

PACTO ANTENUPCIAL. MENÇÃO EXPRESSA  
AO ART. 276 CC. REGIME DE BENS

*EMENTA: Havendo, no pacto antenupcial, referência ao art. 276 do Código Civil, o regime de bens eleito é o da completa separação.*

*No regime da comunhão dos aqüestos não se comunicam os bens havidos por doação ou sucessão.*

*O direito da concubina decorre da affectio societatis e não da vida more uxorio (Súmula 380 do S.T.F.).*

PARECER

*Hipótese*

O. A. M. contraiu casamento em 16 de junho de 1961, tendo a união sido precedida de um pacto antenupcial lavrado nas Notas do Ofício, livro, fls., em 31 de maio daquele ano.

Para deixar assentados os dados do problema submetido à consulta, transcreve-se aqui o que ficou estipulado no referido pacto:

“... E, perante as testemunhas, pelos outorgantes e reciprocamente outorgados me foi dito que, usando da faculdade que a lei lhes dá, para estipularem antes do casamento que vão contrair o que lhes aprouver, relativamente aos seus bens, pela presente escritura e na melhor forma de direito, convencionam o seguinte: que o seu casamento é com separação de bens, nos termos do artigo 276 do Código Civil Brasileiro, ficando a esposada, outorgante e reciprocamente outorgada, dispensada de contribuir para as despesas do casal, as quais ficam exclusivamente a cargo do esposado, outorgante e reciprocamente outorgado...”

Quando da celebração deste casamento, os nubentes já mantinham vida em comum, desde 1953, embora em domicílios separados, tendo desta sua união nascido uma filha em 6 de janeiro de 1954.

A convivência do casal durou até março de 1967, quando resolveram se separar de fato, não tendo esta ruptura sido até hoje formalizada através do competente procedimento judicial.

Em novembro de 1967, no estado civil de casado, portanto, o varão passou a viver maritalmente com uma companheira, daí resultando o nascimento de duas outras filhas, nascidas em 05 de abril de 1969 e 19 de maio de 1972.

Essa segunda união durou até meados do ano de 1976, quando o interessado separou-se da sua companheira.

Assim posta a situação de fato, o que o consulente deseja saber é o seguinte:

1. Nos termos do que foi avençado no pacto antenupcial já referido, qual o regime de bens a regular o seu casamento?
2. Se o pacto antenupcial não houvesse feito menção expressa ao art. 276 do Cód. Civil e fosse admitida a comunicação dos aqüestos, dela se excluiriam os bens havidos por doação ou sucessão?
3. Que direitos tem a ex-companheira do interessado, decorrentes da vida em comum que mantiveram, de novembro de 1967 a meados de 1976?

### Respostas

1.º) O regime de bens desse casamento é o da absoluta separação de bens pela invocação expressa do art. 276 do Código Civil no pacto antenupcial. Por esse regime não se comunicam os bens anteriores ao ato, bem como os que os cônjuges adquirirem *cursu matrimonio*, seja a título gratuito ou oneroso.

A cláusula do pacto antenupcial teve em mira, apenas, excluir a mulher das obrigações que são inerentes ao regime da separação absoluta e que se traduz no dever legal de contribuir para a manutenção da família (arts. 223 e 277 do Código Civil).

Não teria sentido submeter o regime de bens desse casamento a outro tipo ou modelo legal, ou, ainda, a um sistema híbrido se não houve silêncio no contrato, mas, ao contrário, indicação expressa do regime da completa separação, como aquele desejado pelos cônjuges no pacto.

2.º) Se fosse admitido, *ad argumentandum tantum*, o regime da comunhão de aqüestos, é manifesto que os bens adquiridos por um dos cônjuges por doação, herança ou legado ficariam excluídos da comunhão e se não comunicariam. A evidência do raciocínio ressalta quando se considera que, no regime da comunhão parcial, o legislador é taxativo em excluir da propriedade comum os bens havidos por doação ou sucessão (art. 269, I do Código Civil). Isso porque o que justifica a comunhão dos aqüestos é, precisamente, o esforço comum na aquisição dos bens, efetivo ou presumido ou, então, as liberalidades feitas por terceiros em favor de ambos os cônjuges. Os bens havidos a título gratuito por um só dos cônjuges estão excluídos da comunhão pela natureza mesma da aquisição.

3.º) A concubina do homem casado não tem, em face da lei ou da doutrina, direito à partilha dos bens adquiridos durante a relação concubinária. Admiti-lo seria equiparar a concubina à posição da mulher casada pelo regime da comunhão universal o que é inadmissível *coram lege*. O direito eventual da concubina aos bens



havidos pelo companheiro casado durante o concubinato não existe em função da relação *more uxorio*, mas, sim, em decorrência do presumido esforço em comum para aquisição ou acréscimo do patrimônio pessoal de cada um dos concubinos. Repousa, pois, no art. 1.363 do Código Civil que regula a formação do contrato de sociedade. É a *affectio societatis* e não a *affectio maritalis* a origem da relação societária que o direito vem reconhecendo existir entre os concubinos, em obséquio à combinação de "seus esforços ou recursos, para lograr *fins comuns*". Assim sendo a concubina só terá direito aos aqüestos quando provar que o acréscimo patrimonial que incidiu sobre o patrimônio do companheiro decorreu do seu labor, de sua colaboração específica na criação dos bens, ou na sua reconstrução quando corressem risco de perecimento ou perda. Isso porque não há paralelismo entre o concubinato e o regime de comunhão parcial, no qual o legislador considerou imperativo declarar que integrariam a comunhão os frutos dos bens "particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento" (art. 271, V) bem como os frutos do trabalho ou indústria de cada cônjuge (art. 271, VI).

#### Justificativa

1.º) A diversidade de regime de bens dentro de um mesmo sistema legislativo que ora deixa a critério dos nubentes a escolha da forma patrimonial a que se submeterão no casamento, ora cria preferências legais que não de vigorar no silêncio das partes, ora submete os cônjuges, sem alternativas, a uma regulamentação pré-fixada, seja em atendimento a costumes seculares, seja em obséquio a situações que o Estado quer que sejam observadas, retirando às partes qualquer faculdade de escolha, deve ser levado a crédito de uma evolução filosófico-jurídica da maior importância.

Com efeito é matéria sabidíssima pelos DD. que as sociedades primitivas tinham no direito consuetudinário a primeira fonte de regulamentação e os costumes se impuseram, pouco a pouco, como normas legais imperativas. Referem *Ambroise Colin* e *Henri Capitant* que no vetusto direito romano não era facultativa a escolha entre o matrimônio *cum manu* ou matrimônio *sine manu* e quando, pelo efeito de uma razoável emancipação feminina, a primeira forma caiu em desuetude, os romanos adotaram o regime dotal que funcionou normalmente a título de regime legal até o fenômeno da recepção do direito romano já nos séculos XI e XII. Lembram os citados civilistas que o mesmo sucedeu no antigo direito francês, ressaltando que durante vários séculos, nem os autores, nem os instrumentos de contratos matrimoniais "permitem a suspeita de que os esposos poderiam escolher livremente seu regime matrimonial" (*Curso Elemental de Derecho Civil*, vol. VI, pág. 9, trad. esp., Ed. Reus, Madrid, 1926). Essa situação teria perdurado até o início do século XVI.

Interesses econômicos e sociais, problemas de emancipação, e a poderosa contribuição da sociologia jurídica levaram os povos, por força de um critério progressivo, no campo das relações patrimoniais entre os cônjuges, a dar ao princípio da autonomia da vontade individual a relevância com que hoje se apresenta no direito moderno, que é vitória que nem sempre foi admitida com a amplitude que hoje ostenta (Cfr. V. Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, págs. 406 e ss., Ed. Ollier, Paris, 1902).

2.º) O princípio recolhido pelas legislações modernas é o da separação absoluta de patrimônio e de igualdade dos cônjuges perante a sociedade. As formas primitivas do casamento *cum manu* e da *confarreatio* perderam atualidade e a legislação romana transmitida ao direito medieval é a da independência patrimonial, sem prejuízo, é claro, do princípio da unidade da chefia conjugal, sempre deferida ao marido. Essa concepção se explica perfeitamente pelo conteúdo do casamento em direito romano que somente existia pelo consensualismo puro. O casamento romano se caracterizava, desde os tempos primitivos, não importando a forma de celebração ou o eventual exercício da *manu*, pela simples *affectio maritalis* que era permanentemente renovada e sem a qual o vínculo matrimonial se desfazia como que automaticamente. Para os romanos na época clássica, ainda quando a referida intenção devesse ser exteriorizada pelo comportamento recíproco indicativo do *honor matrimonii*, essas exterioridades, como a convivência, a constituição de dote, a existência das *tabulae nuptiales*, os esponsais, declarações públicas e juramentos, não são de *per se* exigidas para a validade do casamento, como nenhuma basta para fundar o casamento quando falte a *affectio maritalis*. Veja-se a lição de Alberto Burdese (*Gli Istituti del Diritto Privato Romano*, pág. 122, UTET Torino, 1962) arrimada em conhecidos textos do *Corpus Juris*, v. g. D. 24.11.32.12 "... non enim coitus matrimonius facit, sed maritalis affectio"... "D. 35.1.15:: "... nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, e outros mais."

Esse puro consensualismo e essa absoluta igualdade no campo patrimonial explicam o direito de a mulher evitar cair sob a *potestas* do marido ou do *pater familias* deste, desde o direito mais antigo, através do artifício da *usurpatio trinocti*, bem como, por outro lado conferem uma base lógica ao regime dotal, com todas as suas vantagens e obrigações, bem, ainda, às *donationes propter nuptias*, feitas pelo marido à mulher às vésperas do casamento.

E se a legislação do Baixo Império, por influência do cristianismo, afastou definitivamente o caráter de permanência exigido para a *affectio maritalis*, bastando existir a vontade inicial para legitimar a vida futura dos cônjuges, o aspecto patrimonial do regime de bens entre os cônjuges não teve maior atenção dos primeiros canonistas.



3.º) Tendo em vista que em matéria de família o direito bárbaro, mais do que o romano, influenciou a formação do direito português que foi vigente no Brasil até a promulgação do Código Civil, importa referir a orientação dessa legislação que resistiu, absorveu e modificou o direito romano no fenômeno da recepção, sendo certo que, nesse ponto, mais que em qualquer outro, o direito consuetudinário bárbaro suportou com vantagens o assédio da legislação romana.

O direito bárbaro não conheceu o princípio da comunhão universal; o marido, com o casamento, adquiria *posse* e *poder de administração* sobre os bens da mulher, mas não a propriedade (Cfr. *Garcia Morencos*, verb. Regime Patrimonial entre conyuges in *Dic. Der. Privado*, vol. II, págs. 3.310/3.311, ed. Labor, Madri, 1951). A separação patrimonial era nítida, podendo por ela serem explicadas a *morgengabe* e a *donatio propter nuptias* do direito lombardo (adaptação do instituto assemelhado do direito romano) uma vez que tanto uma como outra eram retidas pelo marido durante o matrimônio em obediência à concepção de que ele era depositário e administrador e não proprietário, não podendo haver diminuição do patrimônio da esposa (Cfr. *Martin Wolff*, in *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus — Kipp — Wolff* — tomo IV, vol. I, págs. 280 e 281, trad. esp. da 20.ª ed. alemã, 2.ª ed. Bosch, Barcelona, 1953).

Se a mulher dispusesse de bens próprios e no casamento houvesse transmissão de poderes dos parentes para o marido, a tutela de seus bens próprios se transferia com o "*mundium*" (a *manus* romana, temperada) dos parentes da mulher para o marido que assumia o caráter de depositário e administrador, sem qualquer ato formal, bastando a *traditio matrimonii contrahendi causa* da mulher para operar a transferência de poder e de responsabilidade.

Tão importante era essa separação patrimonial que, se por algum motivo autorizado pelos costumes locais o marido não tivesse adquirido o "*mundium*" sobre a mulher (v.g., condições suspensivas da transferência no pacto de casamento), os juristas afirmavam que o direito hereditário não competia ao cônjuge, havendo *Carlo di Tocco* declarado:

"... *talis maritus mundium non habens debet restituere hereditatem et bona mulieris defuncte viro mundoaldo habenti mundium ipsius defuncti*" (apud Pietro Vaccari, *verbette "Matrimonio (Diritto Intermedio)"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X, pág. 336, col. 2).

4.º) A Igreja não dedicou regulamentação de monta ao problema dos regimes de bens entre os cônjuges, pois os canonistas preferiram aceitar os diversos regimes de cada povo sem buscar criar uma influência nesse ponto compreendendo, talvez, que qual-

quer tentativa de interferência nessa matéria delicadíssima poderia provocar reações de monta. Preferiram os Padres da Igreja voltar-se para o problema da perenidade do vínculo, dos efeitos do casamento no que tange à legitimidade dos filhos, da profissão da fé, deixando ao direito comum a regulamentação da matéria patrimonial. O *Corpus Juris Canonici* apenas no cânon 1.112 parece insinuar a preferência pelo regime da comunhão admitindo, porém, expressamente regulamentação diversa: "*Nisi iure speciali aliud cautum sit, uxor, circa canonicos effectus, particeps efficitur status mariti*".

5.º) Coube a Portugal receber a influência dos visigodos que, entre os bárbaros, adotavam um regime muito assemelhado ao da comunhão absoluta de bens e que, pouco a pouco, foi se caracterizando como tal.

Podemos afirmar que em Portugal, desde os primeiros séculos, foi usado um regime de comunhão geral de bens que deveria ser mencionado, o que gerou a expressão "carta de ametade" mas que, também, poderia decorrer de viver o casal em comum durante ano e dia, donde a expressão "segundo o costume do reino". Quando se codificou o direito em Portugal, as Ordenações Afonsinas não se definiram, observando-se que o costume não era geral uma vez que os usos visigóticos encontraram vigente ao sul a tradição romana que adotava o regime dotal ou da separação de bens. As Ordenações Manoelinas transformaram o "costume do reino" em Lei e as Filipinas mantiveram a orientação fazendo presumir todos os casamentos, salvo estipulação expressa, celebrados "por carta de ametade" como se vê no Liv. IV, 95, 3 (Cfr. *Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil*, vol. VI, pág. 286, ed. Coimbra, 1932).

6.º) Com o advento do Código Civil, a matéria foi, entre nós, regulamentada com clareza pelo legislador estabelecendo-se como regime legal o da comunhão universal dos anteriores e dos aqüestos com os temperamentos do art. 263, admitindo-se, porém, que os nubentes, antes de celebrado o casamento, pactuassem o que lhes aprouvesse (art. 256 do Código Civil). Ao lado do regime legal da comunhão universal, o legislador impôs o regime da separação legal nos casos do parágrafo único do art. 258, atendendo às peculiaridades das situações ali enumeradas, que se destinam a punir ou acautelar, conforme os casos, certos matrimônios e seus efeitos.

Observe-se que o legislador, afora os casos em que faz presumir uma escolha (art. 258, *caput*) ou em que impõe determinado regime de bens (art. 258, § único), deixa aos nubentes a eleição do regime de bens de seu casamento que é, por disposição do art. 230 do Código Civil, irrevogável, imutável.

7.º) Dispõem os nubentes, afora o da comunhão, de três alternativas legais a que submeter o regime de seu casamento, a saber, da comunhão parcial, da separação absoluta e o regime dotal, res-



quício do direito romano, de larga penetração na Europa mas que no Brasil não encontrou ambiente para a sua aplicação costumeira, não alcançou receptividade na sensibilidade popular, seja pela primitiva pobreza dos colonos, seja pela índole do povo.

Assim, podemos afirmar que, antes do advento da Lei 6.515, os nubentes optavam, quando não abraçavam o da comunhão silenciando a respeito, os regimes da comunhão parcial ou dos aqüestos, e o regime da separação absoluta, cada um desses regimes sujeito a uma sistemática própria, a uma regulamentação que os torna inconfundíveis nos seus efeitos e no alcance de suas conseqüências.

8.º) O Código Civil regulamenta o regime da separação de bens em dois artigos de extrema simplicidade, a saber, o art. 276, *verbis*:

“Quando os nubentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar se forem móveis”.

e o art. 277, que é o que estabelece a obrigação proporcional da mulher à contribuição para as despesas do casal com o rendimento de seus bens pessoais, admitida a estipulação contrária.

9.º) Assim, no caso em tela, se os nubentes, bem conhecendo as opções de que dispunham para fixação de seu regime de bens, especificaram, escolheram livremente o regime da separação, com menção expressa ao art. 276 do Código Civil, força é reconhecer que o regime escolhido foi o da separação absoluta dos bens presentes e futuros porque é essa a característica desse regime de bens escolhido.

Não se alegue que o legislador, ao afirmar regras de separação no art. 276, empregou o verbo permanecer, tendo em mira apenas os bens anteriores ao consórcio. Quem, dispondo dos regimes da comunhão universal ou parcial, elege o regime da separação, com referência expressa ao dispositivo legal que o regulamenta, adota o regime da separação absoluta e não o da limitada que o Código regula expressamente nos arts. 269 a 275. Há, sem sombra de dúvida, indicação expressa da intenção de submeter o regime de bens de seu casamento às regras da separação absoluta. Em abono dessa afirmativa, considerando a clara menção à *separação de bens* e ao art. 276 do Código Civil na cláusula questionada, veja-se a regra contida no art. 85 do mesmo diploma, norteadora de qualquer intérprete.

De fato, a intenção manifestada foi evidente, a eleição do regime foi expressa, a redação tersa foi explícita, a referência ao regime escolhido dentre todos foi nítida.

10) A doutrina, desde a promulgação do Código Civil, viu-se a braços com controvérsias que, na espécie, descabem inteiramente. Discutiu-se o problema da interpretação do art. 259, decorrente da emenda Anísio Abreu, dispositivo isolado, conflitante com a sistemática do diploma, e buscou-se um ponto em que se pudesse impor o regime da comunhão parcial aos casos concretos.

A Jurisprudência, desde o início, repeliu as tentativas de alguns juristas no sentido de que fosse aplicado o referido art. nos casos do art. 276 do Código Civil, como se verifica no preciso julgado do Tribunal de São Paulo, contido no vol. 38, pág. 63 da *Revista Forense*:

“A declaração do regime de bens que deve constar no assentamento do casamento é suprida com a referência à escritura antenupcial em que esse regime é pactuado.

Tratando-se de regime de completa separação de bens e de livre administração de cada cônjuge, é desnecessária a menção na escritura antenupcial dos bens excluídos da comunhão.

Nesse regime também não se comunicam os frutos e os rendimentos”.

11) Definindo com a precisão costumeira os princípios adotados pelo legislador pátrio, Mestre *Clovis* ensinava:

“O que caracteriza este regime é a distinção completa dos patrimônios dos dois cônjuges, da qual resultam: 1.º, a incomunicabilidade dos frutos e aquisições; 2.º a independência da mulher, na gestão dos seus haveres” (*Cód. Civil*, vol. II, pág. 200, 8.ª ed., Rio, 1951).

*João Luiz Alves*, no seu monumental *Código Civil Anotado* (2.ª ed. São Paulo, 1935), mostra a evolução do direito brasileiro no sentido de que, pelo direito novo, em confronto com a regra cediça das Ordenações, somente quando os bens fossem expressamente mencionados ocorreria comunhão dos adquiridos:

“Caracteriza-se ainda o regime de separação, segundo o Código, pela exclusão legal, *salvo pacto em contrário*, dos bens adquiridos na constância do matrimônio, exclusão que, no Dir. Ant., não decorria do regime, mas exigia pacto expresso. Era o inverso do princípio ora estabelecido” (vol. I, pág. 309).



O *Conselheiro Candido de Oliveira* não discrepava desse entendimento, ressaltando que a característica primordial desse regime é a completa separação dos patrimônios, e, em consequência:

a) a incomunicabilidade dos frutos e de *qualquer aquisição* e b) plena independência dos cônjuges na gestão de seus haveres. E comparando o regime das Ordenações (Liv. IV, tit. 95, § 3.º) e o conhecido parecer do *Conselheiro Lafayette*, emitido sob a vigência do Código Filipino em que a comunhão de aqüestos ocorria sempre não havendo cláusula em contrário, com a regra do art. 276, arremata:

“É evidente que não é desse regime que cogita o art. 276 do Código, e antes do regime da comunhão parcial já anteriormente comentado” (*Manual do Código Civil* de Paulo Lacerda, vol. V, pág. 360, ed. Jacinto, Rio, 1918).

*Pontes de Miranda*, tanto no seu *Tratado de Direito de Família* (vol. II, págs. 273/274, § 166) como no *Tratado de Direito Privado* (vol. VIII, págs. 347/348, § 911), após mostrar o absurdo de alguns julgados exigirem a expressa menção aos bens excluídos da comunhão nos pactos antenupciais em que se convencionou a separação, é expresso e taxativo:

“A solução não foi certa. Quem diz adotar o regime da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Cód. Civil não se reporta, se bem que o permita.”

12) Essa posição da doutrina dos clássicos das primeiras décadas vem encontrando acolhimento da maioria esmagadora dos autores modernos nacionais.

*Orlando Gomes*, lembrando que a separação de bens deve ser expressa no pacto antenupcial (*Direito de Família*, pág. 184, ed. For. Rio, 1968), como ocorre no caso presente, com a menção específica do art. 276, aponta como o principal efeito desse regime, *verbis*:

“a) cada cônjuge conserva a propriedade plena e exclusiva dos bens que possuir ao casar e dos que adquirir na constância do matrimônio” (op. cit., pág. 185).

No mesmo sentido se manifesta *Silvio Rodrigues*. O ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo assim se expressa:

“Pelo casamento os cônjuges unem suas vidas e seu destino. Mas, através do pacto antenupcial em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união, a fim 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" (*Dir. Civ.*, vol. VI, pág. 217, 1.<sup>a</sup> ed., s/d).

Idêntica é a opinião registrada pelo saudoso Ministro *Eduardo Espínola* na obra *A Família no Direito Civil Brasileiro* (ed. Conquista, pág. 427, Rio, 1957):

"O regime de separação de bens caracteriza-se em nossa lei pela posse e administração exclusiva que exerce cada cônjuge, de todos os seus bens, móveis ou imóveis, que tenha ao casar, ou adquira depois, por qualquer título, podendo também livremente dispor dos bens móveis".

13) Todos esses civilistas, de fato, ressaltam que quando as partes apenas mencionam o regime da separação de bens, simplesmente, e deixam de fazer qualquer outra menção ou estipulação, aparece o risco de que se estejam consorciando sob a égide do regime da comunhão parcial. *Silvio Rodrigues*, mostrando o que considera absurda orientação do direito pretoriano, julga essa regra um verdadeiro alçapão para ludibriar a boa-fé dos nubentes e conduzi-los a um regime não desejado.

O problema, todavia, não causa maior repercussão na espécie examinada, porquanto a cláusula do pacto antenupcial é expressa no sentido de que os nubentes não silenciaram, mas escolheram com indicação claríssima o regime do art. 276 do Código Civil, determinando, apenas, a exclusão de um dos efeitos desse regime que é a obrigação de contribuir a mulher, com seus ganhos, para o sustento da família.

14) Na eleição do regime previsto no art. 276 do Código Civil, não é necessário que os nubentes sejam casuísticos no pacto antenupcial. A doutrina tradicional e a jurisprudência vêm insistindo em que não há lugar para confusões.

Vale a pena invocar, aqui, a opinião do eminentíssimo Professor e Magistrado Ministro *Hahnemann Guimarães* proferido no RE n.º 29.178, de que foi relator indicado, que põe a questão nos seus devidos termos:

"Adotado em pacto antenupcial o regime de separação sem que os nubentes tenham bens imóveis ao tempo do casamento, entende-se completa essa separação, que não se estende aos aqüestos, pena de transformar aquele pacto em regime de comunhão" (*Rev. Forense*, vol. 197, pág. 121).



O que a doutrina e a jurisprudência exigem é que a eleição do regime de separação de bens seja expressa, que os nubentes indiquem claramente a escolha de forma que sua vontade seja indisputável e a interpretação singela. É evidente que é dispensável a menção no pacto aos bens futuros porquanto a exclusão desses bens é da essência mesmo do regime da separação. O que se exige, na *communis opinio*, é que não se contenham ambigüidades no pacto antenupcial.

15) Na hipótese da consulta, os nubentes foram claros: escolheram o regime da separação de bens

“... nos termos do art. 276 do Código Civil...”

Esse regime, na síntese primorosa do Professor *Arnoldo Wald* (*Curso de Direito Civil*, vol. II, págs. 106/107, ed. Lux, Rio, 1962), é assim definido:

“Trata-se de um regime de estrutura simples em que subsistem com inteira independência dois patrimônios distintos: o do marido e o da mulher. Tanto os bens anteriores como os posteriores são da propriedade individual de um dos cônjuges, o mesmo acontecendo com a responsabilidade pelas obrigações assumidas que recai sobre o cônjuge que praticou o ato.”

Estabelecida com clareza a escolha, pela referência expressa ao regime do art. 276 da Lei Substantiva, os cônjuges buscaram alterar seus efeitos apenas para que fosse a mulher exonerada das obrigações do art. 277 do Código.

Seria, realmente, absurdo, em face da nitidez da declaração de vontade emitida perante o Tabelião, que se pudesse pretender submeter o casamento do consulente, não às regras do art. 276, *que foi o indicado*, mas às regras não queridas e não mencionadas dos arts. 269 a 275 do Código Civil.

Em conclusão, entendemos que o casamento do consulente, por expressa escolha dos nubentes no pacto antenupcial, se submete às regras do art. 276 do Código Civil e é o da separação absoluta de bens, comunicáveis, pois, os bens anteriores e posteriores.

16) A segunda pergunta da consulta é no sentido de saber-se se, admitindo-se o regime da comunhão de aqüestos, haveria comunicação de bens havidos a título gratuito por um dos cônjuges. Nesse sentido formulamos a resposta negativa.

De fato, quando os cônjuges se afastam do regime legal vigente ao tempo do consórcio e escolhem outro de sua preferência, sem regular especificamente as condições, se — o que se admite *gratia argumentandi* para a hipótese — o entendimento for no sentido de que há comunhão de aqüestos, força é convir que nem todos os adquiridos entram na comunhão.

Examinemos, *ad colorandum tantum*, a regulamentação do regime de comunhão dos adquiridos, atualmente adotado como regime legal *ex vi* da Lei 6.515, de 26-12-77, e verificaremos que já no inciso I do art. 269 o legislador equipara os bens anteriores ao matrimônio àqueles que os cônjuges vierem a adquirir por doação ou sucessão (herança ou legado).

A razão da equiparação é simples. Os bens próprios anteriores não se comunicam porque se entende que a comunhão deve ser aquela sobre os haveres acrescidos a cada um ou a ambos em virtude do casamento. Veja-se, aliás, o inciso II do mesmo artigo que declara a incomunicabilidade todas as vezes em que, *usando de valores próprios*, obtidos em *sub-rogação de bens particulares*, o cônjuge vem a adquirir, *exempli gratia*, bem imóvel. Esse bem existe no que seria o acervo do casal sem qualquer esforço ou interferência do outro e, assim, não se torna patrimônio comum. Veja-se, a propósito, o art. 272 que com precisão declara que a causa anterior ao casamento torna incomunicável o bem.

Ora, o bem havido por doação, por herança ou legado por um dos cônjuges, tem uma causa de aquisição *alheia à relação conjugal*. Ou é uma liberalidade decorrente de ato próprio do cônjuge, ou então provém de uma causa anterior ao casamento, como é o caso dos bens recebidos *mortis causa*. A *causa acquisitionis* representa, no caso do regime da comunhão parcial, o principal traço distintivo entre patrimônio comum e o patrimônio próprio de cada um. Se a condição de adquirente, como tal, apresenta qualquer conotação com seu estado civil, o bem se comunica; não havendo essa conotação, o bem é próprio.

Observe-se, ainda, em abono da tese, que os frutos civis do *trabalho* ou *indústria* de cada cônjuge se comunicam nesse regime (art. 271, n.º V) exatamente porque se admite que o sucesso profissional, o ânimo, o entusiasmo nas atividades é, freqüentemente, produto, reflexo da vida doméstica.

17) Isto posto, não há como pretender que no regime da chamada "separação limitada", como denomina *Orlando Gomes (Direito de Família*, pág. 184, 1.ª ed., Rio, 1968) que se aplica quando



os nubentes silenciam quanto aos efeitos da separação e não são claros no pacto, venham a integrar o patrimônio comum os bens havidos por sucessão, quando, no regime mais amplo, o da comunhão parcial, esses mesmos bens são excluídos do acervo comum. O eminente professor da Universidade da Bahia, aliás, mostra claramente o equívoco quando declara, *verbis*:

“Diz-se “limitada” a separação que não existe quanto aos bens adquiridos na constância do casamento. *Confunde-se*, nessa configuração, *com o regime da comunhão parcial* (grifos nossos, ob. cit., pág. 184).

18) Em conclusão podemos reafirmar que, tendo em vista a causa anterior ou alheia ao casamento, bem ainda a aplicação das regras do regime da comunhão parcial ao chamado regime da “separação limitada”, não se comunicam os bens havidos por doação, herança ou legado, em face dos arts. 269, I e 272 do Código Civil.

19) Finalmente examinaremos o problema suscitado no 3.º item da consulta, justificando a resposta apresentada à luz da natureza jurídico-econômica das relações concubinárias, a orientação da doutrina e a construção do direito pretoriano.

A concubina do homem casado, como regra de direito e moral, não assiste o direito de partilhar do patrimônio do amásio. O concubinato do homem casado, mesmo com mulher desimpedida, representa, não apenas atentado aos princípios éticos da sociedade como, também, constitui delito capitulado no Código Penal (art. 240). Admite-se, sim, em certos casos, que a relação concubinária possa deflagrar efeitos jurídicos, desde que se não apresente como relação conflitante com a norma penal, ou seja, quando nenhuma das partes se apresente jungida a um casamento ainda não desfeito *de jure*. A legislação pátria só tem reconhecido efeitos jurídicos ao adultério após dissolvida a sociedade conjugal, como se vê na Lei 883 em que a investigação de paternidade só pode ser proposta após a dissolução dos efeitos jurídicos do casamento. No curso da sociedade conjugal nenhum direito pode ser atribuído ou reconhecido à concubina.

Os Tribunais vêm trilhando esse entendimento, devendo ser lembrado acórdão da lavra de *Aguiar Dias*, quando tinha assento no Tribunal Federal de Recursos que reconheceu direitos à companheira desde que não concorresse com a esposa legítima, pois, segundo o jurista

“Os direitos desta excluem necessariamente os daquela”  
(*Rev. Trib.*, vol. 295, pág. 688).

20) O eminente *Des. Moura Bittencourt*, que com tanto denodo vem defendendo as projeções jurídicas das relações concubinárias, examinando o aspecto da concubina do homem casado, escreve:

“Aquele que toma por concubino o homem casado e, sobretudo, com filhos, não pode, em regra, pela natureza delitual de sua conduta, pretender separação em prejuízo da esposa legítima e da prole” (*O Concubinato no Direito*, vol. I, pág. 154, 1.<sup>a</sup> ed. Alba, S. Paulo, 1961).

Essas considerações é que nos levam a concluir, frontalmente pela inadmissibilidade de pretensões cujo alicerce seja o concubinato adulterino, não apenas pela repulsa do legislador ao adultério, como, ainda, por não se admitir sobreposto o direito da amásia ao direito da esposa e dos herdeiros necessários, sob pena de grave inversão da ordem jurídica, com menosprezo da sociedade conjugal legítima.

21) O E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão unânime da lavra do *Des. Edésio Fernandes*, com declaração de voto do *Des. Ribeiro do Valle*, repeliu o direito da concubina do homem casado, *verbis*:

“Não se pode atender a esta em prejuízo da mulher e dos filhos do casal. A diferença é explícita só assistindo direito à concubina quando inexistente a mulher legítima” (*Rev. For.*, vol. 237, pág. 170).

Assim, de conformidade com a resposta apresentada inicialmente, podemos afirmar que, em sendo casado o concubino, sua companheira não pode pleitear meação ou partilha.

22) Por outro lado, referimos que o direito que, eventualmente, vem sendo reconhecido à companheira, tendência que se acentuou progressivamente, e que encontrou guarida, inicialmente na Lei 2.681, de 1912, sobre acidentes ferroviários e que a legislação previdenciária acolheu com temperamentos cautelosos, não fixou o fundamento ético-jurídico do direito da concubina a partilhar e receber bens do amásio na *affectio maritalis* ou na convivência *more uxorio*, na *relação quoad thorum et mensam*.

Na verdade, a Jurisprudência dos Tribunais do país, na esteira da orientação da doutrina e que culminou na Súmula 380 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, vem atribuindo direitos patrimoniais à concubina, não com fundamento na vida *more uxorio*, mas com base na sociedade de fato, concedendo-se partilha dos bens, findo o concubinato, na hipótese em que o patrimônio havido no curso da relação pessoal seja produto do esforço comum dos companheiros.



Observe-se, a propósito, que a "Súmula 380" não assenta sobre as relações concubinárias, mas repousa sobre a sociedade de fato:

*"Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum"* (grifos nossos).

Não será despciendo, ainda, anotar que a própria Súmula, nas "referências", contém as normas legais inspiradoras do preceito sumulado: os arts. 1.363 e 1.366 do Código Civil, que definem e regulam o *contrato de sociedade*.

23) Conseqüentemente, a concessão de direitos à concubina vem de sua qualidade de sócia de fato e não da existência do concubinato ou da ocorrência das relações sexuais reiteradas. Pode-se, mesmo, afirmar que a evolução do direito pretoriano partiu do conceito de sociedade, do campo do direito das obrigações contratuais *apesar da existência do concubinato*, e não em virtude da ocorrência do mesmo. Nesse sentido, devem ser encaradas as expressões de que se utilizam os autores e os julgados, a começar pela "Súmula 380", que exige a *comprovação da existência* da sociedade, bem ainda faz incidir o direito da concubina sobre os bens havidos pelo *esforço comum*.

Assim sendo, não há como negar-se que seja a *affectio societatis*, com o correspondente patrimônio criado pelo *trabalho conjunto*, pela colaboração dos companheiros, que enseja o direito de partilha dos bens da sociedade.

Sem maior preocupação em invocar os julgados que deram lugar à Súmula referida, para ficarmos tão-somente com a jurisprudência recentíssima dos Tribunais, examine-se o acórdão unânime do Pretório Excelso, no RE n.º 83155-RJ proferido pela Colenda 2.ª Turma, de que foi o relator o eminente Ministro *Cordeiro Guerra*, datado de 25 de maio de 1976:

*"Não discrepa da Súmula 380 o acórdão que proclama: A concubina não pode reclamar meação dos bens do amante, após a separação, se o patrimônio deste foi adquirido com os frutos do seu trabalho e economia. O concubinato não gera direitos entre os parceiros e dura o tempo que a vontade de cada um quiser"* (*Rev. de Direito Civil* — 3, pág. 259).

24) O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem decidindo reiteradamente no mesmo sentido.

Veja-se o acórdão unânime da Colenda 2.<sup>a</sup> Câmara Cível, de que foi relator o Des. *Roque Batista*, e publicado no D.O. de 15-3-79, pág. 47:

“Concubinato — Meação de Bens — Pressuposto de cabimento. Não basta a prova do concubinato para justificar a partilha dos bens do casal de concubinos, meio a meio ou na proporção do trabalho de cada um. É necessário que tenha havido efetiva participação do concubino na formação do patrimônio do outro” (TJ-RJ-Ac. unân. da 2.<sup>a</sup> C.C. de 11-4-78 — Ap. 5.685 — Nilópolis — Rel.: Des. Roque Batista dos Santos) Bol. Jur. ADCOAS 62817 e D.O. 15-3-79, pág. 47.

O Colendo 1.<sup>o</sup> Grupo de Câmaras Cíveis em acórdão unânime de que foi relator o Des. *Paulo Dourado de Gusmão*, decidiu:

“Concubinato — Sociedade de fato — Partilha de Bens. Desfazimento de concubinato. Partilháveis são somente os bens adquiridos na constância do mesmo, por resultarem do esforço comum” (Ac. Unân. 1.<sup>o</sup> Gr. C.C. de 2-5-79 — Embgs. Infringentes na Ap. Cível 5754 — Reg. em 12-6-79 — Rel.: Des. Paulo Dourado de Gusmão — D.O. 31-10-79, pág. 51).

No mesmo sentido o julgado da E. 1.<sup>a</sup> Câmara Cível relator o Des. *Marcelo Costa*,

“o concubinato, por si só, não gera comunhão de bens entre os amásios. Conseqüentemente, quando desfeito, não tem a concubina direito de obter a partilha dos bens do companheiro.

Improcedência da ação com tal finalidade, por não se ter provado a alegada sociedade de fato” (Ac. unânime da 1.<sup>a</sup> Câmara Cível de 14-12-76 — Ap. Cível n.<sup>o</sup> 3236 — *apud Rev. Dir. Civ.*, vol. VI, pág. 273).

Igual orientação adotou o E. 2.<sup>o</sup> Grupo de Câmaras Cíveis, no julgamento dos Embargos na Apelação Cível n.<sup>o</sup> 5.533, de que foi relator o Des. *Vivalde Brandão do Couto*:

“Concubinato. Apuração de Haveres. Bens havidos por herança por um dos concubinos. Só pertencem à sociedade de fato, decorrente do concubinato, os bens adquiridos com o esforço comum” (ADCOAS 64133-1979).



O ilustre Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão unânime da sua 2.<sup>a</sup> Câmara Cível, sendo relator o Des. *Gonzaga Junior*, proclamou:

“Concubinato. Inexistência de Sociedade de Fato. Meação. Descabimento. O simples relacionamento concubinário nenhum direito dá à concubina, nem mesmo o de recebimento por serviços domésticos prestados” (ADCOAS 63334 — 1979).

A 1.<sup>a</sup> Turma Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais em acórdão publicado no recente vol. 264 da *Revista Forense*, à pág. 222, de que foi relator o Des. *Abreu e Silva*, foi bem explícita:

“Concubina. Sem a prova da existência de trabalho e cooperação na formação do patrimônio do amásio, não tem a companheira direito a qualquer retribuição pelo que dispensou ao amante, pouco importando se eram tidos e havidos como marido e mulher.”

25) Por todos esses argumentos oferecidos pela doutrina e pela jurisprudência, poderemos sintetizar que o direito da concubina a uma eventual partilha de bens do amásio só pode ter origem na *sociedade de fato*, ou seja, em uma conjugação de esforços, na colaboração provada e demonstrada de que:

- a) houve sociedade pelo esforço comum;
- b) houve acréscimo patrimonial; e
- c) que esse aumento foi fruto do trabalho conjunto dos concubinos.

Assim, se um dos amásios, pelo seu trabalho exclusivo, ou pelo seu patrimônio próprio, anterior ao concubinato, ou por haver herdado bens, pela natureza mesma de seu labor ou pelo volume desses bens, viu aumentado seu acervo no decurso do concubinato, não tem sua parceira, pela simples vida *more uxorio* qualquer direito a receber, em partilha, parte desse acervo.

Esse o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1979.

**PEDRO HENRIQUE DE MIRANDA ROSA**

Professor de Dir. Civil na Faculdade de  
Dir. da Universidade Federal do Rio de Janeiro

**CÂNDIDO DE OLIVEIRA BISNETO**

Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil  
(Seção do Rio de Janeiro)