

O ATUAL PROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Depois de narrar as vicissitudes da elaboração do Código Civil Brasileiro, o autor do presente artigo apresenta uma reflexão crítica do atual projeto para um novo Código, proposto pelo Executivo à apreciação do Congresso, pelo mesmo Executivo, retirado em junho do corrente ano e reencaminhado ao Congresso por iniciativa do deputado NÉLSON CARNEIRO, velho lutador em prol da idéia divorcista. As principais críticas se concentram sobre a classificação das matérias no Projeto e sobre as questões relativas à Família. É certo que uma legislação civil deve despir-se de obsoletismos e adotar novos instrumentos jurídicos mais adequados a uma realidade social em mutação constante. Mas é mais certo ainda que a revisão de um código não pode servir para coonestar e acclerar uma mudança social que, longe de contribuir para uma apuração de valores humanos, pode representar apenas o sintoma de um processo de degenerescência.

ANTECEDENTES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

EM 1823 —um ano após a proclamação da Independência—, Lei de 20 de outubro determinou que continuassem em vigor, no Brasil, as Ordenações, leis e decretos portugueses promulgados até 25 de abril de 1821, enquanto não fôsem alterados, ou não se elaborasse um Código Civil.

Pouco depois, a Constituição de 1824, no artigo 179, n.º XVIII, estabelecia:

“Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Em 1830, cumpriu-se parcialmente o preceituado nesse dispositivo: promulgou-se o Código Criminal do Império Brasileiro. Mas, quase um século precisaria decorrer para que se elaborasse o outro dos Códigos, que, na linguagem pitoresca da Constituição, deveriam ser organizados o *quanto antes* — o Código Civil.

O primeiro passo para a feitura do Código Civil¹ foi a contratação (celebrada em 15 de fevereiro de 1855) de TEIXEIRA DE FREITAS para realizar, como obra preparatória do Código, a *Consolidação das leis civis*.

Em três anos, concluíra TEIXEIRA DE FREITAS essa Consolidação, que, em 1857, seria traduzida, em resumo, para o francês, por R. DE LA GRASSERIE.

Ainda no ano de 1858, Decreto de 22 de dezembro autorizou o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça a contratar um jurisperito de sua escolha para a elaboração do Projeto de Código Civil do Império do Brasil. E o escolhido foi o mesmo TEIXEIRA DE FREITAS, que, em 11 de janeiro de 1859, se compromete, em contrato firmado com o Governo, a entregar o projeto até 31 de dezembro de 1861. Posteriormente, dilatou-se esse prazo para 30 de junho de 1864.

Entendeu TEIXEIRA DE FREITAS que deveria elaborar, antes do projeto definitivo, um Esbôço, e dêste já estavam impressos 4 908 artigos, quando seu autor, convencendo-se de que se impunha a unificação do direito privado (reunindo-se, assim, direito civil e direito comercial), se dirigiu ao então Ministro da Justiça, o Conselheiro MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADE, e propôs que se alterasse o plano da codificação, elaborando-se, ao invés de um Có-

¹ Anteriormente, EUZÉBIO DE QUEIROZ sugeria que se adotasse como Código Civil o *Digesto Português*, de autoria de CORREIA TELLES, sugestão que morreu no nascedouro, repudiada que foi pelo Instituto da Ordem dos Advogados.

digo Civil, dois Códigos: o Código Geral (onde se trataria das causas jurídicas, das pessoas, dos bens, dos fatos e dos efeitos jurídicos) e o Código Civil (que abrangeiria os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais).

Essa proposta — apesar de acolhida pela Seção de Justiça do Conselho de Estado — não mereceu a aprovação do Governo Imperial, e, em 1872, foi rescindido o contrato com TEIXEIRA DE FREITAS.

No final do ano de 1872, celebra-se, entre o Governo e o Senador NABUCO DE ARAUJO, contrato para a elaboração de Projeto de Código Civil. NABUCO DE ARAUJO, no entanto, não pôde concluir êsse empreendimento por ser surpreendido pela morte, em 1878. De seu esforço, restaram 118 artigos do título geral e 182 da parte geral, os quais, posteriormente, foram publicados.

Três anos após, em 1881, um advogado mineiro, o Dr. FELÍCIO DOS SANTOS, oferece ao Governo seus *Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro*, mas a comissão de juristas nomeada para examiná-los se manifesta contrária ao acolhimento do Projeto. Determina, então, o Governo que essa mesma comissão (e nela teve ingresso FELÍCIO DOS SANTOS) passe a ter caráter permanente e elabore o Projeto de Código Civil. Entretanto, pela retirada voluntária de vários de seus membros, os trabalhos não chegam a bom termo, e, em 1886, a comissão se dissolve.

No último ano do Império — 1889 — é designada outra comissão, sob a presidência do Conselheiro CÂNDIDO DE OLIVEIRA e do Imperador, para o mesmo fim. Mas a queda da monarquia, em 15 de novembro, impediu que o empreendimento fôsse avante.

Proclamada a República, e ainda durante o governo provisório, CAMPOS SALLES, como Ministro da Justiça, contrata com COELHO RODRIGUES a feitura do Projeto de Código Civil. Redigido quase integralmente na Suíça — e fortemente inspirado no Código Civil de ZURICH —, o projeto de COELHO RODRIGUES foi concluído em janeiro de 1893, e, logo após, entregue ao Governo, que nomeou, para examiná-lo, uma comissão de três juristas. O parecer dessa Comissão foi contrário à acolhida do Projeto.

Em 1899, convidado por EPITÁCIO PESSOA, então Ministro da Justiça, para elaborar o Projeto de Código Civil — aproveitando, no possível, os trabalhos anteriores —, CLÓVIS BEVILAQUA inicia a obra em princípio de abril desse ano, e a conclui nos últimos dias de outubro. Ouvidos alguns juriconsultos, resolveu o Govêrno nomear uma comissão para rever o Projeto, e dela fizeram parte figuras do porte de HERCULANO DE AQUINO, BARRADAS, BULHÕES CARVALHO, FREIRE DE CASTRO e LACERDA DE ALMEIDA.

Depois de duas revisões (a segunda feita com a participação de CLÓVIS) por essa Comissão, o Projeto foi submetido, em novembro de 1900, ao Congresso Nacional, onde — após longa e nem sempre calma tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado — foi êle aprovado em sessão da Câmara dos Deputados realizada em 26 de dezembro de 1915, com a presença de 120 membros daquela Casa. Sancionado em 1.º de janeiro de 1916, entrou o Código Civil Brasileiro em vigor em 1.º de janeiro de 1917.²

*

Atualmente, bem próximo do cinquentenário de sua vigência, está o Código Civil Brasileiro —o que, aliás, sucede, mais cedo ou mais tarde, com tôdas as codificações— necessitando de revisão.

Êle, que em sua época — apesar de refletir a filosofia extremadamente individualista do século anterior, e apesar de não acolher princípios pelos quais já se batia a consciência jurídica do tempo (assim, por exemplo, o da capacidade de fato da mulher casada, defendido pelo autor do Anteprojecto, CLÓVIS BEVILAQUA) — era avançado em face do estágio em que nos encontrávamos no direito anterior, êle

² Para maiores informações sôbre os antecedentes do Código Civil Brasileiro, vide, entre outros, CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I, 9.ª ed., págs. 11 e seg.; CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Curso de Legislação Comparada, parte geral: as fontes*, págs. 201 e segs.; COELHO RODRIGUES, *Projeto de Código Civil*, págs. I e seg.; e LACERDA DE ALMEIDA, "O Direito Civil e Sua Codificação", in *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos (1827-1927)*, vol. I, págs. 159 e seg.

foi envelhecendo, e, por isso mesmo, diante das novas necessidades sociais, sofrendo alterações, com vistas à atualização, através de longa série de leis extravagantes.

E isso se verificou quer com relação à Parte Geral, quer com referência à Parte Especial, e, aqui, seja no Direito de Família, seja no Direito das Coisas, seja no Direito das Obrigações, seja no Direito das Sucessões.

Por tudo isso é que, acertadamente, observava CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em 1961, em obra didática:

"Hoje em dia, os juristas brasileiros estão convencidos da necessidade de ser revisto e atualizado o Código Civil".³

Por tudo isso, também, é que, quando, nesse mesmo ano, o Governo Federal deu a conhecer sua intenção de mandar rever nossos Códigos, inclusive o Civil, não houve maior oposição a essa idéia.

A GÊNESE DO NOVO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL E SUA ATUAÇÃO PRESENTE

Em maio de 1961, foi convidado o Prof. ORLANDO GOMES, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo então Ministro da Justiça, OSCAR PEDROSO D'HORTA, para redigir um Anteprojeto de Código Civil, primeiro passo para a revisão do Código vigente.

Posteriormente, em outubro de 1962, já no governo do Sr. JOÃO GOULART, sendo Ministro da Justiça JOÃO MANGABEIRA, foi celebrado, entre o Governo Federal e o Prof. ORLANDO GOMES, contrato pelo qual êste se obrigava a concluir o Anteprojeto até 31 de março de 1963.

Apresentado o Anteprojeto dentro do prazo contratual, foi nomeada uma Comissão para revê-lo, composta

³ *Instituições de Direito Civil*, I, n.º 16, pág. 75. Anteriormente, em 1940, OROZIMBO NONATO, em artigo ("A Revisão do Código Civil"), publicado na revista *Direito* (vol. II, págs. 38 e seg.), escrevera: "Não há negar que o código reclama alterações e incorporações. E a só consideração destas últimas justificaria a revisão, tão certo é que "para levar em conta os novos desenvolvimentos da lei faz-se necessário rever os códigos de tempos em tempos, para nêles integrar o que lhes brotou às margens (DEMOGUE)".

pelo autor do Anteprojeto, pelo Ministro OROZIMBO NONATO e pelo Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.

De 13 de maio a 15 de julho de 1965, essa Comissão, em quarenta e duas reuniões, sob a presidência do Ministro OROZIMBO NONATO, reviu o Anteprojeto, e, em seguida, encaminhou o Projeto revisto, precedido de um relatório de autoria do Prof. ORLANDO GOMES, ao Ministro da Justiça, nessa altura o Senador MILTON CAMPOS.⁴ Este, em 6 de outubro do mesmo ano, o enviou ao Presidente da República, Marechal CASTELO BRANCO, com ofício, onde acentuava, na parte final:

“Deixei de enunciar, nesta Exposição de Motivos, o resumo dos projetos, com sua orientação e inovações. Não só para não fazê-la mais longa, como porque cada um deles é precedido de relatórios que atendem de modo cabal a essa finalidade. *Também não são mencionados pontos de controvérsia, como, por exemplo, no Código Civil, a maioria com dezoito anos, a idade nupcial e o conceito de erro essencial para o desquite, em que a própria Comissão manifestou variedade de pontos-de-vista. Ficou tudo isso inalterado a despeito de nossa discordância, para que neste e outros pontos discutíveis, entre tantas teses controversas, o debate e a decisão do Congresso Nacional fixem a opção final*” (os grifos são nossos).⁵

⁴ A propósito, vide ORLANDO GOMES, *A Reforma do Código Civil*, págs. 1 e seg.

⁵ No trecho acima transcrito, alude-se a erro essencial para o desquite, o que, evidentemente, é um equívoco, pois o erro essencial quanto às qualidades do cônjuge é motivo para anulação do casamento, e, não, para o desquite.

Aliás, a pressa com que se realizaram os trabalhos de elaboração dos Projetos deu margem a lapsos até nos relatórios que os acompanham. Assim, por exemplo, lê-se no relatório apenas ao Projeto de Código das Obrigações (pág. 162 da publicação da Câmara dos Deputados):

“Para a consecução deste resultado contribui de maneira definitiva toda uma elaboração dogmática que se deve à contribuição de... VAN WETTER (*Pandekten*), de SAVIGNY (*Das Rechte des Forderungen*)...”

Ora, é sabido que a obra de VAN WETTER, a que alude esse relatório, foi escrita, em cinco volumes, em francês, e tem por título o seguinte: *Pandectes contenant l'histoire du Droit Romain et la Législation de Justinien*, ou, resumidamente, *Pandectes*. Dela não se conhece tradução alemã. Por outro lado, SAVIGNY não escreveu nenhuma obra intitulada *Das Recht des Forderungen*, mas, sim, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, em dois volumes, publicados em Berlim, o primeiro em 1851, e o segundo em 1853.

Dias mais tarde, em 12 de outubro, era o Projeto encaminhado pelo Sr. Presidente da República ao Congresso Nacional, onde tomou, na Câmara dos Deputados, o n.º 3 263, de 1965.

As inúmeras críticas, porém, que se levantaram contra certas inovações do Projeto (principalmente no terreno do direito de família) levaram o Executivo, em junho do corrente ano, a retirar do Congresso o projeto que lhe enviara. Mas, no dia imediato, o deputado NÉLSON CARNEIRO, em seu nome, tornou a apresentar o Projeto de Código Civil à apreciação do Congresso Nacional.

Esta a situação em que se encontra, presentemente, o Projeto de Código Civil Brasileiro.

AS DIRETRIZES QUE NORTEARAM SUA ELABORAÇÃO,
E AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES NELE INTRODUZIDAS

Na *Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*, publicado pela Imprensa Nacional, em 1963, ORLANDO GOMES, referindo-se às finalidades dessa reforma, esclarece:

“Redigido no pensamento de atualizar, com espírito de sistema, a legislação civil, o Anteprojeto coordena e consolida alterações introduzidas no Código por leis esparsas, e inova em inúmeros pontos.

Sem êsse propósito de inovar não se justificaria a reforma do Código Civil”.⁶

E, em seguida, salienta:

“Inovar não significa, porém, amor indiscriminado à novidade, senão aproveitamento da experiência de outros povos e da própria experiência nacional condensadas na doutrina e na jurisprudência”.⁷

Daí, ter lançado mão o autor do Anteprojeto dos subsídios oferecidos, principalmente, pelos Códigos Cíveis da Suíça, da Itália, da Grécia, do México e do Peru, bem como do anteprojeto de reforma do Código Civil francês.

⁶ Pág. 19.

⁷ *Ibidem*.

Por outro lado, descrevendo a orientação que presidiu à feitura do Anteprojeto, acentua ORLANDO GOMES⁸ que, em seu trabalho, sempre procurou:

a) estar atento à regra da adaptabilidade da lei à vida, para não se distanciar da realidade brasileira;

b) modificar, para implantar no Anteprojeto "idéias aceitáveis pela maioria da parte esclarecida mais consciente e mais responsável da população";

c) não cometer "o equívoco de confundir com a tradição os sentimentos e convicções que apenas refletem o atraso econômico e cultural de certas regiões ou setores que ainda não assimilaram as novas idéias ou não adotaram os novos comportamentos";

d) não conservar institutos anacrônicos, ou, pelo menos, envelhecidos, "em nome de uma tradição inautêntica"; nem, em sentido oposto, "introduzir no Código disposições que subvertam as instituições, desarticulando-as a pretexto de conformá-las a um processo revolucionário que alguns desejam ativar"; e

e) reempregar, na reconstrução "dêsse belo edifício desmantelado" que é o atual Código Civil, muitos de seus materiais, sem se limitar, contudo, a uma simples restauração.

Essas, com a fidelidade das palavras do próprio autor do Anteprojeto, as diretrizes que o nortearam na elaboração de sua obra.

*

As principais inovações que o Projeto de Código Civil introduz em nosso direito (deixadas de lado, portanto, aquelas que leis posteriores ao Código já haviam incorporado ao nosso sistema jurídico, como, por exemplo, o instituto da legitimação adotiva) são, em linhas gerais, as seguintes:

⁸ *Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*, págs. 23 e seg.

A) *quanto à distribuição da matéria:*

— retira-se do Código Civil o livro relativo às Obrigações, tendo em vista a elaboração do Projeto de Código das Obrigações (à semelhança do que existe no direito suíço e no direito polonês), onde se faz a unificação parcial do direito civil com o direito comercial; e

— o Projeto, ao contrário do atual Código Civil, não apresenta a Parte Geral (que, na sistemática do Código, compreende as normas gerais sôbre as pessoas, os bens e os fatos jurídicos), sendo seu conteúdo distribuído pelos diversos livros do Projeto de Código Civil, e, no concernente ao negócio jurídico, colocado na parte primeira do Projeto de Código das Obrigações;

B) *quanto aos diferentes institutos jurídicos:*

1) *no tocante às pessoas:*

— a maioridade passa a ocorrer aos dezoito anos, cessando a incapacidade absoluta aos quatorze; e aos dezesseis pode ser concedida ao menor a emancipação voluntária;

— o ato de emancipação pode ser cassado pelo juiz, quando o menor emancipado demonstre incapacidade de administrar os bens;

— disciplinam-se os direitos da personalidade;

— modificam-se os conceitos de domicílio e de residência, admitindo-se a ausência de domicílio; e

— três anos depois do trânsito em julgado da sentença que declare a morte presumida, pode seu cônjuge contrair novo casamento (se o que foi declarado morto reaparecer, o segundo matrimônio é considerado nulo, mas produz os efeitos do casamento putativo);

2) *relativamente ao direito de família:*

— a idade mínima para contrair casamento passa a ser de 16 anos para o homem, e 14 para a mulher;

— suprimem-se alguns dos impedimentos matrimoniais consignados no Código Civil;

— distingue-se a capacidade matrimonial dos impedimentos matrimoniais;

— altera-se o conceito de erro essencial quanto à pessoa de um dos cônjuges, como fundamento de anulação de casamento;

— se o regime de bens fôr o da separação absoluta, dispensa-se a outorga de um dos cônjuges para que o outro possa alienar ou gravar de ônus real seus bens imóveis, ou seus direitos reais sôbre imóveis alheios; ou pleitear, como autor ou réu, acêrca dêsses bens e direitos;

— a posição dos cônjuges, nas relações entre si ou com os filhos, passa a ser, em geral, de absoluta paridade;

— o regime da separação de bens com a comunhão de aquêstos se torna o regime legal de bens (vigorando, portanto, no silêncio das partes);

— é abolido o regime dotal; e o mesmo ocorre com o da comunhão parcial como disciplinado no Código Civil;

— admite-se, durante a constância da sociedade conjugal, a retratabilidade do regime de bens; e

— o filho nascido na constância do casamento, qualquer que seja a época de sua concepção, é legítimo;

3) *no concernente ao direito das coisas:*

— acentua-se a função social do direito de propriedade, prescrevendo-se no artigo 375 que “a propriedade não pode ser exercida em desacôrdo com seu fim econômico e social”, e no artigo 377 que “a propriedade, principalmente quando exercida sob a forma de empresa, deve conformar-se às exigências do bem comum, sujeitando-se às disposições legais que limitam seus conteúdos, impõem obrigações e lhe reprimem os abusos”;

— disciplina-se a passagem de cabos elétricos e de canos de gás em terreno alheio; e,

— quanto aos direitos reais limitados, além de se abolirem o uso, a habitação e anticrese, adotam-se normas para estimular a extinção da enfiteuse, tais como:

— a proibição da cobrança do laudêmio sôbre o valor das construções ou das plantações;

— a proibição da constituição de subenfiteuse.

— o estabelecimento da possibilidade de todo aforamento ser resgatável por quantia correspondente a 4% do valor do imóvel; e

— a proibição da constituição de novas enfiteuses; e

4) *no que diz respeito ao direito das sucessões:*

— são chamados à sucessão legal os colaterais apenas até o terceiro grau;

— o cônjuge passa a incluir-se entre os herdeiros necessários, tendo direito, a título de legítima, à metade dos bens do outro, se não houver descendentes ou ascendentes; e à quarta parte desses bens, se concorrer à sucessão com os filhos do outro cônjuge ou com os ascendentes deste, desde que o casamento não tenha sido celebrado no regime da comunhão universal de bens;

— a legítima não comporta cláusula de inalienabilidade;

— reconhece-se direito sucessório à companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo; e

— restringe-se a substituição fideicomissária, que é admitida apenas em favor dos descendentes do testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte.

CRÍTICA SUMÁRIA A INOVAÇÕES CONTIDAS NO PROJETO

Da análise das inovações aludidas no item anterior, verifica-se que as que mais alteram nosso sistema jurídico civil — e por isso mesmo despertam maiores controvérsias — são as concernentes à classificação das matérias e à família (quanto a esta, inclusive através de normas do direito das sucessões).

No tocante às pessoas e ao direito das coisas, as inovações foram muito menos profundas, traduzindo, em geral, o acolhimento de tendências já manifestadas em leis posteriores ao Código Civil. Isso não ocorre, porém, com as modificações que se introduziram no instituto do *domicílio* — aí, alterou-se toda nossa tradição jurídica, sem qualquer vantagem, a nosso ver, para o direito civil brasileiro: inovou-se para inovar-se, o que é um mal. Para que se avalie a ex-

tensão das modificações introduzidas pelo Projeto no instituto do domicílio, basta que se esclareça o seguinte:

a) de acôrdo com o Código Civil atual (artigos 31 e 32),

“o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”;

“se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer dêstes ou daquelas”;

assim, a residência com ânimo definitivo e o centro de ocupações habituais são domicílio da pessoa física ou natural; êsse conceito de domicílio foi substancialmente alterado pelo artigo 44 do Projeto (que reproduz o artigo 42 do nôvo Código Civil Italiano), cujo teor é êste:

“*Domicílio e Residência* — Domicílio é o lugar em que a pessoa física tem o centro principal de sua atividade, e residência, onde mora com a intenção de permanecer”;

conseqüentemente, no sistema do Código Civil atual (e essa orientação já se encontra nas Ordenações Afonsinas, livro II, título XXX), a residência — isto é, o lugar onde a pessoa natural mora — com intenção de permanência é domicílio, enquanto que, na técnica do Projeto (que se afastou de nossa tradição jurídica apenas para se filiar à orientação seguida por alguns países europeus),⁹ não o é; e

b) por outro lado — e sem qualquer necessidade de ordem prática ou técnica; antes pelo contrário —, o Projeto admite a ausência de domicílio, pois não conserva o disposto no artigo 33 do Código Civil, atual, que reza:

“Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual (art. 32), ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negócios, o lugar onde fôr encontrada”;

as vantagens de ordem prática dêsse dispositivo são óbvias...

⁹ A propósito, vide BATTISTA, *Del domicilio e della Residenza — Dell'anziana — Dell'influenza delle condanne penali sulla capacità civile*, págs. 27 e seg.

Feita essa ressalva, passemos a apontar o que se nos afigura mais falho nas inovações concernentes à classificação das matérias no Projeto e à família.

*

Somos dos que combatem as duas inovações que se introduziram no Projeto quanto à classificação de suas matérias.

Com relação à primeira — retirada do Código Civil da parte referente ao direito das obrigações, para ir integrar um outro Código, o das Obrigações —, o próprio Prof. ORLANDO GOMES é seu adversário, curvando-se a ela apenas pela circunstância de ser a orientação traçada pelo Governo em seu plano de reforma legislativa. Mas, como bem acentua o autor do Anteprojeto, essa técnica, além de estar atualmente superada, fragmenta, sem qualquer proveito, o Código Civil, que, à semelhança do moderno Código Civil da Itália, poderia, sem essa mutilação, fazer a unificação parcial dos direitos civil e comercial.¹⁰ Demais, é de salientar-se, dessa tese, que o exemplo suíço dos dois Códigos (Código Civil e Código das Obrigações) — e em que se fundam principalmente, os partidários dessa inovação — se deve a fatores de natureza política e histórica, e, não, a razões de ordem técnica. Com efeito, a elaboração do Código federal suíço das Obrigações, promulgado em 1881, decorreu do fato de que, naquela época, a Confederação Helvética, de acôrdo com a Constituição Federal, não era competente para legislar sôbre todo o direito privado, mas apenas sôbre os institutos relativos ao comércio e às transações mobiliárias. Sômente mais tarde, em 1898, a Constituição, então revista, deu à Confederação competência legislativa sôbre o direito privado em geral. Por isso, ao ser promulgado em 1907, o Código Civil da Suíça continha um título preliminar, quatro livros (Direito das pessoas, Direito da família, Das sucessões e Direitos reais) e um título final, sendo que êste — e a informação é de VIRGILE ROSSER — “re-

¹⁰ A Reforma do Código Civil, págs. 7 e 20.

cebeu numeração especial para que o direito das obrigações revisto pudesse ser facilmente incorporado, mais tarde, ao texto do Código Civil".¹¹ Assim, embora essa incorporação não se tenha verificado materialmente (o Código suíço das Obrigações conservou, nas revisões de 1911 e de 1936, seu título original e a numeração própria de seus artigos), é certo que é êle — como se verifica em suas diversas edições — uma *loi fédéral complétant le Code Civil Suisse (Livre cinquième; Droit des obligations)*.

Dessa inovação decorreu a outra: a da extinção da parte geral do Código Civil. E também esta, a nosso ver, sem razão que a justifique: ao invés de se progredir, retrocedeu-se. Não há dúvida de que tôdas as sistematizações criadas para o direito civil apresentam falhas; ainda não se encontrou uma que atendesse rigorosamente à fórmula artisticamente traçada por LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA:

"Uma idéia mãe, cujas divisões e subdivisões se sucedam, uma às outras, de tal maneira vinculadas pelos laços da subordinação que as classes posteriores entrem nas anteriores e estas venham a perder-se no tronco comum".¹²

Ora, se todos os sistemas são falhos, é preciso, então, seguir o menos imperfeito, e êsse — como reconhecia o próprio LAFAYETTE¹³ — é o devido aos pandectistas alemães do século passado (foi GEORG ARNOLD HEISE quem, ao que parece pela primeira vez, se utilizou dêle, em 1807, na obra *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts*),¹⁴ os quais distinguiram uma parte geral (que se ocupa das noções gerais sôbre as pessoas, as coisas e os fatos jurídicos) e uma parte especial (que abrange o direito das coisas, o direito das obrigações, o direito de família e o direito das sucessões). Os ataques que se têm dirigido a um dos têrmos dessa sistemática (a parte geral) não se justificam. Ainda hoje, repetem-se os argumentos apresentados por HAHNEMANN

¹¹ *Introduction Historique* (págs. 11) que acompanha a 8.^a ed. (anotada e revista por ANDRÉ ROSSEL) do *Code Civil Suisse et Code Fédéral des Obligations*, publicada, em 1957, pela Librairie Payot.

¹² *Direitos de Família*, 1889, segunda tiragem, pág. V.

¹³ Ob. cit., págs. IX e seg.

¹⁴ Vide, a propósito, EHRENZWEIF, *System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, erste Band, erste häfte*, Wien, 1925, § 7, pág. 36.

GUIMARÃES e OROZIMBO NONATO, quando da elaboração, na década de 1940, do Anteprojeto de Código das Obrigações. São êles, em síntese, êstes:

a) mesmo na Alemanha, há juristas que se manifestam contra a manutenção da parte geral no Código Civil;

b) são vários os Códigos Cíveis que não apresentam parte geral;

c) na parte geral, há dispositivos que não dizem respeito às quatro seções (direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões) em que se divide a parte especial; e

d) a parte geral distancia noções que, na vida corrente, se utilizam simultaneamente.¹⁵

A fragilidade da crítica se demonstra facilmente. Os dois primeiros argumentos são meros argumentos de autoridade, e, portanto, sem maior valor, principalmente se se atentar para que, além de existirem diversos códigos que têm parte geral (e, entre êles, destaca-se o Código Civil Alemão), a maioria dos autores de pêsso na Alemanha, na Áustria, na Itália, é francamente favorável à parte geral, como o demonstram os tratados, por exemplo, de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, CROME, VON TUHR, COSACK, ENDEMANN, UNGER, EHRENZWEIG, FERRARA, COVIELLO, CHIRONI-ABELLO. Igualmente improcedem as duas últimas críticas. Se, na parte geral, há princípios que se aplicam mais freqüentemente a uma das quatro seções em que se divide a parte especial, é certo que, em todos êles, se verifica a existência de caráter de generalidade, tanto assim que nenhum dêles poderia ser colocado em uma daquelas quatro seções, por pertencer exclusivamente a ela. E, enfim, dizer-se — como faz OROZIMBO NONATO, seguindo DEMOGUE — que “a parte geral como que desconjuga e distancia noções que, na vida corrente, se utilizam simultaneamente”,¹⁶ parece-nos desarrazoado: se essas noções estão no que se deno-

¹⁵ A respeito, *vide*, HAHNEMANN GUIMARÃES, “Estudo Comparativo do Anteprojeto do Código das Obrigações e do Direito vigente”, in *Revista Forense*, XCVII, págs. 287 e seg.; e OROZIMBO NONATO, “A Revisão do Código Civil”, in *Direito*, II, págs. 38 e seg.

¹⁶ Ob. cit., pág. 43.

mina *Parte Geral*, isso quer dizer — e todos que se utilizam do Código o compreendem sem maior esforço de indagação — que elas se aplicam, no que couber, aos institutos que se encontram nas quatro seções da parte especial. Mais. Porventura o atual Projeto de Código Civil (que suprimiu a parte geral) aproxima noções que, na vida corrente, se utilizam simultaneamente, quando coloca as normas sobre as pessoas (e, entre elas, as referentes à capacidade de fato) num livro especial, o livro I, e enquadra a tutela e a curatela (institutos que estão intimamente vinculados à capacidade de fato) na parte final do livro II, relativo ao direito de família? E que dizer, por exemplo, da proximidade da noção de coação (que, no sistema da atual reforma, se acha no início do Projeto de Código das Obrigações) com o testamento (disciplinado no livro V do Projeto de Código Civil) feito sob coação? . . .

*

Quanto às inovações que o Projeto introduziu na disciplina da família, várias delas nos parecem merecedoras de crítica.

Deixando de lado questões de pormenor, examinaremos apenas as modificações mais sérias, principalmente as que enfraquecem a família legítima.

No artigo 91 do Projeto, diminui-se a idade mínima, para contrair casamento, de 18 e 16 anos para 16 e 14 anos, respectivamente, para os homens e para as mulheres. Qual a justificativa dessa alteração, quando ninguém desconhece — além dos inconvenientes de ordem eugênica¹⁷ — a maior fragilidade das uniões (e, conseqüentemente, o aumento de casais desajustados ou separados) de pessoas demasiado jovens? Ei-la, nas palavras do autor do Anteprojeto:

“Não se desconhecem as objeções aos casamentos de pessoas tão jovens. Larga corrente doutrinária considera-

¹⁷ Vide, a propósito, C. PANDOLFELLI — G. SCARPELLO — M. STELLA RICHTER — G. DALLARI, *Codice Civile, libro I illustrato con i lavori preparatori*, Milano, 1939, págs. 133 e seg.

os prematuros. Contudo, importantes precedentes legislativos justificam a fixação da capacidade nupcial nesses limites de idade. Entre nós, é fora de dúvida que aos quatorze anos a mulher já está fisiologicamente apta para o casamento. O inconveniente quanto à falta de maturidade psicológica de alguns pode ser afastado pelos pais, com a negação do indispensável consentimento.

Se fôssem mantidos os limites determinados no Código em vigor, o homem só poderia casar, no sistema do Anteprojeto, ao completar a maioridade. Não seria justo, inclusive por importar tratamento discriminatório, tanto mais injustificável quanto os trata, nas relações matrimoniais, no mesmo pé de igualdade, cometendo à mulher a prática de atos que dantes eram privativos do marido".¹⁸

A inconsistência dessa argumentação parece-nos flagrante. Os precedentes legislativos de nada valem diante das objeções de fundo que se agravam com as condições da sociedade moderna; demais, num desses precedentes — o Código Civil italiano — foram reconhecidos, em seus trabalhos preparatórios, os inconvenientes da manutenção das idades mínimas, para casar, de 16 e de 14 anos, limites que sòmente persistiram no nôvo Código de 1942 para a uniformização da legislação civil com a canônica. E o argumento da disparidade de tratamento entre o homem e a mulher se se conservassem as idades previstas no Código Civil atual é de difícil compreensão, pois, podendo — no sistema do Projeto — a mulher casar aos 14 anos e o homem apenas aos 16, a disparidade de tratamento (se realmente existisse) permanece . . . — a mulher poderá tornar-se maior dois anos antes que o homem.

Quanto aos impedimentos matrimoniais, há que fazer reparo à não inclusão, no Projeto, do impedimento constante no inciso VIII do artigo 183 do atual Código Civil:

“Art. 183. Não podem casar:

.....

¹⁸ *Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*, págs. 52 e seg.

VIII. O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte.”

O Prof. ORLANDO GOMES assim justifica a exclusão dêsse impedimento:

“Quanto aos impedimentos pròpriamente ditos, reduzem-se aos de parentesco. Outros não existem, em verdade, banidos que foram das legislações em geral, o que proibia o casamento do cônjuge adúltero com seu co-réu, por tal condenado e do cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, do seu consorte. Não se encontram mais nas legislações modernas”.¹⁹

A nosso ver, o impedimento em causa é de ordem moral, e não pode ser banido tão simplesmente pelo fato de que não se encontra nas legislações modernas. O que, aliás, não é exato, pois o nôvo Código Civil Italiano estabelece no artigo 88:

“Delitto. — Non possono contrarre matrimonio tra loro le persone delle quali l’una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell’altra.

Se ebbe luogo soltanto rinvio a giudizio ovvero fu ordinata la cattura, si sospende la celebrazione del matrimonio fino a quando non è pronunciata la sentenza di proscioglimento”.

Por outro lado, tendo em vista que o Projeto, seguindo nesse particular o Código Civil do Peru, distinguiu *impedimento matrimonial* (proibição de casar com determinada pessoa) de *incapacidade matrimonial* (obstáculo que não permite que uma pessoa se case com quem quer que seja), decorre daí que, enquanto os impedimentos podem opor-se para que o matrimônio não se celebre, as incapacidades — geradoras de nulidade ou de anulabilidade — se argüem, depois de contraído o casamento, para desfazê-lo judicialmente. Em face dêsse sistema pode surgir o seguinte problema: a bigamia, por exemplo, é, de acôrdo

¹⁹ A Reforma do Código Civil, pág. 136.

com o artigo 92 do Projeto, motivo de incapacidade para casar; apesar disso, um homem casado, omitindo essa circunstância, se habilita para contrair novo casamento; no dia da celebração do matrimônio, um dos presentes sabe que ele é casado, mas não pode impedir que o casamento se realize, porque só se admite oposição de impedimento, e bigamia não é impedimento, mas apenas causa de incapacidade. A essa objeção procura o autor do Anteprojeto responder, salientando:

“Mais ainda nesse caso, nada impede que o fato, devidamente provado antes do casamento, leve o Juiz a não realizá-lo devido à incapacidade de um dos nubentes, do mesmo modo que hoje não consentiria no casamento de um louco que, no processo de habilitação, houvesse ocultado sua condição de interditado, mas, também nesse caso, sem julgar oposição de impedimento, visto que não o é a insanidade mental”.²⁰

A defesa, a nosso ver, improcede. Em rigor, o juiz somente poderia comportar-se como pretende o Prof. ORLANDO GOMES se agisse discricionariamente, pois, assim como o juiz apenas pode anular ou declarar nulo o casamento através de processo judicial para êsse fim, não pode ele negar-se, com apoio na lei, e sem qualquer processo, o casar duas pessoas, porque um dos presentes à cerimônia afirma (muita vez sem poder produzir, de imediato, qualquer prova) que um dos nubentes já é casado. Demais, não é exato dizer, como o faz o autor do Anteprojeto, que o mesmo problema pode ocorrer atualmente com relação ao louco, pois a insanidade mental, no sistema do Código Civil, não é impedimento matrimonial. Com efeito, a insanidade mental é atualmente impedimento matrimonial que se capitula no inciso IX do artigo 183 do Código Civil:

“IX. — As pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento”.

Ora, o louco se enquadra, justamente, entre os *incapazes de consentir*.

²⁰ A Reforma do Código Civil, pág. 137.

Outro equívoco em que incorre o Projeto é o de não incluir a bigamia — que acarreta incapacidade para casar — entre as causas de nulidade do casamento, que se encontram no artigo 115. A propósito, defende-se o autor do Anteprojecto:

“Mantidos no Projeto tão-sòmente os impedimentos da primeira categoria, isto é, os de interêsse publico, tornou-se desnecessária a declaração de que será nulo o casamento que se realize não obstante a proibição prescrita. Dispondo que não é permitido entre as pessoas que discrimina, o Projeto fulminou-os de nulidade. Evidentemente. Ao se afirmar que o direito matrimonial não comporta senão nulidades textuais não se está a dizer, como supõem muitos apedeutas, que sòmente se invalidem os atos para os quais o legislador tenha empregado a expressão: “são nulos”. Uma vez disposto não ser permitido o matrimônio dos ascendentes com os descendentes, preciso não é declarar-se que êle é nulo, por manifesto que, estando proibido, que não sendo permitido, validade não pode ter. Se os nubentes não podem casar, se a lei proíbe o casamento, patente é sua nulidade, independentemente de declaração que contenha as palavras sacramentais: “é nulo e de nenhum efeito”. Sabe qualquer iniciante que as nulidades textuais se expressam por diversas maneiras. Quando se revela o impasse decorrente da inadmissibilidade de nulidades virtuais em matéria de casamento para a decretação de nulidade do que se realiza entre pessoas do mesmo sexo é porque a lei não o proíbe, por entender absurda a declaração expressa do intuitivo pressuposto da diversidade de sexo. A inexistência da proibição daria lugar à aceitação de nulidade virtual no Direito matrimonial se não preferisse ponderável corrente de opinião admitir que tal casamento é juridicamente inexistente, para se conservar fiel à tese de que sòmente são admissíveis nulidades textuais.

Espanta, assim, se venha dizer, sem cerimônia, que o Projeto não prevê a nulidade do casamento celebrado com bigamia. A tamanha enormidade se chega por não estar incluído o casamento anterior como causa de nulidade do posterior no artigo em que declara nulo o casamento dos que

não atingiram a idade nupcial, dos insanos mentais, daquelles entre os quais há impedimento e dos que o realizaram perante autoridade incompetente. Entretanto, o casamento de pessoa casada está proibido terminantemente em disposição inequívoca cujos termos não deixam margem a duvida quanto à sanção a ser imposta ao que se contrai intrinsecamente. Se ninguém pode contrair nôvo casamento sem provar que o anterior foi dissolvido, a ninguém de boa-fé pode ocorrer que será válido sem essa prova, e, ainda menos, que sua nulidade não esteja prevista somente por que não se disse que é nulo o matrimônio de pessoas casadas. Nenhum Juiz, provada a bigamia, deixaria de "invalidá-lo sob essa razão, a menos que se prendesse a um conceito de nulidade textual aberrante de todo conhecimento jurídico".²¹

Nessa defesa, há uma série de equívocos que devem ser desfeitos. Ao contrário do que afirma o autor do Anteprojeto, nulidade textual é a que decorre de texto expresso de lei, enquanto que nulidade virtual é a que resulta, não da letra, mas do espírito da lei. Nisso concordam os autores nacionais e estrangeiros.²² Entre êstes, tomemos um ao acaso — BONNECASE —, e nêle se lê: "Les nullités textuelles sont celles qui sont prévues par un texte de loi d'une manière expresse, tandis que les nullités virtuelles trouveraient leur source dans le seul esprit de la loi".²³ Entre aquêles, basta citar SÁ PEREIRA, que, depois de afirmar "não há nulidades virtuais no casamento, mas somente expressas ou textuais, como preferem chamar-lhe AUBRY e RAU",²⁴ esclarece: "Outra diferença é que o ato jurídico comporta nulidades virtuais, e não as comporta o casamento, de forma que, para saberdes se êle é ou não é nulo, nada mais tendes a fazer senão examinar se a nulidade está expressa na lei

²¹ A Reforma do Código Civil, págs. 138 e seg.

²² Além dos que se citam no texto, vide AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, VII, 5.^a ed., § 458, pág. 54; COLIN et CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, I, 4.^a ed., pág. 166; PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, I, 4.^a ed., § 1004, pág. 339; PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*, I, 2.^a ed., pág. 290; e ESPINOLA, *Manual do Código Civil Brasileiro*, III, quarta parte, págs. 141 e seg.

²³ *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil par G. BAUDRY-LACANTINERIE*, Supplément, III, pág. 6.

²⁴ *Direito de Família*, pág. 126.

para o caso de que cogitais".²⁵ O que, em verdade, se discute entre os autores é se se pode, ou não, invocar nulidade virtual em matéria de casamento. A maioria entende que, em se tratando de matrimônio, só existem nulidades textuais (isto é, as expressas na lei), aplicando-se, assim, o princípio que vem do antigo direito francês — *pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressément*. Por isso é que, para atender a certas hipóteses (assim, a identidade de sexo dos nubentes, a falta absoluta de consentimento de um deles para contrair casamento, e a ausência de celebração do matrimônio perante autoridade competente *ratione materiae*) não previstas entre os casos de nulidade do casamento no Código Civil Francês, mas em que não se podia admitir a existência de matrimônio, ZACHARIAE VON LINGENTHAL, em 1808, criou a teoria do casamento inexistente.²⁶ Mesmo os autores que admitem nulidades virtuais em matéria matrimonial se limitam, em regra, a aplicá-las aos casos que, para os demais, são de inexistência, e não a casamentos contraídos em desobediência a preceitos legais que não cominam a pena de nulidade na hipótese de sua inobservância. Daí o motivo por que as diferentes legislações civis, sem serem tachadas de redundantes, enumeram todos os casos em que o casamento é nulo por inobservância de preceito legal, ainda que este esteja redigido na forma proibitiva — "não podem casar . . ." Assim, por exemplo, estabelece o novo Código Civil Italiano, no artigo 86, que "non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente", e, apesar disso, dispõe, no artigo 117, que o casamento contraído com violação do artigo 86 é nulo. O mesmo ocorre na lei alemã, de 20-2-1946, relativa a casamento, nos parágrafos 5 e 20, respectivamente.²⁷ Por conseguinte, procede a crítica que se tem feito ao Projeto

²⁵ Ob. cit., pág. 128.

²⁶ A propósito, vide trabalho de nossa autoria, "A Evolução da Teoria do Casamento Inexistente", in *Verbum*, XXX, fasc. 4, págs. 419 e seg.

²⁷ Estabelece o § 5 (*Doppellehe*): "Niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist"; e dispõe o § 20 (*Doppellehe*): "Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung mit einem Dritten in gültiger Ehe lebte".

por não haver colocado a bigamia, textualmente, entre as causas de nulidade do casamento.

Outro dispositivo do Projeto que, com razão, tem sido criticado é o artigo 119 do Projeto, o qual reza:

“Erro essencial — É também anulável o casamento quando um dos cônjuges o houver contraído por erro essencial sôbre as qualidades do outro, a tal ponto que o seu conhecimento ulterior torne intolerável a vida em comum”.

Esse artigo não introduz, obviamente, o divórcio no direito brasileiro (o que não se admitiria em face do preceito constitucional da indissolubilidade do matrimônio), mas alarga demasiadamente o conceito de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, atribuindo ao juiz, na verificação da existência do *erro essencial sôbre as qualidades do outro cônjuge a tal ponto que o seu conhecimento ulterior torne intolerável a vida em comum* (o que evidentemente é muito subjetivo), margem muito ampla de arbítrio. E, assim, com a complascência judicial (o que não é tão raro como pretendem alguns, haja vista o que ocorre nos países divorcistas, em que a jurisprudência, em geral, se inclina a alargar as causas em que se admite o divórcio), enfraquece-se, sem dúvida alguma, o vínculo conjugal.

Não há dúvida — apesar das afirmações em contrário — de que, com esse artigo 119, houve o propósito de facilitar a ruptura do vínculo conjugal, o que se demonstra com as duas seguintes observações:

a) de acôrdo com o artigo 122 do Projeto (e ao contrário do que ocorre com o Código Civil, em que o prazo para a anulação com base em erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge *começa a correr da data da celebração do matrimônio*), “extingue-se em um ano, *contado da data em que se torna exercitável*, o direito a promover a anulação do casamento”; em outras palavras, enquanto que, pelo Código Civil, o direito de promover a anulação do casamento por erro essencial se extingue em 10 dias (na hipótese de defloração) ou em um ano (nos demais casos), *a partir da data da celebração do casamento*, pelo Projeto êle só se extinguirá depois de decorrido um ano da *data em que êle se torna exercitável* (isto é, da data em que se tomou

conhecimento do êrro, ainda que vários anos já tenham transcorrido desde a celebração do matrimônio); e

b) por que não se manteve, a propósito, o disposto nos artigos 218 e 219 do Código Civil, onde se disciplina a anulação por êrro essencial com base em elementos objetivos, sem se retirar totalmente a flexibilidade da jurisprudência? Apenas — como salienta o Prof. ORLANDO GOMES — para dar, nesses casos, mais liberdade de apreciação para o juiz? Mas, que é que justifica a necessidade dêsse alargamento de apreciação judicial?

Note-se, ainda — e isso em geral tem passado despercebido —, que o artigo 119 do Projeto, em comparação com o artigo 126 do Anteprojeto, tornou ainda mais imprecisa a caracterização do êrro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. Com efeito, rezava o artigo 126 do Anteprojeto:

“Êrro essencial — É também anulável o casamento quando um dos cônjuges o houver contraído por êrro sôbre qualidades tão essenciais do outro, que o seu conhecimento torne intolerável a vida em comum, tendo em vista as finalidades do matrimônio”.²⁸

O Prof. ORLANDO GOMES assim justificou a parte final dêsse artigo (“tendo em vista as finalidades do matrimônio”):

“Salienta-se, por fim, que a exigência, no Anteprojeto, para que o êrro seja apreciado em atenção aos fins do matrimônio constitui uma limitação que impede anulações fáceis, por se tratar precisamente de elemento objetivo”.²⁹

Pois bem, êsse *elemento objetivo* destinado especificamente a impedir anulações fáceis foi retirado dêsse artigo pela Comissão que reviu o Anteprojeto, tanto que não se encontra no artigo 119 do Projeto.

²⁸ A expressão *qualidades tão essenciais*, que se encontra nesse artigo, e que causou espécie, com razão, aos críticos do Anteprojeto (a qualidade ou é essencial, ou não o é), é, talvez, resultado da leitura do artigo 124, 2.º, do Código Civil Suíço, que dispõe:

“Le mariage peut être attaqué par l'un des époux:

2.º Lorsqu'il a contracté mariage sous l'empire d'une erreur relative à des qualités SI ESSENTIELLES du conjoint, que leur défaut lui rend la vie commune insupportable”.

²⁹ A *Reforma do Código Civil*, pág. 151.

Outro ponto onde as inovações do Projeto são, a nosso ver, atacáveis é o que diz respeito à equiparação absoluta do marido e da mulher na sociedade conjugal, quer nas relações patrimoniais, quer nas relações pessoais, quer nas relações entre pais e filhos. Procura o autor do Anteprojeto defender a orientação adotada, salientando que se acham peremptas as concepções de inferioridade da mulher; que a família brasileira moderna não é mais patriarcal; e que a paridade absoluta entre os cônjuges é a tendência que se observa nas legislações mais modernas, como, por exemplo, na lei alemã de 18-6-1957. A nosso ver, no entanto, tem razão CASTAN,³⁰ ao salientar que essa equiparação absoluta entre os cônjuges acarreta três inconvenientes: 1) conduz ao triunfo da vontade do mais forte; 2) dificulta a prática dos atos de administração dos bens, a qual exige decisões rápidas; e 3) suscita conflitos e desavenças que reclamarão a intervenção judicial, no seio da família, para solvê-los. Por outro lado, na grande maioria das famílias brasileiras (mesmo nas cidades grandes, onde, muita vez, a mulher trabalha fora do lar), observa-se a justeza das ponderações de AHRENS,³¹ no sentido de que, embora a posição do homem e da mulher deva ser igual na família, suas funções são diferentes: por motivos de ordem psicológica o homem dirige seus pensamentos e seus sentimentos mais para o mundo exterior, enquanto que a mulher concentra seus pensamentos e suas afeições predominantemente na intimidade da vida familiar — daí, dever ser atribuída ao homem a representação da família nas relações externas, e à mulher a direção das atividades domésticas. Dessa realidade palpável não pôde o Projeto fugir integralmente, tanto assim que, no artigo 147, determina:

“No desquite litigioso, sendo a mulher pobre e inocente, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia que o juiz fixar”.

Por que não estabeleceu o Projeto a recíproca: o direito do homem pobre e inocente à pensão devida pela mulher?

³⁰ *Apud* ORLANDO GOMES, *A Reforma do Código Civil*, págs. 125 e seg.

³¹ *Cours de Droit Naturel*, II, 7.^a ed., Leipzig, 1875, §. 98, págs. 283 e seg.

Se a equiparação absoluta dos cônjuges fôsse uma realidade na família brasileira, não seria essa providência um fato absolutamente natural? Note-se, por fim, que dessa paridade entre os cônjuges na forma adotada pelo Projeto resulta um dispositivo — o 131, § unico —, onde se consigna o seguinte:

“O lugar da residência do casal será escolhido de comum acôrdo, podendo o juiz, por motivo justo, autorizar que os cônjuges residam separadamente”.

Outra inovação que rompe, frontalmente, com nossa tradição jurídica (que, na espécie, remonta ao direito costumeiro português anterior às Ordenações Afonsinas) é a que estabelece, como regime legal de bens no casamento, o da separação de bens com a comunhão de aqüestos. Assim justifica o Prof. ORLANDO GOMES essa inovação:

“O regime da separação relativa, preconizado no projeto, melhor atende ao espírito da sociedade conjugal, por que assenta no pressuposto de que o casamento estabelece, como dizia RIPERT, uma união perfeita entre os cônjuges, uma união de almas, mas, também, uma união de interesses. Os bens adquiridos na constância do matrimônio devem ser comuns por serem fruto da estreita colaboração que se estabelece entre marido e mulher, resultando, de regra, na família comum ou média do espírito de economia da mulher

Mas, se a comunicação dos bens adquiridos depois do casamento se justifica até como elemento de fortificação do vínculo matrimonial, o regime da comunhão universal, adotado pelo direito vigente, além de anacrônico, não se funda em princípio sustentado por concepções que sejam a projeção da própria idéia de casamento. Mas a tradição somente é respeitável, como bem o disse CHOTEAU no seu excelente ensaio sobre a reforma dos regimes matrimoniais (*in Études Ripert*, t. I, pág. 469), quando dá as suas provas e pode manter seus títulos, jamais quando seus entraves são insuportáveis ou seus argumentos, peremptos”.³²

³² A Reforma do Código Civil, págs. 167 e seg.

A essa argumentação respondem — e, a nosso ver, com vantagem — as palavras de LAFAYETTE em favor do regime da comunhão universal de bens (regime a que êle alude como o “produto o mais notável do direito costumeiro em Portugal” e o “tipo original de que não há exemplo nas legislações de outros povos, à exceção da Holanda”):

“Tal como é em sua natureza e efeitos a comunhão é por certo o regime que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal.

A comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos cônjuges e contribuí poderosamente para fortificá-la e consolidá-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro”.³³

Se, como salienta o autor do Anteprojeto, se pretende mudar o regime legal de bens para melhor atender ao espírito da sociedade conjugal, então não há o que mudar, porque o que existe é superior ao que se propõe. E o que o demonstra são exatamente os “argumentos peremptos” em que êle se baseia. O verdadeiro motivo da modificação proposta é outro, e é o próprio autor do Anteprojeto quem no-lo fornece:

“O regime sugerido no Anteprojeto harmoniza-se, por outro lado, com a diretriz nêle traçada em favor da completa igualdade dos cônjuges. O regime da comunhão universal assegura a preponderância do marido nas relações patrimoniais entre os cônjuges. Tal preponderância é, por assim dizer, da sua própria mecânica”.³⁴

Mas ainda essa argumentação não procede. Primeiro, porque o regime que mais se coaduna com a igualdade absoluta dos cônjuges é — como reconhece o Prof. ORLANDO GOMES — o da separação total de bens. Segundo, porque o próprio Projeto, ao tratar da administração dos aquêstos no regime legal de bens, coloca o marido em posição superior à da mulher, pois determina: “A administração do patrimônio comum deve ser exercida pelo marido, com a colaboração da mulher. O concurso da mulher é indispensável

³³ *Direitos de Família*, segunda tiragem, 1889, § 55, págs. 98.

³⁴ *A Reforma do Código Civil*, pág. 168.

para os atos de administração que importem cessão do uso ou gozo dos bens comuns." Terceiro, porque se o problema é ajustar o regime legal de bens ao princípio da igualdade dos cônjuges, bastaria estabelecer, mesmo com relação à comunhão universal, que a administração do patrimônio do casal seria exercida conjuntamente pelo homem e pela mulher.

Vinculada a essa inovação encontra-se outra, esta no direito das sucessões: a constante do artigo 704, que se prende ao princípio geral referido no artigo 702 do Projeto. Rezam êsses artigos:

"Art. 702. *Herdeiros necessários* — São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 704. *Concorrência do cônjuge com descendentes ou ascendentes* — Se o falecido não tiver sido casado pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança:

I — se só houver deixado filhos de que o outro não seja também ascendente;

II — se forem chamados à sucessão os ascendentes.

Parágrafo único. Havendo o concurso, a parte disponível será reduzida a um quarto da herança".

Além da crítica de ordem geral que se pode fazer a êsses dispositivos pelo fato de reduzirem ainda mais do que atualmente (e o Código Civil já foi muito criticado por isso) a liberdade de testar (que chega a limitar-se apenas a 1/4 dos bens), é, a nosso ver, muito falho o artigo 704. Se através dêle se pretende amparar a mulher que não era casada sob o regime da comunhão universal, melhor seria que se mantivesse o § 1.º do artigo 1611 do Código Civil, na redação dada pela Lei n.º 4 121, de 27-8-62:

"O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos dêste ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*."

Com o usufruto alcança-se o objetivo visado (o amparo à mulher que não era casada sob o regime da comunhão universal), e não se incide em incoerência desta ordem:

a) se duas pessoas, ao casarem, não tiverem bens, e, em consequência, o patrimônio comum, por ocasião da morte de uma delas, fôr constituído, apenas dos aqüestos. verifica-se a seguinte situação, na hipótese de concorrência com descendentes ou ascendentes:

— se casadas pelo regime da separação com comunhão de aqüestos, o cônjuge sobrevivente receberá $3/4$ desses bens (a metade, a título de meação; o $1/4$ restante, a título de legítima);

— já, se casadas pelo regime da comunhão universal, embora o cônjuge falecido nada tivesse ao se casar, o sobrevivente receberá apenas $1/2$ desses bens, a título de meação; e

b) o artigo 161 do Projeto manteve o princípio do Código Civil atual de que é obrigatório o regime da separação de bens sem comunhão de aqüestos no casamento do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos; a justificativa desse preceito é esta, nas palavras de CLÓVIS BEVILÁQUA:

“Essas pessoas já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que os seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão. Também não podem, como, em geral, todos aquêles a quem a lei impõe o regime da separação, fazer doações *inter vivos*, um ao outro. De outro modo, a lei seria, fãcilmente, burlada. É esta uma proposição, que dispensa qualquer esclarecimento. É uma inferência que se impõe”;³⁵ ora, em face do art. 704 do Projeto, se é certo que o outro cônjuge não receberá uma parcela dos bens do sexa-

³⁵ *Código Civil dos Estados Unidos da Brasil comentado*, II, 5.^a ed., pág. 169 (comentário ao artigo 258).

genário ou da quinquagenária a título de meação, também é certo que êle irá receber 1/4 dêsses bens, no mínimo, a título de legítima; para que, então, manter êsse regime obrigatório que só se justifica se realmente fôr um entrave a ambições?

Enfim, afigura-se-nos passível de crítica, ainda, a inovação constante no artigo 668 do Projeto, que reza:

“Participação da companheira — A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo, que com êle tenha vivido nos últimos quatro anos e haja colaborado no aumento ou conservação de seu patrimônio, participará de sua sucessão nas condições seguintes:

I — se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;

II — se concorrer com descendente do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á sòmente a metade;

III — se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV — não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Êsse artigo, apresenta, a nosso ver, as seguintes falhas:

a) estabelece prazo muito exíguo (quatro anos apenas) para que a companheira venha a participar da sucessão do companheiro, concorrendo até com filhos legítimos dêste;

b) admite que a concubina tenha reconhecido êsse direito com a demonstração de que simplesmente ajudou a conservar o patrimônio do companheiro, o que é muito vago, bastando, em última análise, a prova da vida em comum e da existência de bens quando do falecimento do concubino; e

c) atribui à concubina muito mais (pois ela pode, concorrendo com os ascendentes do concubino, receber a metade de todos os bens dêle, inclusive os não adquiridos com o esforço comum) do que atualmente a jurisprudência — que procura atender aos aspectos humanos do pro-

blema, sem incentivar o incremento do concubinato — lhe confere através do reconhecimento de uma sociedade de fato, como se vê na súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece:

“Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

CONCLUSÃO

Agiu bem o Govêrno ao recuar, retirando do Congresso Nacional o Projeto de Código Civil que a êle encaminhara.

A obra que se pretende transformar no nôvo Código Civil Brasileiro está a merecer revisão mais profunda, para que não se corra o risco de reformar para pior.

Hoje, mais do que ontem, são oportunas as palavras de CÂNDIDO DE OLIVEIRA:

“Mal-avisados andam os que, em assuntos de tanta monta, aconselham a precipitação”.³⁶

Se êsse conselho era válido quando nos regíamos pelas velhas Ordenações do Reino, que dizer, então, agora, quando dispomos de um Código Civil em que todos reconhecem o maior de nossos monumentos legislativos?

³⁶ *Curso de Legislação Comparada, parte geral: as fontes*, pág. 227.