membros dentro da sociedade. Não se pode ignorar que o princípio da igualdade é de recente data; em outros termos, a Idade Média não conheceu o princípio de que os membros da sociedade, tinham, em virtude de serem membros dela, igualdade de "status" dentro do direito público. Vigorava na época o princípio da desigualdade perante a lei (25).

Quando a sociedade medieval desapareceu e o Estado se secularizou o princípio de igualdade surgiu praticamente em todas as Constituições como um de seus direitos fundamentais. Todavia, a igualdade não foi aplicada, por longo tempo, senão ao direito público e muito lentamente atingiu o direito privado. As relações de família nesse período mantiveram ainda como princípio a desigualdade entre os cônjuges já que os direitos e garantias constitucionais somente atingiriam as relações de direito privado quando uma norma específica os viesse receber. Todavia, o direito inglês através da "Equity" e premido pelas novas situações criadas algum tempo antes do início da revolução industrial já demonstrava que um novo clima de idéias se estabelecera e assim paulatinamente, tópicamente, começava a revelar o princípio da igualdade dentro do direito de família, embora não houvesse consciência da transformação que se operava. Mais difícil foi no direito continental a aplicação do princípio por força de uma divisão rígida entre direito público e

(25) ULLMANN, Walter, *The Individual and Society in the Middle Age*, pág. 14, (Baltimore, 1965).

privado, sujeitas cada uma das esferas a princípios inconfundíveis e incommunicáveis. A secularização do casamento, proveniente da revolução francesa, não teve a virtude de transformar o "status" da mulher submetida como ficou ao poder marital até data recente. Mas a revolução industrial ao mobilizar massas de agricultores para as cidades, e ao criar, com a industrialização, a nova civilização urbana, teve a virtude de fazer com que a mulher pudesse aos poucos administrar os bens que lhe pertenciam. Acresce ainda a circunstância de que a industrialização operou-se pelo crescimento das pequenas empresas caseiras, nas quais, em regra, homem e mulher trabalhavam juntos (26), e justo seria que ela pudesse dispor do produto de seu trabalho.

(26) Hobsbawn, *Europäische Revolutionen*, pág. 73 (Zürich, 1962).