

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Reflexões sobre o novo Código Civil: mudanças operadas no direito da família e das sucessões

João Francisco Moreira Viegas

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Paris (Sorbonne) e em Processo Civil pela Universidade Paulista. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do Estado de São Paulo. Ex-membro do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Conselho Redacional da Revista Justitia.

1. Primeiras palavras

A entrada em vigor de um novo código exige de todo aquele que se dedica ao estudo do Direito uma acurada reflexão sobre as inovações por ele introduzidas no sistema jurídico do País, especialmente sobre aquelas de maior monta. Esse, exatamente, o objetivo do ensaio.

Não se trata, por óbvio, de estudo de fôlego, com posições definitivas e acabadas. É trabalho que reflete as impressões do autor sobre o um texto normativo, ainda em fase de sedimentação.

O fato é que aí está o novo Código Civil e urge conhecê-lo e entendê-lo.

Preso a esse norte, procurarei destacar as principais modificações por ele operadas no Direito da Família e das Sucessões, de maneira direta e concisa.

Cumpra, finalmente, esclarecer que, na medida do possível, seguirá, este estudo, a mesma ordem de entrada das matérias estabelecidas na nova lei. Prestados os necessários esclarecimentos, passo ao enfrentamento da matéria.

2. Elementos de validade do casamento

A primeira grande inovação que verifico no instituto diz respeito à unificação da idade núbil, ou seja, homem ou mulher, agora, podem se casar a partir dos 16 anos, exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, que passou a ser alcançada aos 18 anos (CC, 1517). No sistema anterior era 16 anos para as mulheres e 18 anos para os homens (CC de 1916, art. 183, XII).

Visto que a idade núbil não se confunde com a maioridade civil, os menores de 18 anos continuam a necessitar da autorização dos pais para que possam se casar. Se analfabetos, autorizarão com assinatura a rogo. Havendo divergência entre eles, ou se um deles estiver em lugar incerto e não sabido, poderá o juiz suprir esse consentimento. O mesmo se fazendo nos casos de recusas abusivas.

A autorização para contrair matrimônio, expedida pelos pais, tutores ou curadores continua podendo ser revogada até a celebração do casamento (CC, 1518).

A segunda novidade que observo é a do estabelecimento de uma idade única para a deflagração do regime obrigatório da separação de bens, qual seja, a de 60 anos para ambos os sexos (CC, 1641 II). Lembro que, no Código anterior, era de 60 anos para os homens e 50 anos para as mulheres (CC de 1916, 258 II).

Aqui, como também ocorrido na capacidade núbil, a igualdade de tratamento dos sexos é consequência das reformas

introduzidas pela Carta de 1988.

Questão que talvez gere alguma celeuma é a da possibilidade do regime compulsório de separação ser alterado, com fundamento no artigo 1639, § 2º.

A resposta que, em princípio, melhor se coaduna com o sistema, sem dúvida nenhuma, é a negativa. É preciso, no entanto, lembrar que o Direito de Família exige do intérprete uma visão mais elástica e afinada com a realidade da vida e, certamente, casos serão trazidos aos Tribunais, onde não será esta a melhor solução. Aliás, como bem observa Sílvio Rodrigues:

Uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar atrativos matrimoniais de quem a detém. Não havendo inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver (Curso..., 1999, p. 165).

A terceira alteração, embora de pouca ou nenhuma repercussão de ordem prática, diz respeito ao casamento religioso de efeitos civis. Antes regulado em lei esparsa, agora pelo próprio Código Civil (CC, 1515 e 1516).

Maior e mais importante alteração, nota-se no capítulo que trata dos impedimentos matrimoniais. Impedimentos, para o novo Código, são apenas aqueles antes chamados de dirimentes, esses se violados tornam nulo ou anulável o casamento (CC, 1521 e 1522).

Impedimentos impeditivos ou simplesmente proibitivos passam a ser tratados como causas suspensivas, porque sua arguição apenas suspende a execução do casamento, até que a causa seja eliminada (CC, 1523 e 1524). Ocorrendo o enlace com inobservância de qualquer uma dessas causas suspensivas, o regime de bens será, obrigatoriamente, o da separação (CC, 1641 I) e terão os filhos hipoteca legal sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior (CC, 1489 II). Facultado ao juiz permitir a realização do casamento, sem qualquer restrição, se provada a inexistência de prejuízo, respectivamente para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada (CC 1523 p. Único).

Melhorou, pois, em muito, o trato científico da matéria. Impedimento, sempre é bom lembrar, só ocorre quando o casamento não é admitido.

A melhoria da técnica legislativa mais se evidencia no fato de ter o novo ordenamento deslocado para o capítulo em que trata da invalidade do casamento, hipóteses que nada tem a ver com impedimentos ou causas suspensivas (CC, 1550).

Mas desacertos também ocorreram. Inovação infeliz e que espero seja logo corrigida é a que passou a impedir o casamento entre primos e de tios com sobrinhos (CC, 1521, IV). Desde que realizados os exames médicos necessários e constatada a inexistência de qualquer risco de má formação da prole, não vejo qualquer justificativa para essa proibição.

Desastrada, outrossim, a regra que trouxe a obrigatoriedade da homologação judicial dos procedimentos de habilitação de casamento (CC, 1526). Nada justifica a exigência, que servirá, apenas, para retardar o andamento de nosso, já tão moroso, Judiciário.

3. Regimes matrimoniais de bens

A grande alteração, nesta parte ocorrida, não foi certamente a supressão do regime dotal, pois não bastasse a sua manifesta inconstitucionalidade, nunca se mostrou útil, tampouco caiu no agrado do povo brasileiro. Também não pode ser atribuída à introdução, no rol dos chamados regimes nomeados, do complicado regime de participação final de aquisição, híbrido dos regimes da comunhão universal e da separação de bens (CC, 1672 a 1686).

A verdadeira e importante novidade está, sem dúvida alguma, na admissão da mutabilidade do regime anteriormente escolhido (CC, 1639 § 2º), uma vez que até então o regime de bens era irrevogável (CC de 1916, 230).

Só o futuro poderá dizer, no entanto, se andou bem o legislador. Pessoalmente, nunca vi com bons olhos a imutabilidade do regime de bens. Entendo, como já entendia antes o velho Carvalho Santos, que o interesse dos cônjuges, em muitos casos, aconselha a modificação, e que, no tocante a terceiros, seus direitos podem ficar ressaltados, sem que haja necessidade de se acolher, inflexivelmente, o princípio da imutabilidade, imposto pelo legislador de 1916.

Em verdade a idéia não é nova, numerosas legislações alienígenas, como a suíça, a austríaca e a alemã já permitiam a alteração do regime durante o casamento.

A possibilidade de mudança de regime, no entanto, não é irrestrita, depende de autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, depois de apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros (CC, 1639, § 2º).

Outra inovação trazida pelo Código de 2002, que considero bastante positiva, foi o desaparecimento da exigência de outorga uxória, quando o regime adotado pelo casal for o da separação absoluta de bens, para a prática dos atos elencados nos quatro incisos do artigo 1647, quais sejam: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear como autor ou réu acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação.

4. Direitos e deveres dos cônjuges

O novo Código Civil descreve, através de suas normas reguladoras da questão familiar, a curva evolutiva já traçada pelo legislador constituinte de 1988. Desapareceu assim do novo texto o modelo da sociedade conjugal diferenciada, assente sobre a idéia da complementaridade dos sexos, refletida na função específica de cada um dos cônjuges dentro da família. A família passou a ser uma sociedade funcionalmente indiferenciada ou, pelo menos, não tipicamente diferenciada, assente sobre dois novos princípios: o da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (igualdade jurídica) e o da direção conjunta ou da co-

direção, quer nas relações de caráter pessoal, quer nos assuntos de natureza patrimonial.

O referido princípio da co-direção envolve a necessidade de acordo sistemático dos cônjuges na condução dos assuntos da família. E reveste-se de uma importância prática muito grande naqueles domínios fundamentais como o governo doméstico, a fixação da residência do casal, a administração dos bens e o exercício do poder familiar.

Eliminada a distribuição clássica dos direitos e deveres dos cônjuges, a gestão da sociedade matrimonial far-se-á, doravante, de harmonia com a convenção inicialmente firmada entre os nubentes, ou, na falta de pacto inicial, na sequência das deliberações por eles tomadas sobre a vida do lar (custeio das despesas domésticas, feitura e preparo das refeições, assistência e cuidado dos filhos etc.). Se não for possível o acordo, será lícito a qualquer dos cônjuges recorrer ao judiciário para que este decida em termos definitivos a controvérsia.

Ao marido não mais compete a representação externa da sociedade conjugal, a administração dos bens do casal e à mulher também não mais pertence nem o governo doméstico, nem a direção do lar. Cada um dos cônjuges passou a administrar livremente os seus bens próprios, sem necessidade, para a mulher, de reservar para si esse poder, nas cláusulas do pacto antenupcial. Aos bens comuns foi adotada a regra da co-direção ou direção conjunta.

Eliminadas as desigualdades entre homem e mulher, não mais se admite o bem reservado para a mulher casada.

O poder paternal, agora chamado de poder familiar, passou a ser exercido por ambos os pais, de comum acordo, podendo qualquer deles recorrer ao tribunal na falta de acordo sobre questões de particular importância (CC, 1631 e parágrafo).

A igualdade compreende, também, que se ponha de lado a preferência da mãe na guarda dos filhos menores (CC, 1584 e 1612).

No que toca ao direito de uso do nome de família, o novo Código trouxe profundas modificações. Doravante tanto a mulher poderá adotar os apelidos do marido, como o marido acrescer aos próprios o apelido da mulher, sem a menor preocupação do estabelecimento de um nome institucional da família (CC, 1565 § 1º).

De igual forma, os filhos tanto podem ostentar os apelidos só do pai ou só da mãe como podem ter os apelidos de um e outro.

5. Dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal

Muitas, nesta parte, foram as modificações introduzidas pelo novo Código. A primeira que merece ser destacada, embora não se encontre inserida no Livro do Direito de Família, nele repercute fortemente. Falo dos artigos 6º e 7º, que deram, à chamada morte presumida, efeitos não previstos no sistema anterior. No Código revogado, os efeitos dela decorrentes eram meramente patrimoniais, não implicavam extinção da personalidade (arts. 411 e 412).

Maior cautela deverá, agora, ser exigida na declaração da presunção de morte, tamanhas e tão graves as consequências dela advindas no plano familiar.

Imagine o leitor os problemas que surgirão com o eventual regresso de alguém que foi declarado morto. Pense na hipótese de ele encontrar sua mulher casada com outro. Nossa lei não oferece solução ao problema. Nós, no entanto, não poderemos nos furtar de resolvê-lo.

A solução que me parece mais correta é a adotada pelo direito argentino, qual seja, os novos vínculos preferem aos antigos. A questão, no entanto, não é fácil, tanto que encontra na doutrina estrangeira soluções das mais diversas.

Melhor estaria nosso legislador se houvesse traçado uma linha para a solução dos problemas que, certamente, advirão da amplitude dos efeitos que deu à chamada morte presumida. Ao omitir-se, permitiu que se instale no País, ao menos num primeiro momento, uma verdadeira loteria togada.

Essas novas disposições (arts. 6º e 7º), de qualquer forma, melhor se harmonizam com a Lei de Registros Públicos, que no seu artigo 88, já permitia a justificação judicial de morte, naqueles casos de grandes sinistros.

Outra alteração digna de nota é referente à separação por grave doença mental. Aqui tivemos um encurtamento do prazo para sua postulação, antes de cinco anos, agora de dois (CC, 1572 § 2º). Mantida, no entanto, injusta punição contra o cônjuge que, casado em comunhão universal de bens, requerer a separação (CC, 1572 § 3º). Falo apenas em regime de comunhão universal, porque nos demais a comunicabilidade não se aplica a bens remanescentes que o demandado trouxe ao casamento.

Na separação amigável, também tivemos um encurtamento de prazo. Para a homologação da separação por mútuo consentimento basta agora que o casamento tenha perdurado por mais de um ano, não dois, como era exigido no sistema anterior (CC, 1574).

No divórcio, mais inovações. De agora em diante, independentemente de sua modalidade, poderá o divórcio ser obtido sem que haja prévia partilha de bens (CC, 1581).

O afastamento da partilha como condicionante à obtenção do divórcio é medida que reflete posicionamento que já vinha se firmando na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais. Não havendo mesmo razão para impedir que o casal resolvesse sua situação pessoal em nome da prevalência de interesse financeiro.

Se, ao afastar a partilha como condicionante à obtenção do divórcio, o Código inovou para melhor; noutro, entendo ter retrocedido. Falo do § 2º do artigo 1572, que permitiu a manutenção do nome de casado após o divórcio. Melhor solução, sem dúvida, era a dada pelo artigo 25 da Lei 6515, de 1977, que só permitia a manutenção do nome de casada pela divorciada em situações excepcionais, quais sejam: evidente prejuízo na sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida; dano grave em decisão judicial.

6. A guarda e visita dos filhos

A guarda dos filhos de pais separados ou divorciados é matéria que volta a ser disciplinada pelo Código Civil (CC, 1583 a 1590). E como era mesmo de se esperar, manteve-se o legislador dentro da linha que já vinha sendo traçada pela jurisprudência.

A regra geral é que, decretada a separação ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (CC, 1584). Regra essa que, como as demais, também se aplicam aos casos de anulação de casamento e ruptura de união estável, em havendo filhos comuns do casal.

Quanto ao direito de visitas do pai ou da mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, o novo Código não apenas o mantém como também estimula o seu exercício (CC, 1589).

Lamento, apenas, não tenha o novo Código tratado do direito de visitas dos avós e outros parentes do menor, tão

necessárias à preservação dos respectivos laços de afetividade.

7. Alimentos

Alimentos continuam sendo devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho a própria manutenção e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (CC, 1695). A reciprocidade do direito também foi preservada no novo ordenamento (CC, 1696); da mesma forma, mantida foi a transmissibilidade da obrigação aos herdeiros do devedor (CC, 1700).

A irrenunciabilidade, outrora limitada aos alimentos decorrentes de parentesco, estende-se agora àqueles devidos em razão de casamento (CC, 1707). O que implica dizer que não mais poderão os cônjuges, por ocasião da separação, renunciar ao direito alimentar.

A inovação é desastrosa, sob todos os aspectos. Se, com a separação, desaparece o dever de mútua assistência e se as vontades dos ex-cônjuges manifestam-se livremente, não há aspecto de ordem pública a ser preservado na renúncia aos alimentos.

Mais questionável, inclusive sob o aspecto moral, o dispositivo que permite que, mesmo culpado o cônjuge pela separação, possa exigir alimentos do outro, se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho (CC, 1704 parágrafo único).

Os alimentos aqui referidos serão apenas os indispensáveis à subsistência do ex-cônjuge, quer dizer, de valor bastante inferior aos que seriam devidos em casos de ausência de culpa. Essa a orientação traçada pelos §§ 1º e 2º do artigo 1694 do Código Civil.

8. Relações de parentesco

No novo Código continua inexistindo limite para o parentesco em linha reta, seja ela ascendente ou descendente (CC, 1591). Na linha colateral, houve redução de dois graus, ou seja, parentesco agora só existe até o quarto grau (CC, 1592).

O vínculo de afinidade, por sua vez, passou também a abranger os companheiros (CC, 1595); mantidos os limites anteriores (ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro) e sua perpetuidade na linha reta, mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável (CC, 1595 §§ 1º e 2º).

9. Filiação

Adequou-se o novo Código ao ditame constitucional, não trazendo dispositivos diferenciadores da prole, em razão da sua origem ou impeditivos da pesquisa da paternidade ou maternidade verdadeira.

Passou, também, a disciplinar a chamada fertilização *in vitro* (homóloga e heteróloga), mesmo naquelas situações de fecundação após a morte do doador (CC, 1597 III, IV e V). Cabe aqui a observação de que o embrião poderá ser aninhado no útero de outra mulher, fato que faz surgir toda a problemática da maternidade de substituição, também chamada barriga de aluguel. Poderão ou não ser cobrados os serviços de aninhamento de embrião?

A maior parte da doutrina e a própria comunidade médica mostram-se contrárias a qualquer modalidade de pagamento para essa prestação de serviço. Há, no entanto, países como os Estados Unidos da América do Norte que não só admitem a remuneração do serviço, como a incentivam.

Não tendo nosso Código disciplinado a questão, cumprirá ao julgador resolvê-la.

A determinação da maternidade, nesses casos de barriga de aluguel, é outra questão aberta à celeuma. Pessoalmente, entendo que mãe será aquela que teve seu óvulo fecundado.

As ações negatórias de paternidade e também as de maternidade são agora imprescritíveis; mantido, no entanto, o caráter de ações personalíssimas (CC, 1601).

10. Direito sucessório dos cônjuges e companheiros

O novo Código inova, profundamente, a matéria relativa à sucessão do cônjuge ou companheiro. Sendo essa, certamente, a maior alteração feita no Livro do Direito das Sucessões.

Eles, que no sistema anterior estavam colocados em terceiro lugar na sucessão hereditária, passam agora a integrar as duas primeiras classes preferenciais, concorrendo com descendentes ou ascendentes do morto, se ao tempo da abertura da sucessão, dele não estavam separados judicialmente, nem de fato há mais de dois anos. Idêntica, no entanto, não é a situação de ambos, como adiante ficará demonstrado.

Ao cônjuge o legislador confere a qualidade de herdeiro necessário (CC, 1845), o que de pronto lhe assegura direito sobre a metade dos bens da herança, a chamada legítima, da qual só será afastado por indignidade ou por deserção (CC, 1846). Vedada a gravação de sua legítima com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, salvo se houver justa causa, declarada no testamento (CC, 1848).

Justamente na questão da deserção que cometeu a nova lei o seu maior erro, porquanto deixou de traçar hipóteses pelas quais poderia o cônjuge ser deserdado. Não sendo possível a utilização da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão fica sem qualquer possibilidade de solução.

Concorrendo o cônjuge com descendente, só herda se não era casado em comunhão universal de bens ou com separação obrigatória, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (CC, 1829 I). Admitida sua participação, terá direito a quinhão igual aos que sucederem por cabeça, não podendo sua cota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (CC, 1832).

Em concorrência com ascendente herda sem restrições quanto ao regime matrimonial de bens (CC, 1829 II). Recolherá um terço da herança quando o concurso se fizer com ascendente em primeiro grau; metade, se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (CC, 1837).

Na falta de descendente ou ascendente, a herança lhe será deferida por inteiro (CC, 1838).

O pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime é de que, havendo comunhão ilimitada, não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes.

Manteve, outrossim, o novo Código o direito real de habitação, estendendo-o a qualquer regime de bens (CC, 1831)

Ao companheiro ou companheira, o Código não conferiu a qualidade de herdeiro necessário e sua participação na sucessão do outro só se dá em relação aos bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável (CC, 1790).

Concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles; com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (CC 1790 I a IV).

Nesse concurso diferenciado, difícil será a partilha quando houver filhos comuns e não comuns do casal. Haveríamos de conjugar os incisos I e II do artigo 1790. Ocorre, entretanto, que os dispositivos são manifestamente incompatíveis, em vista da necessidade, inclusive constitucional, de se manter a igualdade de quinhões entre os filhos.

A única solução que, nesse caso, parece-me mais viável é dar prevalência à regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança entre todos.

Lamentável o silêncio do novo Código sobre o direito real de habitação do companheiro. Embora previsto na Lei 9.278, de 1996, poderá essa omissão levar à afirmação de ter sido ele implicitamente revogado pela lei nova.

Vê-se, portanto, que em matéria sucessória fica o companheiro bastante inferiorizado em comparação com o cônjuge, o que é, no mínimo, deplorável. Discutível, inclusive, a constitucionalidade da diferenciação feita pelo novo Código, em face do teor do artigo 226 da Carta Federal.

11. Cessão de direitos hereditários

Com o novo Código passou a herança a ser considerada indivisível até a partilha, regendo-se pelas normas do condomínio (CC, 1791). Justamente por isso foi dado aos herdeiros direito real de preferência em igualdade de condições, na cessão a estranho, com direito de adjudicação em até cento e oitenta dias após a transmissão (CC, 1794 e 1795).

Firma-se com isso, o que já vinha sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

12. Exclusão de herdeiro

Aqui também tivemos modificação. As hipóteses até então existentes foram ampliadas pelo novo Código para compreender também os atentados ao cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente do autor da herança (CC, 1814).

13. Fideicomisso

Continua o fideicomisso a permitir a substituição fideicomissária, embora agora restrito a casos de herdeiros ainda não concebidos ao tempo da morte do testador (CC, 1952).

Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário (CC, 1952 parágrafo único).

14. Palavras finais

São essas, caro leitor, algumas observações que entendi oportuno trazer nesta ocasião. Procurei expor pontos que me pareceram relevantes. Busquei elencar o prático, tão necessário hoje em dia. E havia muito mais de que falar. Mas receio estar falando tudo o que já se sabia.

Receba minhas palavras como as de alguém interessado em encontrar soluções válidas para a prestação de bons serviços judiciários, para o bem do povo e tranquilidade da consciência.