ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO
SÁLVIO DE FIGUEIREDO
TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

DO DIREITO PESSOAL

ARTS. 1.511 A 1.590

VOLUME XVII

COORDENADOR
SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

EDITORA
FORENSE

COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

ABPDEA
Associação Brasileira para
a Proteção dos Direitos
Editoriais e Autorais
RESPEITE O AUTOR
NÃO FAÇA CÓPIA

ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO
SÁLVIO DE FIGUEIREDO
TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

Do Direito Pessoal

Volume XVII
(Arts. 1.511 a 1.590)

Coordenador
SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro
2005

3. O Direito de Família e o âmbito de sua disciplina

O Direito de Família se destina a regulamentar as relações formadas ou com repercussão na esfera da vida familiar.

A estrutura do Código Civil de 1916 reflete um tratamento jurídico do Direito de Família centrado no casamento. Mas também regulamenta as relações de parentesco, derivadas ou não do casamento, e institutos destinados à assistência de incapazes. Todos esses institutos são disciplinados em seus aspectos pessoais e patrimoniais.

O novo Código, afinado com a construção constitucional de 1988, destina o Título III ao tratamento da união estável e adota metodologia diversa, ao regulamentar, separadamente, os aspectos pessoais (Título I) e os patrimoniais (Título II).

O Direito de Família tem, basicamente, três setores de atuação :[55]

a) relações pessoais entre cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes, parentes fora da linha reta;

b) relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família;

c) relações assistenciais entre cônjuges, companheiros, filhos e pais, tutelado e tutor interditado e curador.

4. O Direito de Família e a codificação

No Brasil, como nos diversos países da *família romano-germânica*, por muito tempo, consagrou-se o *primado da lei*, considerando-se, conforme René David, "que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça,

55 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. 5, p. 25.

que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei. Esta tendência obteve um sucesso decisivo no século XIX, quando a quase totalidade dos Estados membros da família romano-germânica publicou os seus códigos e se muniu de constituições escritas. As disposições de direito escrito, provenientes do poder legislativo ou da administração, que os juristas vão tratar de interpretar e aplicar, para descobrir a solução justa que cada situação comporta, apresentam-se, nos países da família romano-germânica, como uma hierarquia".

Teve grande influência no Brasil, especialmente, a codificação civil francesa, que consagrou a norma escrita, inspirada nas idéias positivistas, que marcaram o século XIX.

Todo o processo brasileiro de independência, apoiado na desobediência ao direito português, não livrou os juristas pátrios, porém, do apego à tradição romanista, na criação de um Direito nacional, posto que os seus elaboradores fizeram ou fundaram seus estudos na realidade européia, centrada no positivismo e na re-elaboração da antiga tradição romana.

A influência da *Escola da Exegese*, compreendendo o Direito como sinônimo de Lei e resumida por Bonnecase (*je ne connait pas le Droit Civil, je n'enseigne que le Code de Napoléon*), traduzia, segundo Recaséns Siches, "o culto fetichista à razão pura de caráter matemático, em parte herdado já da Grécia antiga, havia regido tiranicamente toda a cultura moderna, inclusive o campo jurídico".

Como observou Bobbio, "a miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar".

A influência das teorias positivistas e a codificação ressaltaram, no Direito brasileiro, pelo menos dois aspectos fundamentais, bem sintetizados por Tepedino:

a) "o revigoramento da partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo – o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do Estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil";

b) "em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o direito".

Como conseqüência, sedimentou-se na cultura jurídica pátria a convicção de que, sem a expressa e específica previsão legal, abrangente de cada situação subjetiva, com a precisa indicação dos poderes do titular do direito, o ordenamento não é bom.

Nesse cenário, o Código Civil, para o direito privado, atinge um verdadeiro *status* constitucional. Em outros termos, como observado por Tepedino, com a insistência na separação do ordenamento jurídico em direito público e direito privado, apartados entre muros, "para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito".

Sob influência dessa concepção legalista, especialmente assentada nos dois últimos séculos, a *lei é a fonte principal do direito objetivo* (*ius est norma agendi*), como resultado da atividade legislativa. O *direito subjetivo*, traduzido pela *facultas agendi* (que se triparte nos elementos: *sujeito, objeto e relação jurídica*), chega a ser negado por Kelsen e Duguit, que apenas reconhecem a existência do direito objetivo.

Na esteira do individualismo consagrado pelo Código de Napoleão e incorporado pelas codificações do século XIX, inspirou-se o legislador brasileiro, ao redigir o Código de 1916. Principal fonte do direito privado, o Código Civil regula a atuação dos sujeitos de direito, especialmente no que toca à circulação de riquezas do contratante e do proprietário, mediante uma firme e clara disciplina balizadora dos negócios, com seguras *regras do jogo*.

No entanto, a industrialização crescente, a eclosão de movimentos sociais e das Grandes Guerras Mundiais, acertaram o direito privado europeu, reclamando uma intervenção estatal mais acentuada na economia.

Os reflexos no direito positivo brasileiro se fizeram sentir, de tal forma que, quase imediatamente após a promulgação do Código de 1916, o legislador teve que fazer uso de leis chamadas excepcionais ou extravagantes, que logo passaram a dissentir dos princípios dominantes do corpo codificado, mas ainda corroborando o *primado da lei*.

A disciplina codificada deixou de ter a exclusividade na regulamentação das relações patrimoniais privadas e a legislação extravagante começou a apresentar características de especialização, criando um direito especial, paralelo ao direito comum, contido no Código.

O Código foi, aos poucos, perdendo seu papel de "Constituição de direito privado" e os textos constitucionais, paulatinamente, começaram a definir princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao *codex* e ao império da vontade, tais como: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família etc.

Não se pode mais relegar a norma constitucional, vértice do sistema, a mero elemento de integração subsidiário, somente aplicável diante da ausência de norma ordinária específica e, mesmo assim, apenas depois de frustradas as tentativas do aplicador, das outras fontes, expressas no art. 4º da Lei de Introdução.

As transformações sociais e econômicas passaram a exigir do legislador uma abordagem mais ampla e fora dos limites do que até então se conhecia como *direito privado*.

A nova legislação, fora do Código Civil (antes conhecida como *especial* ou *extravagante*), mescla normas materiais e processuais, de direito administrativo e até penal. Surge a era dos estatutos ou microcódigos, como, *verbi gratia*, o EMC (Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62), o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90), o CDC (Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90) etc.

Mas não apenas na forma, como também no conteúdo, se verifica a mudança na estrutura das normas, com reflexo em todo o ordenamento jurídico, descodificando o direito privado e retirando-o de sua postura monolítica, caracterizando um sistema jurídico plúrimo, uma rede que se entrelaça, modificando, inclusive, a noção das chamadas *fontes do direito*.

A saturação do sistema codificado provoca o surgimento de novas fontes de ordenamento. E, apesar de se multiplicarem as críticas ao *novo* Código Civil, com especial ênfase ao tratamento do Direito de Família, esse novo ordenamento traz várias modificações que traduzem a evolução da sociedade brasileira, durante todo o século XX, abrindo caminho para a família do século XXI.

A perda da unicidade gerada pelo Código, de outro lado, não pode conduzir a uma fragmentação de todo o sistema jurídico, pois a coexistência de universos legislativos isolados pode promover soluções múltiplas e até antagônicas para bases fáticas semelhantes.

A *família* não recebe, seja na Constituição, nos Códigos civis e nas diversas leis especiais, nenhuma definição.

Não obstante, as diversas situações, a ter relevância jurídica, em razão de um vínculo com uma relação de natureza familiar, são de inegável relevo.

Ou seja, as questões que se podem reunir sob o título geral de *família* articulam tanto na esfera do direito privado, como também penetram na do direito público.

O Código Civil de 2002, assim como o anterior, não escapam e nem pretendem ser um *código familiar*, açambarcando todas as hipóteses de direito privado e público, alcançadas ou influenciadas por uma relação familiar.

O Direito de Família vem sofrendo inúmeras e sucessivas alterações através da chamada legislação especial. Incluir no Código a legislação especial, com textos, muitos deles, ainda recentes poderia ser desestabilizador, ou pelo menos inútil.

A crescente evolução social, associada à velocidade de circulação de informações, contudo, não pode ser recusada, sob pena de se criar um fosso entre a lei e as aspirações dos cidadãos.

O Direito Civil da Família, nesse quadro, é confrontado com, pelo menos, três tipos de evoluções (Françoise Dekewer-Défosser): *a*) a evolução social; *b*) a evolução científica; *c*) a evolução jurídica.

É o que se dá no Brasil atual, notadamente nas últimas décadas do século passado, quando, ao lado das modificações legislativas, com relevo para a Constituição de 1988, destacaram-se ainda as conquistas científicas (DNA, fecundação artificial de várias modalidades, pílulas antigravidez etc.) e uma profunda modificação nos costumes e hábitos da sociedade.[56]

Porquanto muito complexo o Direito de Família, a sua inserção em um Código Civil sempre será alvo de críticas pela ausência de tratamento de questões pontuais ou inovações jurisprudenciais inatendidas.

---

56 A respeito, *Direito de Família e do Menor, inovações e tendências*, 478 págs. Coletânea coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

Mas, na verdade, parece ter sido o objetivo da atual codificação traçar um conjunto de regras que possa sobreviver, adaptado e adaptando-se, fundado em dispositivos estáveis, certos e compreensíveis, mesmo porque regulamentar comportamentos privados, com precisão, é tarefa difícil.

5. O Código Civil de 2002

Othon Sidou, com sua precisão habitual, anotou:[57] "Com a promulgação, em 1804, do Código Civil francês, simplesmente e oficialmente Código Napoleão, abriu-se o século das codificações.

(...)

Na trilha do Código Napoleão, ou espelhados no monumento gaulês, foram editados, na Europa, os estatutos civis da Romênia, 1864; Itália, 1865; Portugal, 1867; Montenegro (então Principado), 1888; Espanha, 1889. Nos Estados Unidos, Louisiana, 1825; no Canadá, Quebec, 1866; na África, Egito, 1875. A esse rol incorporou-se o Japão, com seu Código Civil, de 1896. Em razão da independência dos Estados latino-americanos, surgiram os Códigos do Haiti, em 1825; Bolívia, 1851; Chile, 1851, da lavra de Andrés Bello; Peru, 1852; El Salvador, 1859; Venezuela, 1862; Equador, 1867; Uruguai, 1868; Argentina, 1869; da criação de Vélez Sarsfield; México (para o Distrito Federal), 1871; Guatemala, 1877; Honduras, 1880. No Panamá, até 1917, o Código da Colômbia, então Nova Granada.

(...)

O Código Civil pátrio pode ser considerado produto daquele século XIX.

(...)

57 *Sobre o novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, pp. 1 e segs.

O Império do Brasil, implantado no alvorecer do "século das codificações", fez incluir em sua Carta constitucional, 1824, incisiva recomendação para o preparo "quanto antes – ali está, no art. 173, item 8º – dos Códigos Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e eqüidade".

(...)

A tarefa reservada à legislação civil, a outra da recomendação constitucional, foi a mais demorada, dificultosa e tumultuária, ao ponto de minar o físico e a mente de Teixeira de Freitas, à época seu natural artífice, levando-o ao túmulo, em Niterói.

Enquanto isso, permanecíamos atados à legislação reinol. De fato, ao ser promulgada a Constituição republicana, em 1891, ainda estavam em vigor no Brasil 210 títulos, com seus respectivos parágrafos (artigos) dos Livros I a IV das Ordenações, há exatos cinqüenta anos desaparecidas de sua matriz européia.

Várias foram as tentativas de preparar o direito civil codificado, e não poucos os pretendentes à honrosa e, ao tempo, remunerada missão...

(...)

Em 1899, o presidente Campos Salles, por sugestão de seu ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, escolheu Clóvis Beviláqua, professor da Faculdade de Direito do Recife, para elaborar o Código Civil, incumbência cumprida no mesmo ano pelo jurista cearense.

Não vem a pelo, nesta sinopse histórica, ademais por ser sobejamente conhecida dos que lêem o direito, repassar a turbulenta tramitação legislativa do Projeto, iniciada pela dura polêmica entre Rui Barbosa, que o atacou com mais de quinhentas emendas de redação, e Carneiro Ribeiro, que tomou as dores pelo Projeto saído da Câmara dos Deputados, e que deu lugar à *Réplica* do senador e à *Tréplica* do professor, dois repositórios em prol da casticidade do idioma nacional; nem detença haver nas idas e vindas do

Projeto, emendado no Senado e remendado na Câmara e vice-versa, onde se polarizaram as correntes reformistas, à luz de um direito novo, e tradicionalista, reverente ao *pacta sunt servanda* do Código francês.

O certo é que, em 1916, foi promulgado o primeiro Código Civil brasileiro, sem favor obra do mais elevado mérito, apesar do tradicionalismo dominante, o que levou Pontes de Miranda a conceituá-lo como penúltimo do século XIX, numa alusão temporal ao BGB alemão, de 1896, o último, e numa crítica irônica a que, em sua feitura, os elaboradores brasileiros não o leram. Com efeito, em mais de mil e oitocentas fontes, a contribuição doméstica (direito anterior, inclusive romano) compôs 60% do Código Civil de 1916, sendo de pouco mais de 30% a influência direta do Código francês e dos corpos de leis que nele se subsidiaram, e de menos de 10% a participação germânica.

Quase como confirmando a tese segundo a qual "a era das codificações passou", poucos estatutos da espécie surgiram no século XX. Sem falar no Código Civil suíço, de 1907, e no do Panamá, já citado, e nas grandes reformas operadas em quase todos eles, sobretudo nos da Argentina, Chile e Peru, são códigos propriamente ditos do século recém-passado os da Itália, de 1942; Grécia, 1946; Etiópia, 1960; e Portugal, 1967.

Coube ao efêmero governo Jânio Quadros, em 1961, a iniciativa de elaborar novo Código Civil, tarefa encomendada ao Prof. Orlando Gomes; retomada no governo seguinte, já então imbuído do propósito de preparar, em caráter distinto, um Código das Obrigações, ao modo suíço, e preconizado por Freitas, missão confiada ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. De ambos, resultaram dois projetos de inestimável valor jurídico.

O advento da ditadura militar de 1964 paralisou toda gestão sobre a matéria, reiniciada em 1969, quando foi constituída "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil", composta de poucos eminentes juristas, sob a

supervisão do Prof. Miguel Reale. Dela resultou o Anteprojeto publicado em 1974, conservando num só corpo todo o direito privado, e que foi convertido no Projeto pelo Governo remetido à Câmara dos Deputados no ano seguinte.

Apesar de quase num decênio, essa Casa do Congresso somente ultimou sua missão em 1984, mesmo assim, "aprovando de supetão" (palavras de Orlando Gomes) o Projeto nº 634/75, remetido ao Senado.

Igual letargia a matéria sofreu na Câmara Alta, e a todos parecia idéia morta. Com efeito, aos instalar-se nova Legislatura, em 1991, o Projeto, agora de nº 118/84 do Senado, estava arquivado. Mas, com a formação de uma Comissão Especial, tomou alento, sobretudo devido ao denodo e perseverança, quase obstinação, do relator geral designado, o senador Josaphat Marinho.

Em 1997, já expungido dos deslizes técnicos e dos tropeços gramaticais resultantes da primitiva fase congressual, o Projeto retornou à Câmara de origem, que o aprovou sem mais emendas.

Uma última demão faltava para o buscado burilamento da obra, a redação final, e desta vez o artífice foi o deputado Ricardo Fiúza.

Finalmente, em 10 de janeiro de 2002, a Lei nº 10.406 instituiu o Código Civil, depois de uma trajetória legislativa de 27 anos, a mais longa da espécie, tendo suplantado de muito os quinze anos de gestação do Código Comercial, de 1850, e do similar civil, de 1916".

Após morosa tramitação, mais de um quarto de século, foi sancionado o novo Código Civil brasileiro, que terá importantes reflexos na ordem jurídica nacional e em nossa sociedade. A metáfora segundo a qual "o Código Civil de um povo é a Constituição do homem comum", se não rigorosamente exata, espelha com fidelidade a sua importância no contexto de uma sociedade.

Editado nos albores de um novo milênio, quando tantas são as mudanças na realidade social e os avanços da ciência e da tecnologia, envelhecido

em diversos aspectos como resultado de sua longa hibernação no Legislativo, não se pode deixar de creditar-lhe, todavia, muitos e louváveis méritos.

Autor da teoria tridimensional do direito, segundo a qual no fenômeno jurídico há três elementos que coexistem numa unidade concreta e atuam como elos de um processo, a saber, o fato, o valor e a norma, o Prof. Miguel Reale é internacionalmente considerado um dos maiores jurisfilósofos do mundo contemporâneo.

Dotado de sólida cultura jurídica, filosófica e humanista, além de espantosa lucidez em seus mais de 90 anos de idade, impressiona ainda pelo ardor com que defende suas idéias, a exemplo do que aconteceu em relação ao projeto do novo Código Civil, convertido em lei, do qual foi seu arquiteto maior.

Pode-se criticar, aqui e acolá, o novo texto e o tratamento dado a alguns dos institutos jurídicos que abriga. Não se nega que contém ele, como acentuam ilustres civilistas, algumas deficiências – e que lei não as tem após submeter-se ao crivo de um Legislativo numeroso e multifário –, sobretudo quando se recorda, no caso, da morosidade do projeto em sua tramitação no Congresso? Deficiências, diga-se de passagem, facilmente sanáveis, ao lado de alterações que se imporão até mesmo em razão de eventuais mudanças na visão política e ideológica no comando da sociedade. E para isso há instrumentos sabidamente eficientes, rápidos e eficazes à disposição.

Por outro lado, não se há também de negar que muito mais numerosas são as suas qualidades.

Entre os pontos a merecer aplausos está o esforço concentrado desenvolvido pelo Parlamento em sua última etapa, com a inestimável contribuição da doutrina, embora de lamentar-se que não se tenha concretizado a intenção externada de aproveitar-se o tempo da *vacatio legis* para introduzir no texto aprovado e sancionado, por meio de emendas

retificativas, a exemplo do que ocorreu com o CPC de 1973, modificações de aprimoramento.

Outra virtude da nova lei, além de unificar o nosso Direito das Obrigações, afastando inclusive a idéia de codificar-se separadamente esse campo do Direito Privado, foi buscar compatibilizar o novo texto com a fragmentária legislação surgida no interregno que vai de 1964, data da apresentação do "anteprojeto Orlando Gomes", até a sua aprovação em 2001, sendo de salientar-se, neste quadro, a edição de leis do porte do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tentativa de disciplinar o instituto da união estável e, principalmente, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que revolucionou o nosso Direito, além do advento da Constituição de 1988, que deu ao nosso país um novo e avançado Direito de Família.

A par dessa compatibilização, não se pode negar que o legislador brasileiro procurou também incorporar ao nosso *ius positum* as conquistas já alcançadas pela doutrina de ponta e pela jurisprudência de vanguarda e melhor quilate, a exemplo dos avanços na área das relações familiares, da acolhida à teoria da desconsideração da personalidade jurídica e da "purificação ética dos contratos", com nítida e oxigenadora preocupação com o interesse social e a boa-fé.

Além de preservar grande parte da lei anterior, dar nova estrutura ao sistema, unificar o direito das obrigações e corajosamente adotar "cláusulas abertas", vê-se que o texto de 2002, partindo da premissa de que os códigos não devem ocupar-se de temas ainda não suficientemente amadurecidos no debate social, a exemplo do que se dá com a clonagem e as uniões homossexuais, por opção dos seus formuladores buscou somente inserir matérias "já consolidadas ou com elevado grau de relevância crítica, dotadas de plausível certeza e segurança".

O que merece relevo maior, no entanto, é a percepção das grandes virtudes da nova lei em suas diretrizes fundamentais, que não só deram ao nosso sistema jurídico privado um perfil mais atualizado, como também se preocuparam com princípios e valores, tais como a ética, a lealdade, a boa-fé, o equilíbrio contratual, a razoabilidade, a concretude, a prevalência do interesse social sobre o individual, a justiça e a eqüidade na solução do conflito.

O Código de 2002 certamente receberá alterações que poderão aprimorá-lo em diversos pontos. O que se espera, no entanto, é que as críticas, por vezes sem a necessária maturação, não venham a desfigurar, por açodamento, uma lei que representa um notável e revolucionário avanço como paradigma cultural, especialmente sob os prismas filosófico e metodológico, a enriquecer sobremaneira o direito brasileiro.

O Código aprovado em 1916, e em vigência desde 1917 (para não se falar no Código Comercial de 1850), individualista na essência, socialmente conservador e economicamente liberal, já não respondia às necessidades de uma sociedade complexa, dinâmica e em constante mutação evolutiva, não refletindo os anseios por uma nova disciplina jurídica.

É neste contexto que surge o novo Código, fruto dos estudos de uma Comissão Revisora criada em 1969 e presidida pelo citado jusfilósofo, que adotou como diretrizes de trabalho:

a) a preservar, sempre que possível, o Código de 1916;

b) não se limitar à mera revisão deste;

c) aproveitar os trabalhos até então elaborados;

d) unificar o Direito das Obrigações e não o Direito Privado;

e) dar nova estrutura ao Código;

f) somente inserir no Código matérias já consolidadas ou com elevado grau de relevância crítica, dotadas de plausível certeza e segurança, deixando

à legislação especial a regulação de questões novas, ainda não suficientemente sedimentadas;

g) priorizar princípios essenciais e valores fundamentais da pessoa humana.

Três princípios foram confessadamente adotados pela Comissão de 1969: da socialidade, da operalidade e da eticidade.

Pelo primeiro, busca-se fazer prevalecer os valores sociais e coletivos sobre os individuais, dando à nova codificação um perfil bem diferente do anterior, moldado para uma sociedade então predominantemente rural.

Pelo segundo, procura-se dar exeqüibilidade, realização, efetividade enfim às normas civis materiais, afastando o culto à forma e ao academicismo, ao fundamento de que não se deve tornar complexo o que deve ser simples e objetivo. Neste sentido, para exemplificar, o tratamento dado à distinção entre prescrição e decadência, elencados os casos daquela na parte geral e acopladas as normas da segunda aos respectivos preceitos.

Pelo princípio da eticidade, por seu turno, o novo Código dá especial ênfase a valores aos quais o Código de 1916 não deu relevo. O novo Código prioriza os valores da pessoa humana sobre o normativismo técnico-jurídico, valorizando a boa-fé, a eqüidade, a justa causa e outros critérios, ampliando a atuação do julgador, conferindo-lhe maior poder para realizar, no caso concreto, a solução mais justa e eqüitativa. Cuida-se aí, sem dúvida, do ponto mais alto do novo estatuto civil.

Em síntese, além de um sem-número de inovações, muitas das quais de grande relevo para a ciência jurídica e para a sociedade brasileira dos nossos dias, e sem embargo das deficiências que o texto contém, e que todos esperamos sejam corrigidas legislativamente, antes mesmo da modelagem doutrinária-jurisprudencial, de que o tempo se encarregará, certo é que estamos a ingressar em uma nova etapa do direito privado brasileiro, com

novas regras e a correção de muitas carências acumuladas ao longo do tempo, com a renovação de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana.

Nesta moldura, na qual florescerá certamente uma nova e fecunda literatura jurídica, ao lado de teses e estudos de variada ordem, renasce a própria crença no Direito como instrumento de aperfeiçoamento da convivência social.

6. As principais alterações do Código Civil de 2002, excetuado o Direito de Família

A par das suas principais virtudes, representadas sobretudo pela confessada preocupação com os princípios básicos (sociabilidade, operabilidade e eticidade) e com os valores fundamentais do ser humano, e das diretrizes adotadas em sua elaboração, igualmente já mencionadas, há um sem-número de modificações de realce introduzidas na estrutura e no conteúdo da nossa legislação codificada.

Quanto à "estrutura", vê-se de início que o Código de 2002, a exemplo do texto anterior, está dividido em duas partes, uma *Geral* e uma *Especial*.

A Geral está subdividida em três "Livros", a saber, um relativo às pessoas, outro relativo às coisas e um terceiro corresponde aos fatos jurídicos, a abranger os negócios jurídicos, os atos jurídicos lícitos e ilícitos, prescrição, decadência e prova.

A Parte Especial, tomando por modelo o Código Civil alemão, começa pelo *Direito das Obrigações* (Livro I), introduz no Livro II o *Direito de Empresa*, nele incluindo o direito societário, enquanto o Livro III se ocupa do *Direito das Coisas*.

No Livro IV, disciplina o Direito de Família, dividindo-o em direito pessoal e direito patrimonial, deixando ao Livro V a regência do Direito das Sucessões.

Por fim, destina um "Livro Complementar" às "disposições finais e transitórias", com 19 (dezenove) artigos, diversamente do Código de 1916, que dispunha somente do artigo 1.807.

Em relação ao conteúdo, e tomando por base a disposição dos artigos, há a considerar muitas modificações, como se passa a destacar.

No tocante ao Livro I da *Parte Geral*, introduziu-se um capítulo (II) dedicado aos direitos de personalidade, como conseqüência da importância deles na sociedade atual. E reduziu-se o teto da menoridade civil de 21(vinte e um) para 18(dezoito) anos(art. 5º), na linha de uma tendência mundial em nossos dias. Com isso, a emancipação dos filhos pode ocorrer quando estes alcançarem 16 (dezesseis) anos.

De outro lado, não se fala mais em loucos de todo gênero e em surdos-mudos, eliminando-se a referência ao ausente, disciplinando-se as causas transitórias que impedem exprimir-se a vontade do agente.

Acolhendo, também, orientação da doutrina e da jurisprudência, o novo Código distingue as figuras da "associação" e da "sociedade", acentuando não poder aquela ter finalidade patrimonial, situando as "sociedades" no Livro que trata do direito de empresas, salvo as "sociedades anônimas", que permanecem regidas por lei especial.

Ainda na *Parte Geral*, além de melhor disciplinar os negócios jurídicos e os atos jurídicos lícitos e ilícitos, especialmente envolvendo terceiros, o Código de 2002 adotou distinção prática em relação à decadência e à prescrição, considerando que esta última fulmina tão-só a pretensão, não a ação.

Por essa sistemática, bem mais simples e objetiva, os prazos prescricionais, todos eles estão previstos no art. 206, nenhum superior a 10

(dez) anos (art. 205), enquanto os decadenciais estão espalhados pelo Código, geralmente em parágrafos únicos, nos arts. entre outros 25, 37, 39, 45, 48, 65, 119, 178, 179, 195, 198 (I), 207, 211, 446, 501, 505, 516, 554, 559, 745, 1.242, 1649, 1822, 1.859, 1.909, 1.958, 1965, 2.027.[58]

Distinguiu-se igualmente que a conceituação e a admissão da prova é matéria do Código Civil, de direito privado, cabendo ao processo civil apenas os meios de produção de prova em juízo.

Na *Parte Especial*, começando pelo *Direito das Obrigações*, além da inclusão de novas figuras contratuais, o Código de 2002 representa um inegável e substancial avanço, indo além da própria Constituição, que somente falava na função social da propriedade.

Diversamente do Código de 1916, de índole excessivamente individualista, dá o novo diploma prevalência ao social (art. 421), acolhe os princípios da probidade e da boa-fé objetiva, cláusula geral fundada em deveres e valores como a lealdade, independentemente dos termos celebrados ou do silêncio destes, insurgindo-se, *verbi gratia*, contra a concorrência desleal.

Ocupa-se o novo Código, igualmente, da revisibilidade dos pactos e anulação e resolução dos contratos por "lesão enorme" (art. 157), "estado de perigo" (art. 156), e onerosidade excessiva (arts. 478/480), autorizando, também fora do campo consumerista (arts. 423/424), o desfazimento do negócio quando uma das partes fica em manifesta desigualdade por motivos imprevisíveis ou extraordinários; a interpretação mais favorável ao aderente em havendo cláusulas ambíguas, na linha, aliás, adotada no Código de Defesa do Consumidor, repudia o enriquecimento sem causa e cuida da responsabilidade objetiva decorrente de lei ou do risco, estendendo-a aos entes

58 SIDOU, J. M. Othon. *Op. cit.*, p. 9.

privados quando no exercício de atividade pública, autorizando o juiz, de outro lado, a valer-se da eqüidade, da probidade, retidão etc., para realizar o justo substancial.

Estabelece mais (art. 169) que "o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo" e (art. 187) que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", adotando as chamadas "cláusulas abertas", gerais, conclamando o julgador, *ultima ratio*, a ver as peculiaridades do caso concreto e a exercitar a interpretação criadora.

O *Direito das Obrigações*, com tantas e corajosas normas de cunho axiológico, representa, induvidosamente, um dos pontos altos na sistemática do novo Código.

O *Direito das Coisas*, disciplinado no Livro III, segue, como regra, a linha já recomendada em nossos ordenamentos constitucionais, que vinham enfatizando, no direito de propriedade, a exemplo do previsto no concernente aos contratos, a prevalência da função social, ampliando-a em variados ângulos, quer no alargamento em proteção ao meio ambiente, na preservação de uma boa qualidade de vida, um dos direitos fundamentais de última geração, quer em relação à justa e pronta indenização nas indenizações pelo poder público, quer na desapropriação de terras invadidas, quer na possibilidade do confisco de imóveis improdutivos, abandonados ou sem pagamento dos respectivos tributos, urbanos ou rurais, quer na mudança das regras da usucapião, urbano e rural, reduzindo prazos e adequando-se as leis de regência aos comandos constitucionais, explicitando, ainda, a inclusão dos compromissos de compra e venda entre os direitos reais.

Em relação ao *Direito das Sucessões*, disciplinado no Livro V da Parte Especial, houve uma mudança substancial no tocante ao cônjuge, agora in-

cluído entre os herdeiros necessários (art. 1.845), ao lado de descendentes e ascendentes, merecendo ainda destaque as alterações havidas em relação aos testamentos, seus requisitos, modalidades (adoção do aeronáutico) e conteúdo, notadamente na necessidade de justificação quanto a eventuais cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima (art. 1.848 – v. tb. art. 1.911).

Outras inovações dignas de realce, fora do Direito de Família, dizem respeito à responsabilidade solidária também dos administradores não-sócios causados à sociedade (art. 1.016), as sanções pecuniárias ao condômino anti-social e não cumpridor de suas obrigações, assim como a presunção de autenticidade de documentos, a dispensar autenticação prévia.

Finalmente, e a título de curiosidade, é de registrar-se que o novo Código, diversamente do verificado com o Código de Processo Civil de 1973, não veda o uso de consagradas expressões latinas, como *caput*, *ad hoc*, *ad corpus*.

7. As principais modificações no Direito de Família

O *Direito de Família*, considerado o mais público dos ramos do direito privado, tem sido alvo, no Brasil, nas últimas décadas, de profundas e substanciais alterações, decorrentes de três fatores:

a) as alterações no comportamento e nos costumes da sociedade, a exemplo do que ocorre no plano mundial, sobretudo pela liberação sexual feminina, com suas causas e conseqüências;

b) os avanços da ciência, de que são exemplos a descoberta do DNA, o surgimento da pílula anticoncepcional e a fecundação por métodos não-convencionais;

c) as mudanças legislativas, com repercussão no próprio texto constitucional.

Esses fatores, se já relevantes separadamente, juntos vieram causar uma profunda revolução em nosso *Direito de Família*.

Poder-se-ia mesmo dizer que os dois primeiros fenômenos vieram ensejar o terceiro, mas o mais certo é dizer que todos eles concorreram de forma decisiva para o cenário hoje existente.

O ponto culminante dessas modificações, no entanto, foi a mudança de rumos e critérios adotada pela Constituição de 1988, que adotou como norte os princípios da igualdade entre os cônjuges e da igualdade dos filhos.

E desses dois princípios, ou impulsionados e influenciados por eles, advieram numerosas outras modificações no plano legislativo, muitas das quais no bojo do Código Civil de 2002.

Em relação ao *casamento*, *verbi gratia*, destacada a comunhão plena de vida como objetivo, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges sempre no interesse do casal e dos filhos (arts 1.511 e 1.567) e a sua natureza civil (art. 1.511), explicitou-se:

1. que gratuita é a sua celebração, não sendo devidas custas e emolumentos pela habilitação, registro e primeira certidão para as pessoas que se declararem pobres (art. 1.512);

2. que vedada é a interferência de terceiros (art. 1.513);

3. que a idade núbil passou a ser 16 (dezesseis) anos para o homem e a mulher, exigindo-se a autorização dos pais ou representantes legais até a maioridade civil (art. 1.517);

4. que os "impedimentos" são reduzidos a sete hipóteses, eliminada a decorrente de adultério (art. 1.521);

5. que quatro são as hipóteses de "causas suspensivas", antes chamadas de "impedimentos impedientes" (art. 1.523);

6. que o casamento por procuração exige instrumento público (art. 1.542);

7. que há prazo (180 dias) para registro de casamento de brasileiro celebrado no estrangeiro (art. 1.544);

8. que o casamento religioso, agora disciplinado no Código (arts. 1.515/ 1.516), deve ser registrado para que tenha efeitos civis, em noventa dias;

9. que o marido também poderá acrescentar aos seus os nomes de família da mulher (art. 1.565);

10. que o prazo mínimo para a separação judicial por mútuo consentimento (art. 1.574) fica reduzido a um ano;

11. que a prévia partilha de bens não é requisito para a concessão do divórcio (art. 1.581), embora a causa suspensiva do art. 1.523, II, que apenas gera sanções;

12. que o regime de bens poderá ser alterado durante o casamento nas condições previstas no § 2º do art. 1.639, mediante pedido motivado e autorização judicial, ressalvados os direitos de terceiros;

13. que, salvo no regime da separação absoluta, se dispensa a outorga conjugal nas hipóteses do art. 1.647, que elenca, entre outras, a prestação de aval;

14. que o inciso V do art. 1.641 admite a legalidade de doações e transferência de bens a concubino(a) quando adquiridos pelo esforço comum;

15. previsto um novo regime de bens, o de participação final nos aqüestos (arts. 1.672 a 1.686), suprimido o regime dotal;

16. que, se o cônjuge declarado culpado necessitar, fará jus a alimentos nos termos do disposto no parágrafo único do art. 1.704;

17. que não há mais vedação de o adúltero casar com o co-réu, mas o tio não pode mais casar com a sobrinha (art. 1.521 – IV);

18. que a habilitação para o casamento passa a exigir homologação da autoridade competente (art. 1.526);

19. que o defloramento da mulher anterior ao casamento não é mais causa de sua anulação (art. 1.557);

20. que, para a caracterização do erro essencial sobre um dos cônjuges, não mais se exige seja inafiançável o crime por ele cometido antes do casamento, ignorado pelo outro cônjuge (art.1.557, II);

21. a separação das hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557;

22. a proteção ao terceiro de boa-fé na nulidade do casamento (art. 1.563);

23. a eliminação da figura do bem reservado da mulher, introduzida no Estatuto da Mulher Casada;

24. a dissolução do casamento por morte presumida do ausente (art. 1.571, § 1º);

25. redução do prazo para dois anos para a separação judicial por doença mental (art. 1.572, § 2º);

26. que o prazo de um ano para ser requerida a conversão em divórcio da separação judicial será contado do trânsito em julgado da separação ou da decisão concessiva da cautelar de separação de corpos (art. 1.580).

Quanto à *união estável*, vem contemplada expressamente no Código como uma das modalidades de entidade familiar, nos arts. 1.723 a 1.727, afirmando o último desses dispositivos a sua distinção com o concubinato, qualificado como "relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar".

A união estável não se constitui se ocorrente um ou mais dos impedimentos previstos no art. 1.521 quanto ao casamento, salvo na hipótese em que a pessoa, embora casada, estiver separada de fato ou judicialmente (art. 1.723, § 1º).

Aplica-se, no campo patrimonial, por força do art. 1.725, e salvo contrato entre os companheiros, o regime da comunhão parcial de bens.

Quanto às relações de *parentesco*, há também inovações a considerar, tais como:

1. o parentesco na linha colateral foi limitado ao quarto grau (art. 1.592);

2. o parentesco por afinidade decorre do casamento e da união estável; limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro, não se extinguindo na linha reta com a dissolução dessas entidades familiares (art. 1.595);

3. a fecundação artificial, nas hipóteses previstas, dá ensejo à presunção de que os filhos foram concebidos na constância do casamento (art. 1.597);

4. a prova da impotência *generandi* ilide a presunção de paternidade (art. 1.599);

5. a ação negatória de paternidade é imprescritível, diz o art. 1.601, dirimindo antiga e acesa divergência doutrinária e jurisprudencial;

6. a ampliação das formas de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, já previstas pela Lei nº 8.560/92, foi incorporada ao Código (art. 1.609);

7. só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar (art. 1.618);

8. a adoção depende da concordância do adotando maior de doze anos (art. 1.621);

9. o pátrio poder no novo Código passou a chamar-se poder familiar (arts. 1.630 a 1.638);

10. o art. 1.614 reproduz a regra do art. 362 do Código anterior, afastando a mudança introduzida em 1992 pelo art. 4º da Lei nº 8.560;

11. o Código de 2002 torna necessário o processo judicial à concessão da adoção (art. 1.623);

12. a recusa à perícia ou exame médico ordenado judicialmente poderá ensejar presunção desfavorável (arts. 321/322);

13. permite-se a revogação do consentimento até a publicação da sentença de adoção (art. 1.621, § 2º);

14. não mais se permite a sucessão do adotado em relação ao pai biológico;

15. o art. 1.700 do novo Código acolheu a tese da transmissibilidade aos herdeiros do devedor do dever de prestar alimentos, na linha do art. 23 da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), pondo termo à acesa polêmica se esse artigo teria ou não revogado o art. 402 do Código anterior, de 1916;

16. no tocante à tutela e curatela, de relevo a anotar apenas a não previsão de os avós nomearem tutor (art. 1.729), de hipoteca legal (art. 1.745) e de praça para alienação de imóvel de tutelado ou curatelado (arts. 1.750 e 1.774), além da necessidade de ouvir o tutelado quando contar pelo menos doze anos de idade.

8. Conclusão

O casamento, como modelo familiar preferido, atravessou os séculos sendo objeto de tratamento pelo ordenamento jurídico. A evolução social impôs sucessivas modificações na sua regulamentação. Paralelamente, as uniões informais, como fenômeno social, sempre estiveram presentes, a reclamar tratamento jurídico e amparo.

Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico deva tutelar, igualmente, todas as formas de organização familiar, como meio de proteção à própria sociedade, não haveria qualquer surpresa ou dissenso quanto à regulamentação da união estável.

Mas o receio de que a proteção às uniões informais representasse uma ameaça ao casamento e à família legítima retardou o que seria um processo natural – *ex facto ius oritur.*

Esta, porém, não é justificativa suficiente. Nem a única.

As peculiaridades da formação da família brasileira não podem ser desconsideradas. Nossa sociedade foi fundada no patriarcalismo, na concentração de poder e terras, na submissão aos padrões e imposições da Corte. A política familiar baseava-se no controle racial, a fim de impor uma identidade com os padrões lusitanos, o que se fazia estimulando-se os casamentos, fiscalizados pela Igreja, repudiando-se as uniões "impuras", que poderiam fugir a tal controle. A indissolubilidade do casamento, a autoridade marital e o repúdio às uniões informais eram mantidas e impostas, à revelia dos fatos e necessidades sociais.

A falta de proteção à união estável era apenas uma das expressões da desigualdade e da falta de liberdade na nossa sociedade.

A liberdade de escolha de um modelo familiar, e a certeza de que ele será juridicamente tutelado, é uma condição primária de cidadania em um Estado democrático. De outro lado, não há liberdade sem igualdade e, menos ainda, felicidade. Conforme Aristóteles, o melhor governo será aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de ser feliz, e acrescenta: "Entre semelhantes, a honestidade e a justiça consistem em que cada um tenha a sua vez. Apenas isto conserva a igualdade. A desigualdade entre iguais e as distinções entre os semelhantes são contra a natureza e, por conseguinte, contra a honestidade."[59] Enquanto o legislador dispensasse um tratamento díspar a homens e mulheres, de pouco valeria uma proteção às uniões extraconjugais.

---

59 ARISTÓTELES. *A Política* (trad. Roberto Leal Ferreira), São Paulo, Martins Fontes, 1991, p. 53.

Mas a Constituição de 1988 não apenas ampliou os modelos de organização familiar, incluindo as uniões estáveis e as chamadas famílias monoparentais, como também consagrou o princípio da isonomia entre homens e mulheres. A igualdade tem repercussões não somente pessoais, como também na esfera patrimonial das famílias, cujos modelos devem ser tratados sob uma paridade jurídica.

Mas não só os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade passaram a nortear a interpretação das relações familiares. Outros também importantes podem ser mencionados, como a dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

A proliferação de leis extravagantes e o crescente fenômeno de constitucionalização do Direito Civil se fizeram particularmente presentes no Direito de Família, diante de um vetusto Código Civil, exigindo dos seus operadores complexos esforços de interpretação.

Para Salomão Cateb, a nossa sociedade está assentada na busca da felicidade, pautada pela ética da liberdade da pessoa no aconchego familiar e "no respeito às convenções e aos valores próprios dos indivíduos tutelados pelos direitos humanos".[60]

O que importa ressaltar, prossegue o autor, "nesta aludida conexão entre ética e direito, é o fato de ser ela um modo revelador da moral codificada na consciência moderna e que contribui para dar força a todo o sistema de normas jurídicas".[61]

Assim demarcados os horizontes desse novo *Direito de Família* e as principais inovações postas no texto de 2002, passa-se, a seguir, a examinar e interpretar os dispositivos legais correspondentes aos arts. 1.511 a 1.590.

---

60 CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e Indignidade no Direito Sucessório Brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 7.

61 *Idem*, p. 8.