

DIREITO INTERTEMPORAL NO LIVRO DE FAMÍLIA (regime de bens e alimentos) E SUCESSÕES

Francisco José Cahali

O tema pertinente ao Conflito das Leis no Tempo tem ensejado aprofundado estudo na literatura jurídica nacional e estrangeira, nesta merecendo especial referência às obras de GABBA e ROUBIER. O assunto volta periodicamente à cena sempre que se processa alguma alteração substancial na legislação de um País, como agora, quando um código civil é substituído por outro, trazendo modificações expressivas nos diversos institutos antes já disciplinados.

Em linha de princípio, e segundo a tradição do nosso Direito, a nova lei visa disciplinar as relações futuras, devendo preservar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (LICC, art. 6o; CF, art. 5o. XXXVI). Esta preservação significa estabelecer, como regra, a irretroatividade na norma, salvo se expressamente prevista a incidência pretérita no próprio dispositivo legal.

Ou seja, tem prevalecido o princípio "tempus regit actum". Se a causa geradora do direito é anterior ao preceito, não se estende àquela os efeitos previstos neste.

Caso contrário, ocorreria uma "traição" da norma. No Direito Penal, ninguém pode ser punido por ato anterior à norma penal; no Direito Tributário, livra-se o contribuinte de pagar por fato gerador ocorrido antes se a lei posterior diz, somente agora, que ele será obrigado a recolher pelo ato praticado; enfim, a causa da incidência da norma (hipótese) deve necessariamente ser posterior ao preceito (regra prevendo a repercussão jurídica para aquela causa).

Em contraposição, temos a aplicação imediata da lei aos fatos pendentes. Ou seja, a nova lei incide imediatamente aos "facta pendencia", preservando os "facta praeterita".

Significa dizer que a lei nova atua como uma flecha ao atingir as relações em curso, isto é, aquelas relações cujos efeitos ainda não se tenham produzido, ou não se tenham exaurido. Tem efeito imediato; mas são respeitados os efeitos já produzidos ou a situação já consumada. E este princípio de aplicação imediata da lei vale para as relações continuativas, para as normas de ordem pública e para aquelas relacionadas ao estado da pessoa.

Assim, o nosso sistema impede a retroatividade como regra, mas não obsta a aplicação imediata da norma à situação jurídica pendente (em curso), respeitado o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito; desta forma, os novos efeitos produzidos à relação pretérita, são direcionados pela legislação agora em vigor.

O casamento na maioria de seus efeitos, é constituído por normas de ordem pública, e as pessoas, quando se casam, devem saber que poderá haver esta modificação legislativa incidindo sobre o seu matrimônio.

Norma de ordem pública (ainda que de direito material privado), tem esta característica: aplica-se às relações que, mesmo nascidas na vigência da lei anterior, ainda não se aperfeiçoaram ou não se consumaram.

Por sua vez, normas que definem o estado da pessoa e seus efeitos, aplicam-se de imediato a todos que se acharem na nova condição, independentemente de ter sido criada a relação ao tempo da antiga lei; assim, podem surgir novos efeitos jurídicos atrelados ao estado da pessoa, em decorrência de modificação legislativa.

Por fim, as relações continuativas, sujeitam os seus partícipes ao comando contido na legislação superveniente, quanto aos efeitos por vir.

É expressivo o número de variáveis que o tema propõe. Neste estudo, vamos concentrar a análise na apresentação de algumas questões envolvendo este movimento das leis no tempo, cuja ocorrência sinaliza estar mais próxima da rotina do operador do Direito de Família e Sucessões.

Vejamos separadamente os tópicos selecionados:

I - QUANTO AO REGIME DE BENS:

Mudança do regime de bens

A primeira e mais tormentosa questão refere-se à inovação consistente na possibilidade, agora, da mudança do regime de bens, fazendo-se o confronto entre o § 2o do art. 1.639 e o 2.039 ambos do novo Código Civil.

E a discussão relativa ao direito intertemporal gravita em torno da possibilidade de as pessoas já

casadas quando da entrada em vigor do Código, exercerem este novo direito.

Embora possa parecer tratar-se de efeito dos regimes de bens, para os quais seriam aplicáveis as regras legais vigentes na data do casamento, a mutabilidade representa, em verdade, característica do regime matrimonial de bens no casamento, e não efeitos dos regimes; e nestas condições, como tal -- característica, se submete à regra geral - pois as novas leis incidem sobre o casamento em curso, como relação jurídica continuativa.

Assim deve ser entendida a ressalva do artigo 2.039, pois, a se concluir diferentemente, o novo Código seria aplicável, sem restrição, em todos os efeitos do casamento e não apenas naqueles afetos aos regimes de bens.

Aliás, no Código Civil de 1916, o princípio da imutabilidade do regime de bens era adequadamente regulado pelo art. 230, inserido no Título reservado aos efeitos jurídicos do casamento, e não no capítulo destinado à disciplina dos regimes de bens.

Nesta linha, temos convicção plena de que o benefício da mutabilidade do regime de bens se estende-se aos casais cujo matrimônio tenha ocorrido na vigência da legislação revogada.

Pode-se, também, defender esta possibilidade por ter a nova lei trazido vantagens ao casal (o pedido será sempre conjunto, no interesse de ambos), e, como tal, sendo benéfica, deve ser acolhida a sua extensão às pessoas já casadas, seguindo o princípio da benéfica amplianda; de outra forma, também não se compreende que as pessoas casadas, independente da época, sejam submetidas a um tratamento diferenciado.

Ainda, recusar a pretensão de acordo com a data do casamento, pode causar uma flagrante desigualdade entre os casais, indesejada pelo Direito.

Admitindo a possibilidade de modificação do regime para as pessoas casadas na vigência do Código anterior, já encontramos numerosos precedentes em primeiro grau, e recente até mesmo recente acórdão do TJRS . Porém, também temos encontrado decisões monocráticas indeferindo a pretensão, tanto em São Paulo como de outros Estados.

Outro argumento expressivo a ser considerado diz respeito à reconciliação dos separados judicialmente, que, seguindo a lei anterior (interpretação do art. 46 da Lei do Divórcio), teriam de restabelecer a sociedade conjugal no mesmo regime de bens; reconciliando-se agora, sob a égide do novo Código, não estariam sujeitos, em nosso entendimento, a essa limitação , e, por decorrência natural, restariam beneficiados com a opção de modificação do regime. Este contexto poderia gerar mais uma desigualdade de tratamento entre os casais, pois também aqui o matrimônio poderia ter sido no ordenamento anterior, mas, pela separação ocorrida, ainda que em um curto espaço, o seu restabelecimento beneficiaria os separados em detrimento dos que não dissolveram o vínculo.

A restrição do artigo 977 do NCC

Outro problema a ser enfrentado, diz respeito à restrição contida no artigo 977 do novo Código, quanto à proibição de sociedade entre cônjuges ou destes com terceiros, se casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória.

Por se tratar de uma restrição à qualidade de sócios, não à opção de regime de bens, quanto a este aspecto prevalecem as regras do Direito de Empresa, e assim, tem incidência o art. 2.031 do Código, impondo o prazo de 1 ano, a partir da vigência da Lei nova, para as sociedades e os empresários promoverem as adaptações pertinentes.

Vista a questão sob o ângulo do Direito Empresarial, recentemente (agosto de 2003) foi publicado Parecer da Coordenadora Jurídica do Departamento Nacional do Registro do Comércio entendendo que tal restrição não se aplica às empresas constituídas sob a égide da Lei anterior, por respeito ao direito adquirido ou situação definitivamente constituída.

Assim, o problema prático aparentemente estaria resolvido, na medida em que tais empresas teriam a preservação da validade de seus contratos amparada pelo DNRC.

Porém, no campo científico, vários são os estudos indicando a necessidade de adaptação da empresa às novas regras, mesmo na parte relativa à sua constituição, em virtude da continuidade das relações entre os sócios.

Daí, por exemplo, ter o Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo declinado, na mídia, ser contrário ao referido Parecer, entendendo ser necessária a adaptação das sociedades ao novo modelo legal. E, como inicialmente referido, nossa posição filia-se à corrente que sustenta a aplicação imediata da norma, exigindo, pois, no prazo legal, a reorganização societária ou alteração do regime de bens dos sócios .

Aplicação da Súmula 377:

Já nos posicionamos no sentido de que, ao deixar o novo Código de reproduzir a nefasta disposição que se continha no art. 259 do código revogado, a Súmula 377 do STF, originada na interpretação daquela previsão, deixará de ter aplicação.

Porém, no campo do Direito Intertemporal, haverá a eficácia residual do enunciado contido na referida Súmula.

Esse entendimento funda-se no fato de que a inclusão ou exclusão de bens na comunhão representa tipicamente efeito próprio de determinado regime patrimonial, no caso, de separação obrigatória.

Daí a incidência plena do art. 2.039 que manda aplicar aos casamentos anteriores o regime de bens na amplitude como era então tratado pelo ordenamento.

Aval.

Inova o legislador do Código de 2002 ao prever que, além da fiança, nenhum dos cônjuges pode prestar aval sem a autorização do outro (CC, art. 1.647, II, exceto no regime da separação de bens). A exigência representa um efeito jurídico do casamento: daí, teria aplicação imediata. O estado de casado gera esta restrição. E sendo consequência do estado da pessoa, submete-se à nova lei.

Esta inovação é extremamente prejudicial à atividade comercial, comprometendo em sua natureza e essência o título de crédito, e a comunidade jurídica não lhe tem poupado críticas, existindo, inclusive, projetos de lei para a sua reforma.

Torcemos, entretanto, para que na interpretação desta restrição, venha o Judiciário a prestigiar o terceiro de boa-fé, além de limitar o vício no ato jurídico à preservação da meação, fazendo subsistir a garantia do avalista signatário, na extensão de seus bens particulares ou proporção do acervo comum. Assim, a responsabilidade patrimonial do cônjuge signatário fica preservada, e a do outro é afastada em razão da ausência de autorização.

A aplicação imediata da nova lei, no que concerne à vênua conjugal para a prestação de aval, porém, deve ser entendida no sentido de impor o requisito de legitimação aos cônjuges, ainda que o casamento tivesse sido celebrado antes da vigência do novo Código Civil.

Porém, em outros termos, o aval, prestado anteriormente por qualquer dos cônjuges, remanesce válido, pelo menos sob esse aspecto.

Permite-se essa afirmação aplicando-se o princípio do tempus regit actus.

Uma situação similar que nos vem do direito anterior mostra-se esclarecedora e proveitosa. Imagine-se a hipótese de um homem solteiro que tivesse nessa condição, então prestado fiança em um contrato de locação. Se durante referido contrato, o fiador vem a contrair matrimônio, ninguém irá sustentar a invalidade da fiança em razão do não consentimento de sua atual mulher. No máximo, essa fiança (e agora o aval) prestada pelo marido quando ainda no estado de solteiro poderá ter reflexos no regime de bens dos cônjuges, de modo a não se comunicar ao cônjugueconsorte, a responsabilidade pela obrigação pelo outro antes assumida.

Dispensa de outorga uxória para venda de imóveis no regime da separação bens.

As restrições estabelecidas no artigo 1.647 do Código Civil para a prática pelo cônjuge, de determinados atos, tais como a alienação de bens imóveis, prestação de garantias, etc., (CC/1916, arts. 235 e 242), foram reduzidas pelo novel legislador, que delas excluiu os casamentos sob o regime da separação de bens.

Inovadora a previsão, questiona-se aqui a dispensa da autorização para as pessoas casadas sob a égide da lei revogada.

A mesma conclusão declinada acima para a exigência de autorização ao aval justifica o norte desta questão. A autorização do cônjuge para o exercício da capacidade civil é efeito jurídico do casamento, de caráter patrimonial e agora, relacionado ao regime de bens.

E nesta situação, o resultado é positivo; ou seja, quem se casou ao tempo da lei anterior, pelo regime da separação, agora estará dispensado da autorização para dispor de bens imóveis, bem como estará livre para prestar fiança, aval, etc.

Esse entendimento deve ser aplicado quer tivesse sido facultativo, quer tivesse sido obrigatório o regime de separação de bens do casal.

Regime patrimonial na união estável.

Inova o legislador, em seu art. 1.725, ao determinar que aplica-se aplica, no que couber, o regime de bens da comunhão parcial para as relações patrimoniais na união estável.

Diverge, pois, do sistema proposto pela lei 9.278/96, em seu art. 5o, pois aí se previa a presunção de condomínio, em partes iguais, sobre o patrimônio adquirido a título oneroso. E assim, na interpretação desta regra, restariam excluídos da participação do companheiro, os frutos de bens particulares e os bens adquiridos por fato eventual.

Quando da entrada em vigor da Lei de 1996, já nos posicionamos no sentido de que, para este efeito - repercussão patrimonial da união estável, deve ser observada a lei vigente na data da aquisição do patrimônio.

E na mesma linha, agora, se analisa o novo Código. Neste contexto, o momento do acréscimo patrimonial é que determina qual o regime jurídico a ser, quanto a ele, observado.

II - QUANTO AOS ALIMENTOS:

De um modo geral, a obrigação alimentar representa uma relação continuativa, e, como tal, se submete à regência da lei nova, ou seja, o novo Código Civil tem aplicação imediata às relações jurídicas em curso envolvendo a prestação de alimentos. Vejamos pontualmente as conseqüências desta afirmação.

Renúncia

Ao tratar em um único sub-título da obrigação alimentar decorrente do casamento, da união estável e do parentesco, o novo Código acabou por agitar a questão da renúncia aos alimentos na separação ou dissolução da convivência.

Campo fértil para discussões, acabamos por concluir que a irrenunciabilidade atinge o parentesco e a separação judicial. Porém, após o divórcio ou a dissolução da união estável, uma vez renunciada a pensão, restará definitivamente impedido o exercício da pretensão.

Renúncia é um ato jurídico exercido espontaneamente, e como tal, se consuma no momento em que for praticado.

Assim, realizado no regime anterior, sobre o império daquele ordenamento ocorrerá a produção de seus efeitos. Daí estará o renunciante impedido de exercer um direito que não mais se contém na sua esfera jurídica.

Em outras palavras, os efeitos irradiados pela renúncia, consistente em excluir do universo jurídico do renunciante aquele direito, se aperfeiçoa-se no momento da prática do ato.

A questão da culpa

Inova o legislador de 2002 ao prever obrigação alimentar mesmo em favor do cônjuge responsável pela separação, modificando substancialmente a regra contida no art. 19 da Lei do Divórcio.

Pergunta-se então: Se no passado os alimentos deixaram de ser fixados em razão da culpa de um dos cônjuges, haverá a possibilidade deste pretender, agora, a fixação da pensão com base no parágrafo único do art. 1.704?

Sim, a resposta afirmativa parece mais adequada. A situação jurídica é a seguinte: separado judicialmente e culpado; necessitando de alimentos, enquadra-se na moldura do permissivo legal, autorizando o exercício da pretensão.

E sempre me perguntaram: e a coisa julgada ? não deixa imune o inocente ?

O conteúdo da decisão acobertado pela imutabilidade é o reconhecimento da culpa, isentando, como conseqüência, o inocente de prestar alimentos. Porém, a dispensa, naquele momento, da obrigação alimentar não tem força para extinguir a obrigação propriamente dita.

A culpa declarada judicialmente continua imutável; não porém os efeitos dela irradiados, especialmente aqueles que se prolongam no tempo.

Mesmo, inatingível o reconhecimento da responsabilidade, a lei nova pode interferir nos seus efeitos futuros. Daí porque se manter o respeito à coisa julgada (culpa), independentemente de se modificar, agora pela nova lei, a sua repercussão.

Existia um impedimento à pretensão. Desaparecendo o impedimento, a pretensão pode ser exercida. Diferente de ter o cônjuge espontaneamente renunciado à pensão, pois aqui lhe foi imposta uma restrição ao direito.

Convém lembrar a previsão expressa do Código de que o separado judicialmente, mesmo tendo sido declarado culpado, pode reclamar a pensão, nas restritas condições da lei (parágrafo único do art. 1.704).

Ora, se o estado da pessoa é de separado judicialmente, e foi o ele considerado culpado, em razão de decisão transitada em julgado no passado, está preenchida a hipótese de incidência do preceito.

Não vale se divorciado o pretendente, pois com o divórcio, desaparece o vínculo conjugal, e a lei não prevê o exercício da pretensão pela pessoa neste estado civil, mas apenas pelo separado judicialmente.

Sob a ótica do cônjuge devedor a situação é delicada; antes inexistia a obrigação, e agora ela surge pela nova legislação? É possível? Sim, para após a vigência do Código.

Fazemos um paralelo com o direito tributário: antes o contribuinte podia ter um comportamento que não pagava imposto. A lei nova cria o tributo, aquele, pela mesma conduta, passa a ser obrigado a pagar o encargo. Ou, estava o sujeito isento do pagamento de um tributo; como as isenções tributárias são revogáveis, a nova lei pode resgatar, para o futuro, a respectiva incidência do encargo.

Por ser inocente (este foi o seu comportamento), o cônjuge estava dispensado de pagar a pensão. Continuando inocente, agora a lei lhe impõe a obrigação.

Mas reitere-se, o encargo alimentar só poderá ser imposto ao separado judicialmente, pois com o divórcio, rompe-se definitivamente o vínculo do casamento, e a lei se refere, em seu art. 1.704, apenas a este estado do credor (separado judicialmente e culpado; não diz divorciado). Questão mais simples sobre a incidência desta inovação no tempo, gravita em torno da destinação a ser dada aos processos em curso de separação judicial ou dissolução da união estável, por ocasião da entrada em vigor do novo Código, quando em discussão a responsabilidade pelo rompimento com a finalidade de eximir-se uma das partes da obrigação alimentar.

Admitindo, como é nossa opinião, a aplicação da nova lei até às decisões já transitadas em julgado a respeito da culpa, evidentemente é de se aceitar a incidência da inovadora norma aos processos pendentes.

Independente da utilização daqueles mesmos argumentos, também merece registro observar que, no contexto anterior, a dispensa do pagamento da pensão só ocorreria quando da sentença definitiva decretando a culpa; até então, os alimentos seriam devidos. Assim, como o sistema deixou de prever a punição pela responsabilidade na separação, se e quando esta vier a ser reconhecida, só servirá para reduzir a pensão aos alimentos destinados à subsistência (CC, art. 1.694, §2o).

Neste sentido, em todos os processos pendentes de julgamento em primeiro e segundo grau, deve, agora, ser analisada a repercussão da culpa com base no novo regramento.

E assim, ao réu apontado como responsável pela separação para efeito de exclusão da obrigação alimentar, caberá invocar o art. 303, I do CPC, para trazer ao objeto da lide o novo Código, cabendo ao Juiz, diante da inércia da parte, até mesmo conhecer de ofício da matéria (CPC, art. 462), deixando, por exemplo, de consignar, na sentença, a perda do direito aos alimentos, pois não mais prevista a punição.

Já no Tribunal, a matéria poderá ser levada por provocação de qualquer das partes e até conhecida de ofício com fundamento no mesmo artigo 462 acima referido.

O problema maior talvez seja restrito à ausência de prova a respeito da mensuração dos alimentos destinados à subsistência, em razão de ter ocorrido a instrução do processo direcionada à apuração da culpa e, se muito, à fixação dos alimentos de acordo com o padrão de vida das partes.

Neste contexto, a consequência inevitável da aplicação do direito superveniente será, para a finalidade exclusiva de apuração do quantum dos alimentos indispensáveis à sobrevivência (*necessarium vitae*), converter-se o julgamento em diligência, providência que pode ser adotada em primeiro grau (após o encerramento da audiência) ou em segundo grau; mas sempre condicionada a dilação probatória à existência do pedido de alimentos por aquele cônjuge em face de quem veio a ser reconhecida a responsabilidade pela separação, pois, de ofício não se estabelece a pensão alimentícia decorrente do casamento.

A questão da redução da maioridade de 21 para 18 anos

Por fato superveniente, o credor atinge a capacidade maioridade, e como tal, automaticamente passa a se submeter aos efeitos desta sua nova condição (é o resultado daquela idéia da flecha atingindo a situação jurídica pendente, para influenciar os seus efeitos futuros).

Assim, como regra, a maioridade para aqueles que tinham 19 anos e recebiam pensão, levará à extinção da obrigação. Porém, assim ocorrerá apenas na hipótese de ter sido fixado o termo final dos alimentos na maioridade.

A situação é similar à emancipação ou casamento. Também a circunstância superveniente faz desaparecer a obrigação.

Entretanto, convém ressaltar que, geralmente, a maioridade por si só não interfere na obrigação alimentar decorrente da paternidade.

Certo é que, aos filhos menores, a responsabilidade pelo sustento é inerente ao poder familiar, ensejando a presunção absoluta de incapacidade e necessidade dos credores. Mas a obrigação alimentar decorrente do parentesco persiste em razão do binômio necessidade-possibilidade, prorrogando-se o ônus paterno diante da incapacidade do filho mesmo após atingir a maioridade.

E assim, por construção pretoriana, já se estendia a obrigação alimentar até os 24 anos se estudante o filho. E a redução da maioridade para 18 anos em nada interfere nesta orientação.

Neste contexto, apenas naquelas situações em que, expressamente, houve a fixação da pensão até a maioridade, haverá repercussão a redução da capacidade civil introduzida pelo novel legislador, sem óbice ao filho, entretanto, exercer a pretensão alimentar através de ação própria, em razão do parentesco, agora demonstrando a necessidade, decorrente da sua incapacidade de prover o seu próprio sustento por circunstâncias fáticas a serem analisadas cautelosamente pelo Julgador.

Prescrição

Reduz, o novo Código, o prazo prescricional para haver prestações alimentares de 5 (cinco) para 2 (dois) anos, a partir da data em que se vencerem (CC, art. 206, § 2o). Diante do fato concreto, em cada prestação, isoladamente, deverá ser verificada a ocorrência da prescrição.

Este tema - contagem do prazo prescricional, é espinhoso em todo o nosso direito quando ocorre a modificação do prazo.

O primeiro problema consiste em verificar qual é o prazo a ser aplicado. O art. 2.028 estabelece: serão os da lei anterior, quando reduzidos, e se na entrada em vigor já transcorreu a metade do tempo.

Assim, reduzido o prazo prescricional e já ultrapassado o seu decurso em 50% ou mais até janeiro 2003, soluciona-se facilmente a questão: aplica-se o CC/1916 - prazo de 5 anos; passado menos da metade do período prescricional, ou seja, menos do que 2 anos e meio, é o prazo novo que será aplicado.

O segundo problema, e este muito mais complexo, gravita em torno da contagem do prazo, sempre no pressuposto de que não se passou 50% do período (caso contrário, será simplesmente aplicada a lei velha).

Existem diversas posições a respeito.

Uma delas, talvez mais justa, sugere a contagem proporcional do período; ou seja, se passados 40% do prazo sob a égide da lei anterior, faltará para o seu término 60% do prazo previsto na nova lei a partir da vigência do Código.

Outra, aponta ser correta a aplicação do novo prazo, contado normalmente a partir do vencimento; assim, pode acontecer de no exato instante de entrada em vigor do Código, em janeiro 2003, alguém ter a sua pretensão imediatamente prescrita pela nova lei, p.ex., prestação vencida em dezembro de 2000 (+ 2.a.). Esta solução simples invoca, inclusive, o largo período de vacância da lei, apto a permitir que a sociedade se adaptasse às novas regras.

A terceira posição, propõe a contagem do novo prazo sempre a partir da vigência da lei, desde que não ultrapassado o termo final da lei anterior. Assim, se consumará a prescrição de 2 anos a partir de janeiro de 2003, ou no prazo de 5 anos previsto na lei anterior - o que vencer antes, para não se ter por ampliado o prazo. Em outras palavras; aplica-se a nova lei a partir de sua vigência, ou a anterior se antes for seu termo.

Entendemos ser mais equânime a primeira posição

A segunda, se mostra-se extremamente técnica, especialmente ao se considerar o longo período de vacância da nova lei foi, aliado ao fato de ter previsão expressa nas disposições transitórias (art. 2.028) já preservando a eficácia residual do Código anterior se transcorrido mais da metade do prazo prescricional, indicando, assim, ter sido este o critério adotado pelo legislador para solucionar o movimento da lei no tempo; e, tecnicamente, o prazo prescricional deve sempre iniciar no exato instante do nascimento do direito à ação respectiva (actio nata); representado, no caso, pela data de vencimento da obrigação.

Porém, a se seguir orientação adotada em alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, amparada por abalizada doutrina, prevalecerá a terceira posição.

Fica, assim, decantada a questão para debate.

III - QUANTO AO DIREITO DAS SUCESSÕES:

Como regra básica, e esta é a tradição de nosso direito, a sucessão é regulada pela norma vigente no momento do falecimento da pessoa de cuja herança se tratar (NCC, arts. 1.787 e 2.041).

Porém, algumas questões pontuais despertam a atenção; vejamos:

Aceitação / renúncia da herança

O novo Código considera irrevogáveis tanto a aceitação, em qualquer de suas modalidades, como a renúncia à herança, sendo até então apenas ao repúdio inadmitida a retratação.

Aberta a sucessão, e aceita a herança no passado, poderá, agora o herdeiro renunciar ao seu quinhão ou legado, sob a égide do novo Código ?

Pode parecer que a renúncia tardia, por ser ato volitivo inter vivos, sofreria a incidência da novel restrição.

Porém, considerando seu efeito retrooperante, fazendo com que aquela quota volte a incorporar o acervo hereditário desde a abertura da sucessão (como se pré-morto fosse o renunciante), e ainda a previsão legal de ser a sucessão regulada pela lei vigente na data da abertura da sucessão, estamos inclinados a permitir ao herdeiro a retratação de sua aceitação na herança de pessoa falecida sob a égide da lei anterior.

Cessão de direitos hereditários

O legislador de 2002 traz novas regras a respeito da cessão de direitos hereditários, ao exigir, por exemplo, escritura pública, autorização judicial e a oferta aos co-herdeiros para o exercício do direito de preferência.

E aqui estamos nitidamente diante de um ato de disposição do herdeiro inter vivos. O direito hereditário, aberta a sucessão, incorpora ao patrimônio do sucessor, e, como tal, passa a ser possível a sua alienação. O objeto é a herança, mas a cessão não é de Direito Sucessório, mas sim de Direito Obrigacional (contratual), embora com restrições próprias pela natureza do bem negociado.

Daí ter a nova lei aplicação imediata, impondo o respeito às novas formalidades na cessão de direito hereditário realizada a partir de janeiro de 2003.

Sucessão testamentária - restrição das cláusulas - art. 2.042

O conteúdo jurídico das disposições testamentárias deve ser válido no momento da abertura da sucessão. Assim, os instrumentos antigos devem adaptar-se às novas previsões. Ou seja, não é a data do ato, mas da abertura da sucessão que define a regra a ser observada quando à licitude do conteúdo do testamento.

Por exemplo, se no passado o cônjuge não era herdeiro necessário e agora é, o testamento antes promovido por determinada pessoa casada, sem descendentes e ascendentes, direcionando a integralidade do seu patrimônio a terceiros, precisa ser revisto.

Uma das inovações do código, consiste em exigir "justa causa, declarada no testamento" para se impor as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima (NCC, art. 1.848).

Excepcionalmente, o novo Código Civil traz tratamento específico para estas restrições contidas

no art. 1.848.

Faremos pPrimeiro a leitura da regra; e a partir daí a sua interpretação.

Diz o artigo 2.042: "Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição".

Extremamente obscura a redação, o rendimento que se dá a este dispositivo é o seguinte:

As restrições do artigo 1.848 só serão aplicadas às sucessões abertas a partir de janeiro de 2004, ou seja, "no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código".

Assim, o código de 1916, permitindo a imposição de cláusulas à legítima, tem eficácia residual por mais um ano a partir da vigência da nova Lei, incidindo nas sucessões abertas neste período. Passado este ano, as cláusulas restritivas terão sua validade condicionada à celebração de novo testamento, ou aditamento àquele anterior, com o fim de declarar a justa causa respectiva.

IV - CONCLUSÃO:

Sem dúvida, está inaugurada a fase de um trabalho construtivo a ser desenvolvido pela doutrina e jurisprudência visando a acomodação do direito entre o velho e o novo, tendo em vista a movimentação das leis no tempo.

Ciente de estar caminhando em terreno movediço, a intenção maior com estas linhas é iluminar a multiplicidade de questões que o tema propõe, diante das variáveis nele contidas.