

VISÃO PANORÂMICA DO DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Prof. Péricles Raimundo de Oliveira

Magistrado Inativo

A Lei 10.406 de 10.01.2002, que contém o novo Código Civil, foi publicada em 11.01.2002, com *vacatio legis* de um ano (art. 2.044), motivo pelo qual entrará em vigor em 11.01.2003. Entretanto, existe um movimento no sentido de prorrogar a entrada em vigor por mais um ano, sob as mais diversas alegações.

Verifica-se que o novo Código procurou incorporar as disposições de Direito de Família contidas em Leis Extravagantes Civis, referentes à matéria de Direito de Família, mas o problema está em que essas Leis não foram expressamente revogadas e já estão surgindo divergências a respeito da revogação, ou não, de Leis que tratam de assuntos de Direito de Família. O novo Código procurou também incorporar conquistas doutrinárias e jurisprudenciais ocorridas durante a vigência do Código Civil de 1916.

Cabe, em primeiro lugar, assinalar que o Legislador mudou a posição do Direito de Família, que aparece no Código de 1916 como primeiro livro da parte geral, e no novo Código foi colocado como Livro IV, seguindo a tendência de outras legislações modernas. O Código Civil Português, por exemplo, também coloca o Direito Civil na mesma posição do novo Código.

A doutrina costuma separar as matérias de Direito de Família em:

Direito de Família Matrimonial (pessoal e patrimonial)

Direito Parenteral (pessoal e patrimonial)

Direito Assistencial (pessoal e patrimonial).

O novo Código Civil adotou o seguinte critério na distribuição da matéria tratada : .Título I - Do Direito Pessoal :

Subtítulo I - Do casamento (Direito matrimonial)

Subtítulo II - Das relações de parentesco (Direito parenteral)

Título II - Do Direito Patrimonial:

Subtítulo I - Regime de bens (Direito matrimonial)

Subtítulo II - Usufruto e administração de bens de filhos (Direito parenteral)

Subtítulo III - Dos alimentos (Direito parenteral)

.Subtítulo IV - Do bem de família (Instituto novo no D. de Família)

Título III - Da união estável (Leis 8.971/94 e 9.278/96)

Título IV - Da tutela e da curatela (Direito assistencial).

O novo Código Civil retirou da parte geral do Código Civil atual (arts. 70 a 73) o bem de família, e o colocou na parte do Direito Patrimonial (arts. 1.711 a 1.722). Essa colocação se baseia no fato de que esse bem se destina à moradia da família.

No Direito Assistencial o novo Código retirou o instituto da Ausência (arts. 463 a 484), passando a tratá-lo na Parte Geral, arts. 22 a 39. Também se trata de uma opção doutrinária, sendo de assinalar-se que há três correntes: uma defende que a Ausência deve ser tratada na Parte Geral, outra que deve aparecer no Direito de Família, e uma terceira defende sua colocação no Direito das Sucessões.

Feita essa introdução, vamos fazer uma análise, ainda que perfunctória, a respeito das modificações mais significativas introduzidas pelo novo ordenamento civil brasileiro.

DO CASAMENTO

Igualou homens e mulheres na idade núbil - 16 anos, o que já vem provocando críticas pelos que afirmam que a idade núbil do homem deveria ser maior, pela falta de maturidade física e mental.

Igualou homens e mulheres na idade madura, para fins de obrigação de casamento com regime de separação legal obrigatória - 60 anos. Também as críticas aparecem, no sentido de que essa proibição implica em ofensa à liberdade e que não deveria haver proibição para adotar qualquer regime, pelo fato apenas da idade.

Permite o novo Código que o casamento religioso tenha validade civil- arts. 1.515 e 1.516, separando o casamento religioso, com prévia habilitação no Registro Civil, do casamento religioso sem tal habilitação prévia. Quanto ao casamento religioso com prévia habilitação, foi estabelecido o prazo de 90 dias para o registro no Registro Civil. Entretanto, o novo Código colocou-se contra a jurisprudência dominante do Eg. STF ao afirmar que, decorrido esse prazo, o registro somente poderá ser feito com nova habilitação (art. 1.516, § 1º). Isso implica em considerar que, se não houver nova habilitação, o casamento religioso não mais poderá ser registrado, não tendo efeitos civis. É a declaração de inexistência de casamento civil, apesar de ter havido prévia habilitação e ter sido o casamento celebrado pela autoridade religiosa, que passou a ter competência para casar. Essa orientação, *data venia*, não parece ter sido a melhor na proteção do casamento.

O novo Código permite o casamento antes dos 16 anos, no caso de gravidez (art. 1.520), o que constitui um avanço em relação ao que vinha regulamentado no art. 214 do atual Código.

Reduziu os impedimentos (art. 1.521) a apenas os dirimentes absolutos (art. 183, I a VIII, do Código atual) e excluiu do elenco dos impedimentos o inciso VII, que se refere ao casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu.

Incluiu, entre os afins em linha reta, que não podem se casar (art. 1.521, inciso II). o ascendente, ou o descendente de pessoa que viva em união estável (art. 1.595, § 2º), isto é, considera que a união estável produz afinidade e que a afinidade na linha reta, criada na união estável, não desaparece com o desfazimento da referida união.

Denominou os impedimentos impedientes ou precautórios, como causas suspensivas (art. 1.523). Exigiu que a procuração dada pelo nubente, para o casamento, seja por instrumento público (art. 1.542), acabando assim com a discussão que havia. A revogação da procuração também terá de ser efetuada por instrumento público (art. 1.542, § 4º).

Permitiu que qualquer dos cônjuges possa adotar o sobrenome do outro (art. 1.565, 1º). Na questão de nulidade e anulabilidade do casamento o código novo estabeleceu:

- que o casamento do enfermo mental (antigo louco de todo o gênero) é nulo (art. 1.548- I) e não apenas anulável, como é atualmente (art. 209 combinado com o art. 183, incisos IX a XIX);

- permite que o MP promova a ação declaratória de nulidade do casamento, mesmo que

- qualquer dos cônjuges já haja falecido (art. 1.549 do novo, em confronto com o art. 208, parágrafo único, do Código atual);

- na questão da anulabilidade do casamento, colocou os prazos de decadência na parte especial. O novo C. Civil procurou colocar os prazos de prescrição (arts. 205/206) na parte geral e os prazos decadenciais na parte especial, junto a cada direito potestativo;

- excluiu das causas de anulabilidade do casamento o defloramento anterior da mulher, acolhendo assim a jurisprudência dominante a respeito da inconstitucionalidade dessa disposição do Código atual - art. 219, IV

Na questão da separação judicial:

- reduziu o prazo para a separação judicial consensual para um ano (art. 1.574);

- reduziu o prazo para a separação judicial por doença para dois anos (art. 1.572, § 2º);

- na separação judicial litigiosa, estabeleceu hipóteses de presunção legal de insuportabilidade da vida em comum - art. 1.573;

- resolveu a discussão existente na interpretação do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei 6.515/77, ao estabelecer no art. 1.576, parágrafo único: serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão. Havia divergência anterior, entendendo alguns que o curador teria de ser o ascendente, ou o irmão;

- regulamentou o problema do uso do nome do outro cônjuge, em caso de separação judicial litigiosa com declaração de culpa - art. 1.578 (arts. 17, 18 e 25, parágrafo único, da Lei 6.515/77);

- na questão da proteção dos filhos, disciplina que deve prevalecer o que os pais acordarem

e, não havendo acordo, deverá prevalecer o interesse dos filhos, como vem sendo a orientação jurisprudencial (arts. 1.583 e 1.584).

DO PARENTESCO

O novo Código permite afirmar que o legislador considera que a afinidade é parentesco.

O art. 1.595, § 1º, estabeleceu limites para a afinidade na linha colateral, apenas abrangendo os irmãos do cônjuge. No Código atual não havia essa limitação, sendo que o CPC, no art. 405, § 2º, inciso I, se refere à afinidade colateral de terceiro grau.

Criou afinidade na união estável (art. 1.595, § 1º).

DA FILIAÇÃO

O novo Código contempla a fecundação artificial homóloga contemporânea e a futura, e a inseminação artificial heteróloga, na presunção de concepção de filho. Não contemplou a fecundação artificial heteróloga. Na fecundação artificial, ou fertilização *in vitro*, esta ocorre em laboratório. Depois o ovo (embrião) é transferido para o útero. Pode ser homóloga ou heteróloga. Na inseminação artificial, coloca-se o sêmen no colo vaginal e ali ocorre a fecundação. Pode ser homóloga ou heteróloga. A fecundação normal é a que decorre do ato sexual.

O inciso V do art. 1.597, que se refere à autorização do marido para a inseminação artificial heteróloga, não exige que a autorização seja por escrito, mas essa deve ser a interpretação a ser dada à exigência. Contudo a autorização pode ser dada por instrumento particular.

No caso da inseminação artificial heteróloga, a presunção de paternidade só pode ser afastada pela alegação e prova de vício de consentimento, quanto à autorização, não valendo a alegação de ausência de paternidade biológica (exame de DNA).

O art. 1.598 procurou solucionar o problema da *turbatio sanguinis*, quando, por exemplo, uma mulher vem a casar-se logo depois de ficar viúva, e tem um filho, depois de seis meses de casada, e antes de se completarem 300 dias da data do óbito do anterior marido. Pela Lei, o filho tem como pai presumido o novo marido (art. 1.597, inciso I do novo Código) e ainda, terá como pai o marido falecido, por força do disposto no art. 1.597, inciso II, do novo Código. Pelo disposto no art. 1.598 o filho será

do primeiro marido, por presunção legal, salvo prova cabal em sentido contrário (exame de DNA).

O art. 1.601 acabará com os prazos decadenciais do art. 178, § 3º e § 4º do atual C. Civil. Parece que a redação do art. 1.601 do novo Código procurou solucionar a discussão existente a respeito da legitimação para propor ação de contestação de paternidade, ao suprimir a palavra privativamente - contida no art. 344 do atual Código.

DA ADOÇÃO

O Código novo baixou a idade do adotante para 18 anos. É de 30 anos no Código atual. No ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) a idade mínima é de 21 anos. Isso decorre do fato de haver o novo Código baixado a maioridade para 18 anos.

O art. 1.628 parece resolver a discussão criada pela interpretação do art. 41 do ECA, a respeito da posição do filho do adotado. Exemplo: uma moça com 17 anos e que já tem um filho, é adotada por uma pessoa. Esse filho será neto do adotante, ou continua na família de sangue?

Pelo disposto no art. 1.628 esse filho será neto do adotante.

Já estão aparecendo críticas ao capítulo da adoção pelo fato de o legislador haver também regulamentado a adoção de criança e de adolescente, invadindo a área do ECA. Segundo vários doutrinadores, o Código deveria apenas referir-se à adoção de maiores, deixando ao ECA a regulamentação de criança e adolescente. Isso evitaria problemas de conflitos de Leis.

DO PODER FAMILIAR

O novo Código substitui a denominação do pátrio poder para poder familiar, o que também já está provocando críticas. O poder familiar cabe em igualdade a ambos os pais.

DO DIREITO PATRIMONIAL - DO REGIME DE BENS

O Código vai permitir a alteração do regime de bens, após o casamento, como está no art. 1.639, § 2º.

Estabelece que a forma do regime a ser adotado será o termo, para o regime de comunhão parcial, e a escritura pública de pacto antenupcial para os demais regimes (art. 1.640 parágrafo único).

No regime da separação voluntária de bens, o cônjuge pode alienar bens imóveis seus, sem necessidade de autorização do outro cônjuge (art. 1.647).

No pacto antenupcial realizado por menor, terá de haver a autorização do representante legal do menor (art. 1.654).

O Código acabou com o regime dotal e trouxe como novidade o regime da participação final de aquestos, sendo que a doutrina já vem afirmando que esse regime terá o mesmo resultado do regime dotal, isto é, não será aplicado no Brasil.