

# PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO NO LIVRO IV DO DIREITO DE FAMÍLIA - DO NOVO CÓDIGO CIVIL

**Luiz Felipe Brasil Santos**

Desembargador do TJRS, Professor de Direito de Família na Escola da Magistratura da AJURIS e na Escola Superior do Ministério Público.

## PARTE 1 - INTRODUÇÃO

Na data em que este trabalho está sendo concluído, a Câmara Federal aprovou, por votação simbólica, a redação do novo Código Civil. Indo agora para revisão formal, na Comissão de Redação, onde não poderão ser introduzidas alterações de fundo, restará votar a redação final. Cabe, portanto, a advertência preliminar de que para a elaboração destas sugestões levou-se em conta a versão recentemente aprovada pela Câmara (texto proposto e consolidado pelo relator geral na Câmara, incluindo as adequações constitucionais e legais feitas ao texto aprovado pelo Senado, conforme determinado pelo art. 1º da Resolução nº 01 de 2000 - CN).

Procura-se aqui focar as sugestões em dispositivos cuja modificação não suscitará, por certo, maiores controvérsias, de vez que, em sua maioria, tratam-se de meras adequações e compatibilizações, não se cogitando de alterações de profundidade, que demandariam, sem dúvida, uma rediscussão do mérito de todo o Projeto, o que não se constitui na finalidade do presente trabalho.

Pela relevância do tema, inclui-se, ao final, duas propostas relativas ao direito sucessório do companheiro e do cônjuge (arts. 1.790 e 1.830).

Passa-se, portanto, propositadamente, ao largo de temas de alta relevância, como, por exemplo, entre outros: 1. a ausência de tratamento da paternidade socioafetiva; 2. a manutenção da anacrônica figura da separação judicial (que, a nosso sentir, não mais se justifica); 3. a preservação do princípio da culpa como fundamento da separação judicial (quando a jurisprudência mais avançada já o vem, desde há muito, abandonando) e sua repercussão no direito aos alimentos; 4. a não regulamentação da fertilização assistida; 5. a surpreendente possibilidade de questionar culpa até mesmo em demanda alimentar entre parentes; 6. a manutenção da exigência de intervenção judicial, mesmo nos casos de separação judicial e divórcio consensuais, onde não haja interesse de menores (cuja dispensa seria perfeitamente razoável), etc...

O objetivo aqui colimado, neste contexto, é bastante modesto, limitando-se a apontar deficiências mais evidentes no texto que deverá entrar em vigor - e que se explicam, em boa parte, pela circunstância da acidentada tramitação legislativa, especialmente no que diz com as modificações sofridas pelo Direito de Família -, na esperança de contribuir para seu aperfeiçoamento, no largo e necessário período que se anuncia de *vacatio legis*.

## PARTE 2 - PROPOSTAS

### PRIMEIRA

Dispõe o art. 1.520 : "Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da mulher." A redação posta, como salientado no parecer do Relator-Geral, Dep. Ricardo Fiuza, tem o "escopo político de proteção à família", oportunizando, em caráter excepcional o casamento de menores que ainda não atingiram a idade núbil. Tem, ainda, a vantagem de deixar claro que o casamento, nessas condições, será possível mesmo quando ambos os nubentes sejam menores de 16 anos.

Entretanto, peca o dispositivo em, de forma redundante, referir-se à "gravidez da mulher", o que se constitui um pleonasma, uma vez que, em se tratando de um casal de seres humanos, não se cogita da possibilidade de gravidez outra a não ser da mulher !

PROPOSTA: Suprimir do art. 1.520 a expressão "da mulher"

### SEGUNDA

Dispõe o art. 1.521, em seu inc. V, ao tratar dos impedimentos matrimoniais, que não podem casar "o adotado com o filho do adotante".

A regra é redundante, considerando que o mesmo impedimento já resulta do inciso IV ("os irmãos..."), tendo em vista que o artigo 1.626 (reproduzindo o art. 41, do ECA) assegura que "a adoção atribui a condição de filho ao adotado...", e, por decorrência, irmão dos demais filhos.

PROPOSTA: Suprimir o inc. V do art. 1.521.

### TERCEIRA

Dispõe o art. 1.552 , "caput" : "A anulação do casamento da menor de dezesseis anos, ou do menor de dezoito anos, será requerida:"

A regra colide com o previsto no art. 1.517, do mesmo diploma, que, de forma coerente com o princípio constitucional da igualdade dos gêneros, estabelece a idade núbil, para homem e mulher, em 16 anos.

PROPOSTA: Dar nova redação ao dispositivo, nos seguintes termos : "A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida :"

#### **QUARTA**

O art. 1561 dispõe : "Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

O dispositivo reproduz, em seu "caput" e no parágrafo primeiro, a regra do art. 221, do Código de 16. A redação aprovada é a constante do Projeto original, e não sofreu qualquer modificação durante o processo legislativo.

É de atentar, no entanto, que o efeito que, pelo sistema do vetusto Código, produz o casamento subsequente dos pais consiste na legitimação dos filhos havidos antes, como também na circunstância de considerar legítimos aqueles havidos entre o casamento e a data da sentença anulatória. Ocorre que, como consabido, face ao princípio constitucional da igualdade dos filhos (estatuto único da filiação) não tem mais lugar qualquer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, daí porque descabida a referência a efeitos do casamento posterior dos pais em relação aos filhos.

PROPOSTA : Dar nova redação ao dispositivo, tanto no "caput" quanto nos dois parágrafos, suprimindo as alusões aos filhos.

#### **QUINTA**

Dispõe o art. 1.565, p. 1º : "Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro"

Tal regra tem sido comemorada, por muitos, como a consagração, no matrimônio, do princípio da igualdade. A nosso ver, entretanto, o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges deve impor a extinção da possibilidade de qualquer deles agregar ao seu sobrenome o do parceiro; e não permitir que o varão assuma o sobrenome da mulher! Para tanto cremos que já está suficientemente amadurecida a sociedade brasileira.

A possibilidade aberta pela regra em comento, aparentemente igualitária, não encontra qualquer justificativa histórica, ao contrário do que acontece com a que permite à mulher somar aos seus os apelidos de família do marido, cujas origens remontam à antiga Roma, onde, com o casamento, havia, por parte da mulher, o abandono de sua família de origem e a integração à do marido, como tão bem noticia FOUSTEL DE COULANGES (in "A Cidade Antiga").

Igualmente no plano dos costumes, evidencia-se que resultará em uma regra praticamente sem uso, uma vez que, em nosso meio, não há qualquer tradição que a recepcione.

A possibilidade de o homem assumir o nome de família da esposa servirá somente aos mal intencionados, que poderão utilizar-se do permissivo legal para melhor engendrar seus ilícitos, para o quê contarão com a possibilidade de, a qualquer tempo, casando, vir a alterar seu nome.

PROPOSTA: Suprimir o parágrafo primeiro do art. 1.565.

#### **SEXTA**

O Capítulo X (Subtítulo I, Título I, Livro IV) está denominado "DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL".

Seu conteúdo, entretanto, abrange não só a dissolução dessa sociedade como também do próprio casamento (ou vínculo matrimonial), uma vez que ali se encontra regrado também o divórcio. Portanto, impõe-se a correção da denominação desse Capítulo para "DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO CASAMENTO".

PROPOSTA: Alterar a denominação do Capítulo X (Subtítulo I, Título I, Livro IV) para "DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO CASAMENTO".

#### **SÉTIMA**

Dispõem os arts. 1572 e 1573 :

"Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne

insuportável a vida em comum

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição".

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

\*\*Art. 1.573 - Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único: o juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum"

À parte a lamentável manutenção em nosso sistema do princípio da culpa como fundamento para ensejar separação judicial, tais dispositivos merecem outras considerações de ordem sistêmica.

O art. 1572 adota a fórmula genérica das causas culposas que servem de fundamento para o pedido de separação judicial, nos exatos termos do art. 5o., "caput", da Lei 6.515/77, prevendo, ademais, em seus parágrafos, as hipóteses de separação com causa objetiva e a denominada separação "remédio", com prazo encurtado para dois anos.

Por outro lado, o art. 1573, surpreendentemente - em formulação que lembra o antigo art. 317 (hoje revogado), do CCB - trata de elencar os motivos que "podem" ensejar a "impossibilidade da vida em comum". Trata-se, é certo, de hipóteses meramente exemplificativas ("podem") , mas de todo desnecessárias, ante a formulação genérica do art. anterior.

Ademais, para tornar ainda mais patente a incongruência e desnecessidade desse rol de hipóteses, o parágrafo único do art. 1573, em regra que merece encômios, concede, de forma bastante abrangente, ao juiz a possibilidade de "considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum".

Vê-se, assim, que o Projeto não guarda coerência, pois (1) em um primeiro momento, formula hipóteses relativamente abertas (nos moldes da LD), (2) depois, sem qualquer necessidade, exemplifica motivos específicos e, finalmente, (3) para arrematar, dá total liberdade ao juiz para considerar quaisquer outras causas.

Ou seja, primeiro abre uma janela, depois fecha a janela e, por fim, abre todas as janelas e até mesmo a porta !

Impõe-se, pois, uma melhor sistematização, com a adoção de uma regra única, coerente, e que enseje certa liberdade ao juiz para decretar a separação judicial sempre que ficar evidenciada a impossibilidade da manutenção da sociedade conjugal pela insubsistência da "affectio conjugal".

PROPOSTA : Suprimir o art. 1573 e dar ao "caput" do art. 1572 a seguinte redação : "Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, com fundamento em fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, com ou sem culpa do outro".

## OITAVA

Dispõe o art. 1.575 "A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens."

Parágrafo único. "A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida."

Por um lado, o artigo é desnecessário quando afirma que a separação judicial importa a separação de corpos, uma vez que o art. seguinte (1.576) dispõe que a separação judicial põe termo ao dever de coabitação, o que resulta no mesmo!

Por outro, equivoca-se ao afirmar que a separação judicial acarreta a partilha de bens. Ocorre que não se justifica exigir partilha de bens em separação judicial quando, mais adiante, o art. 1.581 claramente a dispensa no divórcio, o que constitui um paradoxo! Ademais, o art. 1.576 corretamente dispõe que "A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime matrimonial

de bens", o que significa, simplesmente, a não comunicação dos bens adquiridos a partir desse momento, mas não determina a realização da partilha, que poderá ser feita, como enseja o art. 1.581, até mesmo depois do divórcio.

O artigo em exame, pois, é absolutamente desnecessário, contradiz dispositivo posterior (art. 1.581) e é equivocado em seu sentido.

PROPOSTA: Suprimir o artigo 1.575 e seu parágrafo único.

## **NONA**

Dispõe o art. 1578 :

"O cônjuge vencido na ação de separação judicial perde o direito de usar o nome do outro, desde que expressamente requerido pelo vencedor e se a alteração não acarretar :

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

1º O cônjuge vencedor na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do outro.

§2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado."

Na forma como se encontra, o dispositivo penaliza o cônjuge vencido na ação de separação judicial com a perda do direito ao uso do nome do outro, qualquer que seja o fundamento do pedido (inclusive na separação com causa objetiva e na separação "remédio"). Ora, à evidência, não soa justo penalizar o demandado (se vencido) quando a separação tem sua causa exclusivamente na circunstância de o casal encontrar-se separado de fato há mais de um ano, ou, mais ainda, penalizar até mesmo o doente mental por ter sido vencido no processo!

Melhor parece manter o sistema da atual lei do divórcio, que determina a perda do direito ao uso do nome do cônjuge apenas quando houver culpa (ou se for da mulher a iniciativa do pedido)

PROPOSTA: Dar nova redação ao "caput" do artigo, nos seguintes termos : "O cônjuge vencido na ação de separação judicial com causa culposa perde o direito de usar o nome do outro, desde que expressamente requerido pelo vencedor e se a alteração não acarretar:"

## **DÉCIMA**

Dispõe o art. 1.599 : "A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade".

Ante o estágio atual da ciência - que enseja obter certeza acerca da verdade biológica -, não há qualquer sentido em manter-se no Código um elenco limitado de hipóteses elisivas da presunção de paternidade, o que só se justificava à época do Código de 16, quando os recursos tecnológicos inexistiam, forçando o legislador a trabalhar com todo um sistema de presunções para alcançar a verdade acerca da filiação. Com os recursos hoje postos à disposição, ostenta-se sem qualquer sentido a preservação de um sistema legal limitado de hipóteses de afastamento da presunção de paternidade. Ou será que alguém teria dúvida em, diante de uma contundente prova pericial de DNA que afaste por completo a possibilidade de paternidade, deixar de lado a presunção legal, mesmo não se configurando nenhuma das hipóteses previstas em lei ?

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.599.

## **DÉCIMA PRIMEIRA**

Dispõe o art. 1.600 : "Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade".

Assim como no art. anterior, o dispositivo em exame traz uma regra sem qualquer sentido nos dias atuais, uma vez que, meramente atualizando a redação do art. 343, do Código de 16, não atenta para o verdadeiro sentido que esta última regra possuía - que era o de delimitar, de forma bastante restritiva, as causas de pedir para a ação negatória de paternidade movida pelo marido - e que, modernamente, com os avanços da técnica de verificação da verdade biológica, não guarda mais nenhuma razão de ser. É evidente que o afastamento da presunção legal de paternidade dependerá do exame de DNA, e não da prova do eventual adultério da mulher, que é absolutamente indiferente para esse fim!

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.600

## **DÉCIMA SEGUNDA**

Dispõe o art. 1.602: "Não basta a confissão materna para excluir a paternidade".

Por razões idênticas às invocadas na fundamentação da proposta anterior, não se justifica a regra em exame, que simplesmente reproduz o art. 346, do Código de 16, sem atentar para o sentido que a norma

possuía ao início do século XX, e que, nos dias atuais, perdeu por completo. Claro que, hoje, a confissão materna valerá como um elemento de prova, mas a exclusão da paternidade dependerá, basicamente, do resultado do exame pericial de DNA.

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.602

### **DÉCIMA TERCEIRA**

Dispõe o art. 1.603 : "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento inscrito no Registro Civil". O dispositivo é inteiramente desnecessário, pois evidente que as certidões, gozando de fé pública, provam o fato nelas atestado.

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.603

### **DÉCIMA QUARTA**

Dispõe o art. 1.604: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

Reproduz, na íntegra, a redação do art. 348 do Código revogado.

Também aqui se trata de uma regra descontextualizada. Como ensina CARVALHO SANTOS ("C. Civil Brasileiro Interpretado" - vol. V - p. 377 - 2ª ed. - 1937) , o dispositivo em questão "só se refere à filiação legítima" , e só neste contexto guarda lógica. Assim : "o filho registrado como ilegítimo não está inibido de provar em juízo sua filiação legítima: o art. 348 não quer dizer senão que quem quer que tenha no registro comprovada a sua filiação legítima não poderá vindicar estado diverso, isto é, que outra, e não essa, seja a sua filiação, ou que os seus pais não são esses mesmos aí declarados. Ao artigo é estranha a filiação ilegítima; não afirma nem nega que o filho declarado ilegítimo no registro possa pleitear outra filiação" (ob. cit.).

A regra, pois, dizia respeito à preservação da família e, por consequência da "legitimidade" da filiação, valor que, no Código de 1916, preponderava inclusive sobre a verdade biológica. Entretanto, a reversão valorativa deu-se já com o Decreto-Lei n. 5.860/43, que, acrescentando a parte final do dispositivo ("salvo provando-se erro ou falsidade do registro") ensejou a vindicação de estado contrário ao estampado no registro, desde que baseada nas hipóteses de erro ou falsidade. Ora, ao excetuar tais possibilidades, a regra em verdade esvaziou-se, uma vez que a vindicação de estado contrário basear-se-á sempre na não correspondência dos fatos com o registro, o que, necessariamente, decorrerá de erro ou falsidade. Assim, a proibição contida na primeira parte do artigo fica esvaziada pela permissão afirmada pela segunda, o que já ocorre na vigência do Código de 16.

A repetição dessa regra, pois, em um sistema legal que não mais distingue filiação com qualificativos de legitimidade, e que privilegia, acima de tudo, a apuração da verdade (biológica ou, até mesmo, socioafetiva), fazendo, de qualquer forma, preponderar o interesse do filho sobre o interesse da família, evidencia-se anacrônica e descontextualizada.

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.604

### **DÉCIMA QUINTA**

Dispõe o art. 1.617 : "A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo".

O dispositivo não tem hoje qualquer significado, uma vez que desapareceram as distinções entre filhos havidos no casamento ou fora dele (legítimos ou ilegítimos) .

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.617

### **DÉCIMA SEXTA**

Dispõe o parágrafo 2o. do art. 1.621 : "O consentimento previsto no parágrafo anterior é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção"

Observa-se desde logo que a remissão ao "parágrafo anterior" é flagrantemente equivocada, uma vez que o dispositivo reporta-se à hipótese do "caput".

Outrossim, a norma é de manifesta inconveniência, pois dá azo à insegurança durante a tramitação da adoção, até o seu julgamento - uma vez que até esse momento o consentimento manifestado pelos pais de sangue poderá ser retirado - o que é extremamente nocivo, sobretudo para a criança, cujos interesses são constitucionalmente garantidos acima de qualquer outro. É que, permanecendo a criança já sob a guarda dos adotantes durante a tramitação do feito - muitas vezes demorada - a eventual retirada do consentimento dos genitores para a adoção, ao final, gerará um problema de difícil solução, sem que ocorram graves seqüelas para o menor.

PROPOSTA: Suprimir o parágrafo segundo do art. 1.621

## **DÉCIMA SÉTIMA**

Dispõe o art. 1.627 : "A decisão confere ao menor o nome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado".

Há um defeito grave na redação atual do dispositivo: é que prevê que apenas o menor adotado poderá alterar o nome de família, incorporando o do adotante, quando o regramento do Código agora abrange menores e maiores, como resulta claro da redação do art. 1.623 e seu parágrafo único. Com esta regra, surgirá a dúvida relativa à possibilidade ou não de alterar nome e prenome do adotando quando maior. Ora, tal situação não se justifica, uma vez que, com a adoção, o adotado, maior ou menor, integra-se, modo pleno, à família, com os mesmos direitos e deveres. Outrossim, razoável a possibilidade de ser autorizado apenas ao menor a alteração do prenome.

PROPOSTA: Dar nova redação ao art. 1.627, nos seguintes termos: "A decisão confere ao adotado o nome do adotante, podendo, quando for menor, determinar a modificação de seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado".

## **DÉCIMA OITAVA**

Dispõe o art. 1.628: "Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste".

A segunda parte do dispositivo, ao restringir as relações de parentesco apenas ao adotante e adotado e "entre aquele e os descendentes deste", limita de forma inconstitucional a inserção do adotado na família do adotante, que deve ser plena, inclusive em relação a todos os parentes do adotante, imitando o que sucede com os laços de sangue. Do contrário, será discriminatória a regra. Ademais, veja-se que, de acordo com o art. 1.626, a adoção determina o integral desligamento do adotado de sua família de origem, incluindo todos os parentes consanguíneos, e sua inserção na nova família na condição de filho de adotante, não se justificando que, em contrapartida, não se dê a integral acolhida no seio dessa nova família, com o estabelecimento do vínculo de parentesco em toda sua extensão.

PROPOSTA : Dar nova redação para a parte final do dispositivo, nos seguintes termos: "As relações de parentesco se estabelecem entre o adotante e o adotado, como também entre este e todos os parentes do adotante".

## **DÉCIMA NONA**

Dispõe o art. 1.631: "Divergindo os progenitores quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo".

Mais adequada e precisa a utilização do termo "genitores", que se refere exclusivamente aos pais . "Progenitores" abrange todos os ascendentes.

PROPOSTA : Dar nova redação ao artigo, substituindo o termo "progenitores" por "genitores"

## **VIGÉSIMA**

Dispõe o art. 1.632 : "A separação judicial não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

Esqueceu o legislador de cuidar aqui da hipótese do divórcio. No ordenamento atual, a regra encontra-se expressa no art. 27 da Lei 6.515/77. Sem dúvida que o divórcio também não pode dar causa à modificação das relações entre pais e filhos, o que cumpre deixar explicitado na norma.

PROPOSTA : Dar nova redação ao art. 1.632, nos seguintes termos: "A separação judicial e o divórcio não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

## **VIGÉSIMA PRIMEIRA**

Dispõe o art. 1639: "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver".

§ 1º - O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º - É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros."

O parágrafo segundo do dispositivo inova profundamente o sistema que tradicionalmente tem regido em nosso país o regime matrimonial de bens, modificando sua característica essencial, que deixa de ser a da irrevogabilidade (atual art. 230, CCB). Ocorre que a possibilidade de alterar o regime de bens, mesmo em pedido motivado, perante o juiz, abre enorme porta para a fraude em prejuízo de terceiro,

além de viabilizar a exploração de um cônjuge pelo outro, pois nunca se poderá ter certeza quanto às verdadeiras razões que estão por detrás de um aparente acordo.

PROPOSTA : Alterar a redação do parágrafo primeiro, transformando-o em único, com a supressão do segundo : "parágrafo único: O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável".

### **VIGÉSIMA SEGUNDA**

Dispõe o art. 1.647, e seu inciso I :

"Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta":

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;"

Mais adiante, dispõe o art. 1.665 :

"A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial."

Como se vê, há manifesta contradição entre os dois dispositivos. Enquanto o art. 1.647 exige consentimento de ambos os cônjuges para os atos de disposição dos bens imóveis, exceto no regime de "separação absoluta" , o art. 1.665, tratando do regime da comunhão parcial, autoriza que cada cônjuge pratique atos de disposição de seus bens particulares (móveis ou imóveis) independentemente autorização do outro.

PROPOSTA : Compatibilizar os dispositivos, dando nova redação ao art. 1.665, nos seguintes termos :

"A administração e a disposição do patrimônio particular, com exceção, neste último caso, dos bens imóveis (art. 1.647, inc. I), competem ao cônjuge proprietário, salvo disposição diversa em pacto antenupcial"

### **VIGÉSIMA TERCEIRA**

Dispõe o art. 1.683 : "Na dissolução do regime de bens por separação judicial, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que aquele for requerido".

Como disciplinado pelo art. 1.571, a sociedade conjugal extingue-se também pelo divórcio, que, por sinal, põe termo também ao vínculo matrimonial. Outrossim, prevendo a lei o divórcio direto (p. segundo do art. 1.580), sem prévia separação judicial, é necessário que o artigo em exame contemple que também nesta hipótese dar-se-á a apuração do montante dos aqüestos, para partilha.

PROPOSTA : Dar nova redação ao art. 1.683, nos seguintes termos : "Na dissolução do regime de bens por separação judicial, ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que aquele for requerido".

### **VIGÉSIMA QUARTA**

Dispõe o parágrafo único do art. 1.684 : "Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem"

O dispositivo em exame utiliza expressão ("ouvido o juiz") que não é da melhor técnica, uma vez que dá a impressão de que o juiz apenas dará seu "parecer" (para usar o equivocado termo jornalisticamente tão utilizado) sobre o pedido, que, mesmo sendo contrário, não impedirá o ato. É claro que não é este o sentido da regra, daí porque indispensável a utilização da terminologia correta, uma vez que, para a alienação de que se trata, indispensável será a autorização judicial.

PROPOSTA : Dar nova redação ao art. 1.684, nos seguintes termos : "Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem"

### **VIGÉSIMA QUINTA**

Dispõe o art. 1699 : "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação patrimonial de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo".

O dispositivo, à semelhança do atual art. 401, do CCB, consagra o princípio da mutabilidade da obrigação alimentar, atualizando a expressão "mudança na fortuna de quem os supre" por "mudança na situação patrimonial de quem os supre". Ocorre que "situação patrimonial", por referir-se ao conjunto de bens de propriedade de alguém, não reflete necessariamente seu potencial para alterar o quantitativo alimentar. Mais adequado, portanto, aqui o uso da expressão "situação financeira".

Dar nova redação ao dispositivo, nos seguintes termos : "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo."

## **VIGÉSIMA SEXTA**

Dispõe o art. 1705 : "Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça".

O dispositivo é inteiramente desnecessário, uma vez que os filhos, havidos ou não de uma relação matrimonial, são, por óbvio, parentes dos genitores, e, como tal, têm o direito a alimentos assegurado pelo art. 1694 do mesmo código.

PROPOSTA: Suprimir o art. 1705 .

## **VIGÉSIMA SÉTIMA**

Dispõe o art. 1707 : "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

Conhecida a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade do cônjuge renunciar ao direito a alimentos, matéria que o STF versou na Súmula 379. A jurisprudência largamente majoritária, entretanto, desgarrando-se da orientação sumular, de há muito vem decidindo que, entre cônjuges, o direito alimentar é passível de renúncia.

Ocorre que, versando o capítulo dos alimentos do novo código acerca da obrigação alimentar decorrente tanto do parentesco, como do casamento e da união estável, a regra da irrenunciabilidade, estampada do art. 1707, genericamente aplicável a todas essas relações, constitui considerável retrocesso em relação ao que vem sendo, de forma largamente majoritária, afirmado pela jurisprudência, inclusive do STJ. Assim, cumpre dar nova redação ao dispositivo, limitando a impossibilidade de renúncia ao direito aos alimentos apenas quando a obrigação resultar de parentesco.

PROPOSTA: Dar nova redação ao dispositivo, nos seguintes termos: "Pode o credor não exercer, porém, quando a obrigação decorrer do parentesco, lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

## **VIGÉSIMA OITAVA**

Dispõe o art. 1709 : "O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio".

Ressalva o dispositivo a permanência da obrigação alimentar mesmo ante novo casamento do devedor. Ocorre que (1) a obrigação alimentar pode decorrer de anterior união estável e não apenas de anterior casamento, e (2) pode ter sido fixada em anterior separação judicial e apenas mantida quando do divórcio, ou, ainda, ter sido estipulada em ação de alimentos e não na sentença de divórcio.

PROPOSTA : Dar nova redação ao dispositivo, nos seguintes termos: "O casamento do devedor de alimentos não extingue sua obrigação alimentar"

## **VIGÉSIMA NONA**

Dispõe o art. 1.727 : "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato" .

O dispositivo em foco mostra-se desnecessário. Primeiro, porque não há necessidade de definir "concubinato", uma vez que o Código não atribui efeitos jurídicos a esta relação. Segundo, há manifesta contradição com o que dispõe o art. 1.723, par. 1o, que claramente admite a caracterização de união estável quando um dos parceiros, ou ambos, estiver apenas separado de fato, o que, notoriamente, não afasta o impedimento matrimonial. Também o parágrafo 3o, do art. 1.723, com remissão ao art. 1.576, possibilita a formação de união estável quando houver apenas separação judicial de um, ou de ambos, os parceiros. Igualmente aí haverá união estável e não concubinato, não obstante a existência de impedimento matrimonial. Diante de tais regras, a definição de concubinato mostra-se, à evidência, incongruente, e, também, inconveniente, porque introduz desnecessária dúvida.

PROPOSTA: Suprimir o art. 1.727

## **TRIGÉSIMA**

Dispõe o art. 1.790 : "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança".



A regra substitui o art. 2º, da Lei 8.971/94, e o art. 7º, par. único, da Lei 9.278/96, instituindo nova disciplina para a sucessão entre conviventes ou companheiros.

Primeira e fundamental distinção é que o convivente passa a herdar somente o conjunto de bens adquiridos na vigência da união estável, enquanto no sistema anterior, por não existir tal limitação, poderia herdar a integralidade do acervo, inexistindo descendentes ou ascendentes. A norma representa sensível gravame ao convivente. Ocorre que, na medida em que haja exclusivamente bens pertencentes ao "de cujus" desde data anterior ao início da relação, e supondo não haver descendentes nem ascendentes, o patrimônio irá todo para o Estado, não ficando o convivente nem sequer com o direito real de habitação sobre o imóvel onde porventura resida, nem com o usufruto, uma vez que tais direitos, hoje assegurados pelas leis 8.971/94 e 9.178/96, deixarão de existir!

Em compensação, amplia-se, em outro aspecto, seu direito sucessório, uma vez que passa a concorrer em igualdade de condições com filhos comuns, e, se a concorrência se der com filhos apenas do "de cujus", receberá a metade do que a cada um destes couber.

A regra do inciso III consagra uma notável injustiça, quando a concorrência do convivente se der com parentes colaterais, hipótese na qual o primeiro receberá apenas um terço da herança. Assim, um colateral de quarto grau (sendo o único) poderá receber o dobro do que for atribuído ao convivente!

O inciso IV atribui direito à totalidade da herança, inexistindo outros parentes sucessíveis. Interessa verificar se o dispositivo refere-se à totalidade dos bens adquiridos na constância da relação, como dispõe o "caput", ou se abrange todos os bens, mesmo os adquiridos em período anterior. Se se tratar da primeira hipótese, os bens não abrangidos tocarão ao "Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal" (conf. art. 1.844). Pela redação do "caput", outra não pode ser a solução.

Ademais, dispondo o art. 1.845 que herdeiros necessários são apenas "os descendentes, os ascendentes e o cônjuge", tem-se que restou excluído o convivente, resultando daí a possibilidade de o autor da herança dispor da totalidade de seus bens, em detrimento de seu parceiro.

Veja-se, ainda, que, de forma atécnica, o convivente não está incluído na ordem de vocação hereditária do art. 1.829, encontrando-se a regra que lhe assegura direitos hereditários no Capítulo I, relativo à Disposições Gerais. Assim, a verificação da ordem sucessória, em havendo convivente, deve resultar da interpretação conjunta dos arts. 1.790 e 1.829.

PROPOSTA: Dar nova redação ao art. 1.790, nos seguintes termos: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos ou ascendentes, terá direito a uma cota equivalente à metade do que couber a cada um daqueles;

II - não havendo descendentes nem ascendentes, terá direito à totalidade da herança

Parágrafo único: "Ao companheiro sobrevivente será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar."

### **TRIGÉSIMA PRIMEIRA**

Dispõe o art. 1.830: "Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente".

A previsão, na parte final do artigo, de que o cônjuge sobrevivente que esteja separado de fato há mais de dois anos terá direito sucessório desde que comprove que a convivência se tornara impossível sem culpa sua, traz para o direito sucessório o tormentoso tema da culpa pela separação, o que vai exigir uma dilação probatória no bojo do inventário, onde notoriamente não se admitem questões de alta indagação! Ademais, se comprovada a "inocência" do sobrevivente, e, portanto, caracterizado seu direito sucessório, cria-se o difícil problema de resolver como se repartirá a herança, caso o "de cujus" tenha constituído uma união estável, uma vez que a companheira também será herdeira.

PROPOSTA: Dar nova redação ao artigo 1.830, suprimindo a parte final ("salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente")



