

Direito de família no novo código civil

EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA

Objetiva-se, com o presente trabalho, proporcionar uma visão geral das novas e relevantes questões do Direito de Família, em vista das mudanças ocorridas desde a Constituição Federal de 88, com o surgimento de novas leis que atendem às mutações econômico-sociais do mundo contemporâneo, trazendo indisfarçável reflexo nas relações paterno-filiais. Novos tempos, com formidável evolução legislativa a exigir constante atualização dos estudiosos da ciência jurídica.

Novidade maior dos dias de hoje decorre da aprovação do novo Código Civil brasileiro (Projeto de lei original n. 634/75, que veio a converter-se na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), com vigência aprazada para um ano após sua publicação, incorporando em seu texto muitas das alterações trazidas pelas leis especiais e também introduzindo importantes mudanças em todos os livros de nosso ordenamento civil, especialmente no Direito de Família.

O período de *vacatio legis* permitirá não somente o indispensável estudo da novel legislação como, também, a abertura de oportunidade para críticas de eventuais imperfeições e sugestões para que sejam corrigidas pela reforma que certamente se fará em muitos de seus dispositivos, visando seu almejado aperfeiçoamento.

O novo Código Civil mantém a estrutura básica do Código de 1916, com a clássica divisão em Parte Geral e Parte Especial, nesta se enquadrando os Livros que tratam das matérias específicas – Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões e, por acréscimo, o Direito de Empresa, que abrange a parte geral do antigo Código Comercial. O Direito de Família é tratado no Livro IV do novo Código, ocupando os artigos 1.511 a 1.783, com divisão em quatro Títulos assim nominados: Do Direito Pessoal, Do Direito Patrimonial, Da União Estável, Da Tutela e Da Curatela.

Logo se percebe que o novo ordenamento abandona a visão patriarcalista que inspirou a elaboração do Código Civil de 1916, quando o casamento era a única forma de constituição da família e nesta imperava a figura do marido, ficando a mulher em situação submissa e inferiorizada.

A visão atual é bem outra, com ampliação das formas de constituição do ente familiar e a consagração do princípio da igualdade de tratamento entre marido e mulher, assim como iguais são todos os filhos, hoje respeitados em sua dignidade de pessoa humana, independente de sua origem familiar.

Essas importantes mudanças no plano jurídico da família não vieram somente agora, com o novo Código Civil. Na verdade, a evolução vem ocorrendo em etapas, desde meados do século passado, valendo ressaltar o texto da Lei 4.121, de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que afastou muitas das discriminações antes observadas em face da mulher.

Na seqüência desse evoluir legislativo, sobreveio, em junho de 1977, a Emenda Constitucional n. 9, a excluir o caráter indissolúvel do casamento, com a instituição do divórcio, que teve sua regulamentação na Lei n. 6.515/77.

Mas a grande virada se deu com a Constituição Federal de 1988, que introduziu relevantes mudanças no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição considerada a base da sociedade. Podem ser apontadas quatro vertentes básicas nesse fecho de luz ditado pelos artigos 226 e seguintes da Carta constitucional: a) ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, crescendo-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

Como decorrência dos novos mandamentos constitucionais, foram editadas leis especiais garantidoras daqueles direitos, com atualização do texto da Lei 6.515/77, relativa à separação judicial e ao divórcio, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560/92) e as leis da união estável (ns. 8.971/94 e 9.278/96), dando aos companheiros direitos a alimentos, meação e herança.

Esse repositório de leis inovadoras certamente passou a produzir forte impacto no texto arcaico do Código Civil de 1916, tornando letra morta muitos de seus dispositivos, alguns revogados expressamente (como os referentes ao antigo desquite), enquanto outros subsistem

no texto escrito como simples referência histórica em vista de não terem sido recepcionados pela Carta de 88 e serem incompatíveis com os novos ordenamentos legais (por exemplo, o capítulo do velho Código referente à odiosa discriminação dos filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos).

Era preciso, portanto, que se atualizasse o texto do Código, para que deixasse de ser um simples conjunto de normas relativas ao casamento e outros institutos paralelos, passando efetivamente a regulamentar o Direito de Família com as concepções atuais de sua ampliação e respeito às figuras dos seus componentes humanos.

Para um estudo mais abrangente das inúmeras e importantes inovações trazidas ao Direito de Família pelo novo Código Civil, sempre lembrando que muitas delas já constam de leis esparsas, agora incorporadas ao texto do novo Código, vamos a um destaque dos principais tópicos, atendendo a critérios de relevância, alterações no sistema jurídico e justificação de crítica construtiva.

MAIORIDADE CIVIL

Antecipa-se a plena capacidade civil da pessoa humana, dos atuais 21 anos para 18 anos de idade. Nesse sentido a disposição do artigo 5º do novo Código Civil, trazendo importantes reflexos para o campo do Direito de Família, como nas situações de autorização paterna para o casamento, sujeição ao pátrio poder, que passa a denominar-se "poder familiar", cessação da tutela, cessação do direito a alimentos etc.. Sob essa mesma ótica da antecipação da capacidade, reduz-se para 16 anos de idade o limite para emancipação dos filhos por outorga paterna (artigo 5º, parágrafo único, inciso I), e iguala-se também em 16 anos a idade do homem e da mulher para fins de capacitação nupcial (artigo 1.517 do novo CC).

CASAMENTO CIVIL E RELIGIOSO

O casamento é conceituado como comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (artigo 1.511), princípios estes que serão repisados no capítulo da eficácia do casamento (art. 1.565).

Disposições sobre o casamento religioso, em alteração a normas da Lei registrária (6.015/73), facilitam o registro civil desta espécie de união legal. A facilitação decorre da possibilidade de efetuar-se o registro a qualquer tempo, mesmo depois de vencido o prazo de 90 dias de sua realização, bastando que se renove a habilitação matrimonial, providência esta que visa apurar a inexistência de impedimentos para o casamento.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

O novo Código reduz os impedimentos matrimoniais a sete situações, conforme enumeração do artigo 1.521. Correspondem aos impedimentos absolutos do Código de 1916, descritos em seu artigo 183, incisos I a VIII, com exceção do inciso VII, que proíbe o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu por tal condenado. Bem agiu o legislador em afastar o impedimento decorrente de adultério, seja por cuidar-se de figura que se acha esmaecida e em fase de extinção como ilícito penal, como também por contrapor-se, aquele impedimento, à solução naturalmente romântica de uma nova união com a pessoa amada, desde que dissolvido o casamento por divórcio ou viuvez.

Cingem-se, os impedimentos absolutos, às hipóteses tradicionais de vedação do casamento entre parentes próximos, ascendentes e descendentes, colaterais até o terceiro grau, adotante e adotado, afins em linha reta, pessoas casadas e união do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Nas primeiras hipóteses, objetiva-se evitar uniões de caráter incestuoso, que são igualmente ofensivas à moral e aos bons costumes. Note-se que a vedação relativa aos afins em linha reta passa a abranger também as pessoas em união estável, em vista da ampliação daquele conceito de parentesco legal, nos termos do artigo 1.595 do novo Código Civil, antes limitado ao cônjuge, e agora extensivo ao companheiro.

Quanto aos impedimentos entre colaterais, observa-se que o novo Código não contempla a ressalva de autorização judicial para o casamento entre os colaterais de terceiro grau (tio e sobrinha), que no atual sistema jurídico tem lugar por força de disposição do Decreto-Lei 3.200/41. Resta questionável se estaria revogada essa norma excepcional, diante da norma genérica do novo ordenamento civil, ou se mantida como regra especial prevalecente.

O exame dos impedimentos matrimoniais faz-se em procedimento administrativo da habilitação, perante o Oficial do Registro Civil do domicílio dos nubentes. A esse respeito, enseja reparo a disposição do art. 1.526 do novo Código, a exigir que a habilitação seja "homologada pelo juiz". Mas que juiz será esse? O juiz de casamentos ou Juiz de Direito Corregedor do Cartório? Nenhum dos dois deve ter essa incumbência, mas sim o oficial do

registro civil, que é quem prepara a habilitação. Esse é o sistema atual, em que o juiz somente decide quando há impugnação não atendida, contrariada pela parte, ou impugnação do Ministério Público.

CAUSAS SUSPENSIVAS

Fora do rol dos impedimentos matrimoniais, mas com eles relacionados, situam-se as "causas suspensivas", dispendo a respeito o novo Código, no artigo 1.523, que não devem contrair casamento certas pessoas, em hipóteses em que o atual Código, no artigo 183, incisos XIII a XVI, classifica como impedimentos meramente proibitivos, embora com algumas alterações no texto. As disposições referem-se ao viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não proceder ao inventário e partilha dos bens; ao divorciado, enquanto não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; à viúva ou mulher com casamento anulado, até 10 meses depois da viuvez ou da dissolução do casamento; e, finalmente, ao tutor ou curador e seus parentes, com a pessoa tutelada ou curatelada.

Note-se o emprego da expressão "não devem", em lugar de "não podem", para excluir o caráter impeditivo daquelas causas que, na verdade, desaparecem desde que haja autorização judicial. De qualquer forma, mesmo que tais causas sejam violadas, não acarretam a invalidade do casamento, limitando-se à sanção de obrigatoriedade do regime da separação de bens (artigo 1.641 do novo CC).

CAUSAS DE NULIDADE E DE ANULAÇÃO DO CASAMENTO

No capítulo da invalidade do casamento, o novo Código distingue os casos de casamento nulo e de casamento anulável.

Nulo será o casamento contraído: (a) por enfermo mental sem discernimento para os atos da vida civil, e (b) por infringência de impedimento (artigo 1.548). Na hipótese primeira, classificam-se os portadores de doença mental que torne a pessoa absolutamente incapaz, distinguindo-se de outras situações de incapacidade relativa, que ocasionam apenas a anulabilidade do ato. Na segunda hipótese, lembre-se que o novo Código apenas considera como impedimentos as situações mais graves, enumeradas no artigo 1.521. São os chamados impedimentos absolutos do Código de 1916, uma vez que os impedimentos relativos passam a ser considerados, pelo novo ordenamento, como meras causas de anulação do casamento.

Com efeito, no rol de causas de anulação do casamento, o novo Código Civil trata de situações relacionadas à falta da idade mínima para casar (16 anos), à falta de autorização do representante legal para os menores de 18 anos, ao vício de vontade, à incapacidade relativa, à atuação de mandatário com procuração revogada e à incompetência da autoridade celebrante (artigo 1.550). A questão do mandato revogado constitui inovação em relação ao Código atual, mas com interessante ressalva de que não tenha havido coabitação entre os cônjuges, vez que esse tipo de comportamento estaria convalidando a celebração do casamento ainda que por mandatário excluído.

Enquadram-se como causas de anulação do casamento por vício de vontade aquelas relativas ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (artigo 1.556). A enumeração dos casos de "erro essencial", conforme artigo 1.557 do novo Código, repete os mesmos requisitos fáticos enunciados no artigo 219 do atual Código, com exceção do referente ao "defloramento da mulher", que a jurisprudência já considerava revogado pelas superiores regras de igualdade e de vedação de atos ofensivos à dignidade da pessoa humana. Em acréscimo, o novo Código prevê que se anule o casamento também na hipótese de doença mental grave de um dos cônjuges, anterior ao casamento, que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

DIREITOS E DEVERES CONJUGAIS

Em capítulo sobre a eficácia do casamento, o novo Código Civil dispõe que homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (artigo 1.565).

Nota-se a preocupação em extirpar o tratamento jurídico diferenciado que o Código de 1916 estabeleceu entre os cônjuges, bastando lembrar que seu artigo 233 ainda se refere ao marido como o "chefe" da sociedade conjugal, e o artigo 240, originalmente, classificava a mulher como "auxiliar", e com a reforma da Lei 4.121/61 deu-lhe promoção para "assistente", mas conservando a submissão feminina, uma vez que sua incumbência restringe-se a velar pela direção material e moral da casa.

O princípio igualitário não se compadece com essa visão discriminatória dos membros da entidade familiar. Por isso é que se enfatiza, no artigo 1.567 do novo Código, que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no

interesse do casal e dos filhos.

O rol de deveres de ambos os cônjuges, previsto no artigo 1.566 do novo ordenamento, repete os quatro incisos do artigo 231 do atual Código – fidelidade, vida em comum, assistência, criação dos filhos –, e acrescenta mais um: respeito e consideração mútuos. Trata-se de expressão que o legislador também utiliza na definição dos deveres dos companheiros em união estável (Lei 9.278/96, artigo 2º). Não se cuida de mera extensão pleonástica do dever de assistência moral. A ênfase se justifica em razão da “comunhão de vida” imanente ao casamento, de sorte que o distanciamento por falta de diálogo, a frieza no trato pessoal e outras falhas de comunicação podem afetar aquela convivência, motivando, com isso, novas figuras de quebra de dever conjugal.

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

O novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência aprazada para 10 de janeiro de 2003, incorpora em seu texto capítulo referente à dissolução da sociedade conjugal, que havia saído para legislação própria desde o advento do divórcio. Estará revogada, assim, a Lei n. 6.515/77, que trata da separação judicial e do divórcio, ao menos no que tange às suas disposições de natureza material, atinentes às causas, requisitos e espécies, muito embora ainda subsistam suas disposições de cunho processual, especialmente as relativas à conversão da separação judicial em divórcio (artigos 35 a 37) e ao divórcio consensual (artigo 40, § 2º).

Dá-se o término da sociedade conjugal por morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Uma causa se acrescenta, porém, relativa à presunção de morte por ausência de um dos cônjuges (artigo 1.571, § 1º do novo Código). Note-se que o Código de 1916 considera a ausência “morte presumida” somente para fins de sucessão provisória e, depois de certo tempo, definitiva (artigo 10, c.c. com 481 e 482).

Ausência como causa de término do casamento

Começamos pela novidade relativa à “ausência”. Interessante observar que a matéria sai do Livro sobre Direito de Família para ser tratada, no novo Código, na Parte Geral, artigos 6º, 7º e 22 a 29.

Define-se a ausência como morte presumida para fins de sucessão definitiva e são previstas outras situações de morte presumida, sem declaração de ausência. A primeira diz com o desaparecimento de uma pessoa quando for extremamente provável sua morte pela situação de perigo em que se encontrava; trata-se de situação de grave risco a exigir sentença judicial de reconhecimento do provável óbito, à semelhança do que dispõe a Lei de Registros Públicos, 6.015/73, em seu artigo 88. A outra situação prevista no novo Código como de morte presumida é a de alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, que não seja encontrado até dois anos após o término da guerra.

Em todos esses casos, portanto, se dará o efeito dissolutório do casamento, por força do que expressamente dispõe o novo Código Civil, seja pela presunção de morte por ausência do cônjuge, ou pela morte judicialmente reconhecida.

Separação judicial

Permanece a clássica divisão da separação judicial em: a) consensual (por mútuo consentimento) e b) litigiosa, seja decorrente de culpa de um dos cônjuges ou de causas objetivas independentes de culpa (ruptura de vida em comum por mais de um ano, ou grave doença mental por mais de dois anos).

Na separação consensual a inovação do Código de 2002 está na redução do prazo de casamento, que cai de dois para um ano (artigo 1.574). Mostra-se correta essa diminuição do chamado “prazo de experiência” no casamento, que poderia ser até menor, em torno de três ou de seis meses, como observado em outras legislações.

A separação litigiosa por culpa, derivada de grave violação a deveres conjugais, que torne insuportável a vida em comum, tem a sua casuística ampliada, relativamente às previsões genéricas do artigo 5º da Lei n. 6.515/77. O novo Código retorna ao sistema de enumeração de motivos, que constava do revogado artigo 317 do Código de 1916. Agora, o rol constante do artigo 1.573 foi ampliado, porém com característica meramente exemplificativa, abrangendo os seguintes motivos: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar por um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. O parágrafo único do mesmo artigo faculta ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Logo se vê a inutilidade da enumeração dos motivos, pois todos eles estariam já compreendidos, como se verifica no atual sistema da Lei n. 6.515/77, artigo 5º, com previsões

genéricas de conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais. Outras críticas podem ser anotadas com relação aos motivos enumerados no novo Código. Melhor que "adultério" seria menção a "infidelidade", porque esta é mais ampla e condiz com a quebra do dever conjugal correspondente.

Também não se compreende a menção a abandono do lar por um ano contínuo, quando sabidamente ocorrem situações de abandono da convivência em tempo muito inferior, caracterizando hipótese de injúria grave, conforme iterativa jurisprudência que assim já proclamava ao tempo de vigência do artigo 317 do Código de 1916, que mencionava o prazo de dois anos de abandono.

Parece desnecessária a menção a condenação por crime infamante, pois já enquadrável, a hipótese, como conduta desonrosa, além de estabelecer uma graduação de tipo criminoso que não se contempla na legislação penal, onde a qualificação mais grave se reserva ao crime hediondo, e ainda porque "infamante" todo crime o é por sua própria natureza de ato censurável.

Na previsão adicional de "outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum" podem ser enquadradas diversas condutas que hoje escapariam à tipificação legal, possivelmente abrangendo os casos mais sérios de "incompatibilidade de gênios" e de "crueldade mental", próprios de casais que efetivamente "não combinam", desde que o comportamento de um dos cônjuges se revele ofensivo ao recíproco dever de "respeito e consideração", tornando insuportável o prosseguimento da vida em comum.

Na verdade, preferível seria que o legislador abandonasse o critério da perquirição de culpa para decreto de dissolução da sociedade conjugal, que significa uma indesejável intromissão do Estado-Juiz na privacidade das relações domésticas. Sem falar que se torna muito difícil a descoberta da verdade real, em muitos casos, exatamente porque os desentendimentos se circunscrevem ao ambiente interno do lar, só aparecendo no processo a "ponta do iceberg", enquanto a maior parte do bloco de gelo se afunda no oceano das angústias e desencontros do amor desfeito ou da paixão mal conduzida.

Por isso é que a moderna doutrina vem se direcionando na eliminação dessa forma de separação culposa para contentar-se com a subsistência apenas da chamada separação ruptura, já prevista na Lei n. 6.515/77 em caráter alternativo para a separação judicial e como forma única de invocação para o divórcio direto.

Quanto à separação judicial sem culpa, permanecem no novo Código as duas causas objetivas que a fundamentam: a) ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstrução (separação-falência), e b) doença mental grave, manifestada após o casamento, de cura improvável e que permaneça por mais de dois anos, tornando impossível a convivência (separação-remédio). Note-se que houve redução do prazo para a separação judicial por este último motivo, caindo para dois anos, em vez dos cinco anos previstos na Lei n. 6.515/77.

Não mais se prevê a chamada "cláusula da dureza", de modo que, no sistema do novo Código Civil, a existência de uma daquelas causas objetivas serve ao decreto de separação judicial, sem que ao juiz seja dado recusar sua aplicação sob pretexto de nocividade aos filhos ou ao próprio cônjuge doente.

Outra modificação introduzida pelo novo ordenamento diz com o efeito patrimonial da separação sem culpa, consistente na perda, pelo cônjuge requerente, dos bens remanescentes que o cônjuge enfermo levou para o casamento, assim como a perda da meação dos aquestos, se o regime adotado o permitir (artigo 5º, § 3º, da Lei 6.515/77). Essa penalidade fica restrita, no novo Código, ao caso de separação requerida por motivo de doença mental (artigo 1.572, § 3º), o que nos parece positivo em vista das circunstâncias de maior amparo à pessoa doente.

Divórcio

Subsistem as mesmas formas de divórcio de que trata a Lei n. 6.515/77: a) indireto - pela conversão da separação judicial, decorrido o prazo de um ano -, e b) direto - pela comprovada separação de fato por mais de dois anos -, conforme dispõe o artigo 1.580, §§ 1º e 2º, do novo Código Civil. Não se menciona a culpa, bastando se verifique o decurso do prazo estabelecido em cada uma dessas situações.

O divórcio, em qualquer das modalidades, pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Assim dispõe o novo Código, no artigo 1.582, afastando a exigência contida na Lei 6.515/77 para a conversão da separação judicial em divórcio, e que alguns juizes estendiam para o divórcio direto. Bem se conhece a grande celeuma jurisprudencial sobre o tema, ainda que em parte pacificada pelo entendimento adotado na Súmula 197 do Superior Tribunal de

Justiça, a dispensar partilha para decretação do divórcio direto.

NOME DO CÔNJUGE

Pela sistemática da Lei n. 6.515/77, a mulher perde o direito de continuar usando o nome do marido quando culpada pela separação judicial. E também, ainda que cônjuge inocente, pode sofrer aquela perda ao converter a separação em divórcio, salvo casos excepcionais.

Altera-se o panorama no novo Código Civil. A adoção do sobrenome do cônjuge passa a ser direito assegurado a ambos os nubentes (artigo 1.565, § 1º). E a perda desse nome acrescido somente ocorrerá para o cônjuge declarado culpado, se assim o requerer o outro e desde que a alteração não cause prejuízos para a identificação do cônjuge, distinção entre o seu nome de família e o dos filhos, ou dano grave reconhecido em decisão judicial (artigo 1.578).

Deu-se um avanço com relação à Lei 6.515/77, devido à ampliação do direito de manutenção do nome adotado pelo cônjuge no casamento e que passa a identificá-lo no meio familiar, social e profissional, integrando o seu próprio direito de personalidade. Mas o legislador deveria ter ido além, deixando sempre a possibilidade de escolha pelo titular do nome, único a saber se lhe interessa manter ou não o sinal distintivo de seu nome de casado, independente de ser ou não culpado pela separação.

PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

Separados ou divorciados os pais, cabe a eles dispor de comum acordo sobre a guarda dos filhos menores. Não havendo consenso, porém, a decisão caberá ao juiz. Nesse sentido dispõe o novo Código Civil, afastando-se do critério de culpa na separação, para dizer, de forma concisa e lapidar, que a guarda dos filhos será atribuída "a quem revelar melhores condições para exercê-la" (artigo 1.584).

Leva-se em conta, portanto, o superior interesse dos filhos, para que permaneçam com o pai ou com a mãe, independente de quem tenha sido o responsável pela separação. O que importa examinar, nesse caso, é a condição pessoal do guardião, a significar capacidade material e moral para assistência e educação dos filhos. Por certo que não tem prevalência o aspecto puramente material, mesmo porque sua falta pode ser suprida por prestação alimentícia a cargo do outro genitor. Para conhecimento da situação, valer-se-á, o Juiz, dos regulares meios de prova e, também, do indispensável concurso de auxiliares como assistentes sociais e psicólogos, firmando seu julgamento num conceito multidisciplinar e determinando medidas de acompanhamento do caso para que se constate a perfeita adaptação do menor ao regime de guarda adotado.

O novo Código não fala em "guarda compartilhada", mas tampouco veda essa espécie de estipulação que pode decorrer do consenso das partes ou de decisão judicial, mostrando-se útil quando presentes certos requisitos, como os relativos a moradias próximas, compreensão e diálogo, que permitam esse modo de atuação conjunta dos pais separados em benefício dos filhos em comum.

Paralelo ao direito de guarda por um dos cônjuges, tem-se o direito do outro a visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (artigo 1.589). A extensão desse regime de visitas será maior ou menor dependendo da idade do filho e das condições pessoais do genitor. O importante é que não se comporte como um mero "visitante", e sim como efetivo pai, interessado na vida e na formação do filho, por isso devendo, mais do que fiscalizar, realmente participar das decisões relativas à sua criação e educação.

Omite-se, o novo Código, assim como também omissa a legislação anterior, quanto ao direito de visitas por avós ou outros parentes próximos dos menores. Trata-se de aspecto importante na integração familiar da criança, que naturalmente se estende da mera relação paterno-filial para atingir o envolvimento afetivo com os demais membros desse agrupamento nuclear da sociedade, que é a família na sua mais ampla concepção. Não obstante a falta de previsão legal, doutrina e jurisprudência vêm admitindo como lícita e possível a visitação por parte de avós ou outros parentes próximos dos menores, especialmente irmãos.

FILIAÇÃO

Neste capítulo, o novo Código Civil elimina as odiosas distinções entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, contidas no vetusto Código de 1916.

Reproduzindo regra de ouro inscrita no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dispõe o artigo 1.596 do novo ordenamento civil que "os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Continuam previstos os casos de presunção de paternidade para os filhos concebidos na constância do casamento. Mas acrescentam-se mais três hipóteses, no artigo 1.597, incisos

III, IV e V do novo Código, para inclusão de filhos (a) havidos por fecundação artificial homóloga (com o sêmen do marido, mesmo que falecido), (b) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e (c) havidos por inseminação artificial heteróloga (com o sêmen de outrem), desde que tenha prévia autorização do marido.

Com essas importantes inovações abre-se campo à aplicação das modernas técnicas de engenharia genética na chamada reprodução assistida, em suas múltiplas modalidades, o que enseja, naturalmente, mais detalhada regulamentação por leis especiais.

A contestação da paternidade presumida cabe ao marido, conforme reza o artigo 1.601 do novo Código, acrescentando que tal ação é imprescritível e pode ser prosseguida com os herdeiros, se vier a falecer o autor. Diversamente, o Código de 1916 empresta maior força ao princípio *pater is est*, estabelecendo curtos prazos decadenciais, de dois ou três meses, para que se conteste a paternidade, conforme estivesse ou não presente o marido por ocasião do nascimento dos filhos nascidos de sua mulher. Agora, com a imprescritibilidade, ainda que por amor à verdade genética, corre-se risco de desintegração do ente familiar por tardia recusa, sempre admissível, da paternidade anteriormente assumida, quebrantando laços de afetividade que poderiam existir por parte do filho que se vê renegado.

RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Adotando inovações da Lei n. 8.560/92 e na esteira do mandamento constitucional de igualdade dos filhos, o novo Código Civil, no artigo 1.607, permite o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, pelos pais, conjunta ou separadamente. Faz-se o reconhecimento voluntário pelas formas indicadas no artigo 1.609: no registro de nascimento, por escritura pública, por escrito particular a ser arquivado em Cartório, por testamento, ou por declaração perante o juiz em qualquer processo.

Não se dispõe a respeito do reconhecimento administrativo, mas a omissão se entende suprida pela subsistência da correspondente norma da citada Lei n. 8560/92, que possibilita se faça o registro por ordem do juiz corregedor do Cartório de Registro Civil, após convocação do suposto pai e sua anuência, quando nomeado pela mãe no ato de registro do filho.

ADOÇÃO

Não obstante a duplicidade de regimes de adoção previstos no Código Civil de 1916 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), aplicáveis, respectivamente, para maiores e para menores de 18 anos, seus efeitos se tornaram equiparados diante do preceito maior da igualdade de todos os filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988). Importa dizer que todos os filhos, inclusive os havidos por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações na ordem jurídica.

Com o novo Código Civil, que dispõe a respeito nos artigos 1.618 a 1.629, resta unificada a disciplina da adoção, que se aplica a todas as pessoas, sem distinção por faixas etárias. Uno também passa a ser o procedimento, obrigatoriamente sujeito à assistência efetiva do Poder Público e de processo judicial com sentença constitutiva.

A idade mínima para o adotante passa a ser de 18 anos, novo patamar da capacidade plena. Mas continua a natural exigência de que ele seja pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado para que se justifique a perfilhação adotiva.

A adoção por duas pessoas pressupõe que sejam marido e mulher ou companheiros em união estável. A exceção fica com os divorciados e separados judicialmente, que poderão adotar em conjunto contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência (exigido para menores) tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Continua sob a égide de legislação especial a adoção por estrangeiros, conforme dispõe o artigo 1.629 do novo Código Civil. Subsistem nessa esfera, portanto, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90, artigos 51 e 52).

PODER FAMILIAR

O Pátrio Poder passa a denominar-se Poder Familiar. Foi intuito do legislador afastar a conotação patriarcalista, de predominância da figura paterna nas relações com os filhos menores.

Essa mudança de conceito já se dera, em parte, com a nova redação do artigo 380 do Código Civil de 1916, no referir que o pátrio poder compete aos pais, quando a primitiva redação falava em poder do pai, e na sua falta, da mãe. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90 já cuidara de acertar ponteiros com expressa menção, em seu artigo 21, de que o pátrio poder é exercido pelos pais, em igualdade de condições.

Mas a denominação Poder Familiar ainda conserva uma carga de supremacia e comando que

não se coaduna com o seu verdadeiro sentido, já que os pais têm, com relação aos filhos, não só poder, mas um complexo e relevante conjunto de deveres relativos a guarda, sustento e educação. Em vez de poder, melhor seria denominar essa relação paterno-filial de "Autoridade Parental", como consta, dentre outros, do Código Civil Francês.

No que concerne ao exercício do poder familiar, o novo Código repete os preceitos do atual e também cuida das hipóteses de sua suspensão e de extinção.

Cabe reparo, nesse aspecto, ao ranço conservador do preceito que outorga aos pais o poder de exigir dos filhos "obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição" (artigo 1.634, VII), e de estipular que a perda do poder familiar pode ocorrer na hipótese (dentre outras) de castigo imoderado do filho, levando a concluir que seria lícito o castigo físico moderado, o que se afigura atentatório aos direitos de integridade física do filho e ofensivo à sua dignidade como pessoa humana.

REGIME DE BENS NO CASAMENTO

Substanciais mudanças se observam na regulamentação, pelo novo Código Civil, do regime matrimonial de bens (artigos 1.639 e seguintes).

A opção continua sujeita à celebração de pacto antenupcial, por escritura pública, salvo se escolhido o regime da comunhão parcial, em que bastará a redução a termo no processo de habilitação (artigo 1.640 e seu parágrafo único).

Diversamente da imutabilidade prevista no Código de 1916, o novo ordenamento permite a alteração do regime de bens no curso do casamento, desde que autorizada judicialmente em pedido motivado de ambos os cônjuges, comprovando-se as razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (artigo 1.639, § 2º).

Quatro são os regimes de bens, pelo novo Código, porém com enumeração diversa do Código de 1916. Desaparece o regime dotal, que, na realidade, tem sido de mínimo uso entre nós. Ao lado dos regimes da comunhão universal, da comunhão parcial (que continua sendo o regime legal, na falta de convenção) e do regime da separação de bens, surge o regime da participação final nos aquestos. Trata-se, este último, de absoluta novidade inspirada na legislação de países europeus. Consiste numa forma híbrida de separação de bens, durante o casamento e de comunhão parcial ao dissolver-se a sociedade conjugal. Esclarecem os artigos 1.627 a 1.675 do novo Código que, nesse regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, formado pelos bens que possuía ao casar e os adquiridos, a qualquer título durante o casamento, sendo que, à época da dissolução da sociedade conjugal, faz-se a partilha do patrimônio adquirido onerosamente durante a vida em comum.

Quanto ao regime da separação de bens, pode ser convencional (pacto antenupcial) ou obrigatório, em hipóteses assemelhadas ao sistema do Código de 1916. Ligeira modificação se faz para igualar em 60 anos o limite de idade das pessoas sujeitas àquele regime, tanto o homem quanto a mulher (antes, para esta, o limite era de 50 anos). Ainda assim, o dispositivo continua sendo manifestamente inconstitucional por estabelecer uma restrição à liberdade de escolha do regime de bens por pessoas que são consideradas plenamente capazes para todos os atos da vida civil.

Quanto à alienação de bens por um dos cônjuges, persiste a necessidade de consentimento do outro, ou suprimento judicial da outorga, mas abre-se exceção para o regime de separação absoluta, em que a disponibilidade dos bens particulares cabe exclusivamente ao seu titular.

ALIMENTOS

Dispõe o artigo 1.694 do novo Código Civil que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social e para fins de educação.

A referência à condição social do alimentante significa variação do valor para atendimento das peculiaridades de cada pessoa, mas sem distanciar-se de suas necessidades, o que significa exclusão de dispêndios tidos como excessivos ou meramente voluptuários. De outra parte, há que se levar em conta a capacidade econômico-financeira da pessoa obrigada ao pagamento, para que se fixe a prestação de forma racional e equilibrada, conforme se extrai das disposições dos artigos 1.694, § 1º, e 1.695 do novo ordenamento.

Na obrigação entre parentes mantém-se o sistema de prioridade para os de grau mais próximo, a significar, por exemplo, que os avós somente podem ser chamados na falta dos pais do menor que reclame assistência alimentar. Mas se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, o parente sucessivo pode ser chamado a efetuar a complementação. Nessa hipótese, determina o artigo 1.698 do novo Código que, sendo várias as pessoas co-obrigadas, serão todas responsáveis na medida de

seus respectivos recursos, de sorte que, se intentada a ação contra apenas uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Esse dispositivo resolve velha celeuma jurisprudencial a respeito da responsabilidade dos ascendentes ou de irmãos, quando os pais do menor tivessem reduzida capacidade econômica para atendimento das necessidades do alimentando.

Outro ponto de interesse por seu caráter inovador diz com a possibilidade de serem fixados alimentos mesmo em caso de culpa da pessoa necessitada, porém, nesse caso, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência (artigo 1.694, § 2º). O mesmo tratamento se dá ao cônjuge na separação judicial, ou seja, o culpado perde o direito a alimentos, salvo se necessitar e não tiver parente em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, ficando o ex-cônjuge obrigado ao pagamento no valor indispensável à sobrevivência do necessitado (artigo 1.704 e parágrafo único).

A transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor é prevista no artigo 1.700 do novo Código Civil, de forma mais ampla do que está no artigo 23 da Lei n. 6.515/77, uma vez que não se alude às forças da herança, e sim às condições gerais de fixação do valor da pensão que constam do artigo 1.694.

Outra novidade diz com a vedação de renúncia do direito a alimentos, que abrange todos os possíveis necessitados, incluindo-se cônjuges e companheiros, como deflui do artigo 1.707. Constitui retrocesso ao entendimento jurisprudencial de admissibilidade da renúncia dos alimentos pelo cônjuge na separação judicial por mútuo consentimento. Revigora-se, portanto, o enunciado da súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, que já não vinha tendo aplicação regular por entender-se ultrapassada, especialmente em situações de renúncia pelo cônjuge que ficasse com bens suficientes para manter-se de forma autônoma.

UNIÃO ESTÁVEL

Prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 3º, como forma de entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher teve regulamentação específica nas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96.

Embora não constasse do texto original do projeto do novo Código Civil (mesmo porque anterior à Constituição), o tema veio a ser incluído durante os trâmites de votação, como Título III do Livro do Direito de Família, artigos 1.723 a 1.727.

A conceituação da união estável é a mesma dada pela Lei n. 9.278/96, ou seja, convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Não se fala em prazo mínimo de duração, que a Lei n. 8.971/94 estipulava em cinco anos.

Não será possível união estável se houver impedimento matrimonial entre os parceiros. Nesse sentido dispõe o artigo 1.723, § 1º, porém com importante ressalva que resolve tormentosa questão: não se aplica o impedimento do inciso VI do artigo 1.521, relativo a pessoa casada, se ela se achar separada de fato ou judicialmente.

As chamadas causas suspensivas para o casamento não impedirão a caracterização de união estável. Quanto a outras situações, que o Código de 1916 chamava de impedimentos relativos, e o Código novo deixa para o campo da anulação do casamento, nada se refere no capítulo da união estável, mas certamente também se poderá invocar anulação da união se presentes aquelas causas de invalidação do ato jurídico.

No aspecto patrimonial, praticamente iguala-se a união estável ao casamento, por sujeitar-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens (artigo 1.725 do novo Código). Da mesma forma, o direito a alimentos entre companheiros obedece aos critérios previstos para parentes e cônjuges, fixando-se de acordo com as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada.

Mas não assim na esfera do direito sucessório. O novo Código sequer inclui o companheiro na ordem da vocação hereditária, limitando-se a tratar de seus direitos nas disposições gerais do Livro IV, que trata do Direito das Sucessões. Consta do artigo 1.790 que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, mas apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Importa dizer que não terá qualquer participação na herança relativa a outros bens, adquiridos antes ou havidos graciosamente pelo autor da herança. Considerando-se, portanto, somente os bens adquiridos na vigência da união estável e a título oneroso, então o companheiro sobrevivente terá direito à herança, nas condições seguintes: I- se concorrer com filhos comuns, receberá uma cota equivalente à de cada filho; II- se concorrer com descendentes só do autor da herança, receberá metade do que couber a cada um; III- se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV- se não houver parentes sucessíveis, receberá a totalidade da herança.

Favorável ao companheiro, sem dúvida, o concurso na herança com descendentes e ascendentes do falecido, tal como se reconhece também ao cônjuge sobrevivente. Mas não se compreende que o companheiro concorra com os demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto grau. Trata-se de evidente retrocesso, pois no sistema da Lei n. 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes.

Demais disso, considere-se a hipótese de o falecido ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança. Então, o companheiro nada herdar, mesmo que não haja parentes sucessíveis, ficando toda a herança para o município, uma vez reconhecida jacente e vacante.

Por fim, convém lembrar que o novo Código extingue o direito a usufruto parcial dos bens. Conserva o direito de habitação no imóvel que servia de residência ao casal, mas somente em favor do cônjuge sobrevivente. Não prevê esse mesmo direito, que tem elevado cunho social, ao companheiro sobrevivente, que assim é deixado inteiramente à míngua, nem mesmo podendo continuar a residir no imóvel que lhe servia de residência na união estável, quando não tenha direito à meação ou à participação na herança nas situações já analisadas.

Como se verifica, o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório, em comparação com a posição reservada ao cônjuge, nada justificando essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

A possibilidade de conversão da união estável em casamento é tratada no artigo 1.726, mas com inadequada referência a pedido dos companheiros ao juiz, quando, na verdade, o pedido cabe ao Oficial do Registro Civil, mesmo porque, na conversão, não atua o juiz de casamentos por não haver celebração solene do ato, mas simples registro em seguida à habilitação dos companheiros.

Em disposição final, o novo Código trata do concubinato, definindo-o como relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar (artigo 1.727). Parece ter sido intuito do legislador extremar o concubinato da união estável, sem previsão de direitos que se restringem a esta espécie de entidade familiar. Seria desnecessária essa menção explícita ao concubinato, mesmo porque outras situações existem que refogem ao figurino da união estável, ainda mesmo com a presença de homem e mulher sem impedimentos matrimoniais, desde que a união se desfigure por falta de publicidade, duração ou continuidade (situação de meros amantes ocasionais).

Também comporta reparo a menção aos impedidos de casar que se relacionem como meros concubinos quando existe a exceção, prevista em outro artigo, para a pessoa casada que esteja separada de fato ou judicialmente, podendo, nessa hipótese, formar uma família sob o pálio da união estável.

BEM DE FAMÍLIA

O novo Código acertadamente retira o Bem de Família da Parte Geral e o inclui no Livro de Direito de Família, em subtítulo dos direitos patrimoniais, artigos 1.711 a 1.722.

Trata-se do Bem de Família convencional, instituído por cônjuges ou entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, podendo também ser instituído por terceiro, via testamento ou doação, desde que aceito pelas pessoas beneficiadas.

Pode ser objeto dessa convenção não só o imóvel residencial urbano ou rural, com suas pertencas ou acessórios, mas também valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

O Bem de Família constitui-se pelo registro da escritura no Registro de Imóveis. Sua proteção dá-se pela isenção de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Quanto ao Bem de Família legal, continua sendo regido por lei própria, que é a Lei n. 8.009/90, cobrindo com a proteção da impenhorabilidade o imóvel residencial ocupado por casal ou entidade familiar.

TUTELA

Poucas as mudanças relativas à nomeação de tutores para os menores órfãos ou com pais destituídos do poder familiar, conforme regulado no novo Código Civil a partir do art. 1.728.

Persistem as três modalidades de tutela: a) testamentária, com nomeação reservada aos pais em conjunto (e não mais aos avós), b) legítima, deferida aos parentes consanguíneos do menor, com preferência aos ascendentes e aos colaterais mais próximos, c) dativa, por nomeação judicial.

Como novidade maior, a reintrodução no cenário jurídico da figura do "protutor" (não previsto no Código de 16), que pode ser nomeado pelo juiz para fiscalizar os atos do tutor.

No mais, o exercício da tutela, o rol de deveres do tutor e a exigência de prestação de contas em muito se aproxima dos dispositivos constantes do Código anterior.

CURATELA

As pessoas sujeitas a curatela por interdição tem a sua numeração ampliada no novo Código, art. 1.767, a fim de abranger não apenas os portadores de enfermidade ou deficiência mental e os pródigos, mas também outras pessoas que não possam exprimir sua vontade ou sofram de restrições por serem ébrios habituais, viciados em tóxicos ou excepcionais sem completo desenvolvimento mental.

Acrescentem-se, ainda, as hipóteses de curatela do nascituro (art. 1.779), bem como do enfermo ou portador de deficiência física. A respeito destes, em absoluta novidade de importante reflexo prático, o novo Código dispõe, no art. 1.780, que a curatela dependerá de requerimento do doente ou, se impossibilitado de fazê-lo, de qualquer das pessoas habilitadas a requerer a interdição, com a finalidade de se dar curador para cuidar de todos ou de alguns dos seus negócios ou bens.

São habilitados a promover a interdição os pais ou tutores, o cônjuge, qualquer parente ou, excepcionalmente, o Ministério Público. A previsão está no art. 1.768 do novo Código, sem sabor de novidade, mas com injustificada omissão do companheiro de pessoa que venha a se tornar incapaz. Evidente a falha legislativa diante do tratamento jurídico que merece a união estável como entidade familiar. Demais disso, é de se admitir que o companheiro possa requerer a curatela em face do que dispõe o artigo 1.775 do mesmo Código, com expressa menção do companheiro (por falta do cônjuge) para ser o curador do outro, quando interdito.

Outras normas relativas à investidura e ao exercício da curatela constituem repetição de normas do Código de 16, lembrando-se, por final, que aplicam-se à curatela, subsidiariamente, as normas relativas à tutela.

CONCLUSÃO

Tarefa ingente, a de comentar todas as notáveis mudanças trazidas pelo novo Código Civil brasileiro, impossível de ser cumprida em breve estudo. Procuramos apontar alguns temas de maior relevância, apenas toques de pincel no principal, na expectativa de estimular o apetite intelectual dos interessados em incursionar com mais profundidade na vasta seara deste novo Direito de Família.

Do que se disse a favor das mudanças não se interprete como pura louvação. Nem toda novidade se traduz em acertada correção ou efetiva melhoria. Por certo que esta nova codificação de leis civis, embora constitua notável avanço em relação ao arcaico texto do Código de 1916, especialmente no Livro do Direito de Família, ainda comporta aperfeiçoamento em muitos pontos. Para essa empreitada maior estamos todos convocados nesta fase de meditação que comporta a *vacatio legis*, na expectativa de que tenhamos em breve uma legislação civil que efetivamente responda aos anseios de justiça da pessoa humana integrada no agrupamento familiar, núcleo básico da sociedade brasileira.

(15.10.02)