

# **Análise do novo código civil em confronto com o atual sob a perspectiva das atividades notariais e de registros**

SÉRGIO BUSSO

No último dia 10 de janeiro, tivemos, finalmente, sancionada a Lei de número 10.406, objeto de publicação no Diário Oficial do dia seguinte, a qual trata do novo Código Civil, cujos trabalhos para esse fim se iniciaram no ano de 1976, junto ao Congresso Nacional, devendo entrar em vigor em janeiro de 2003, quando, em consequência, será dado por revogado o que temos hoje em vigor, e que data de 1º. de janeiro de 1916.

Como toda norma imposta pelo poder público busca uma adequação aos costumes de uma sociedade, referido Código procurou se atualizar, uma vez que o que tínhamos em vigor já se apresentava sexagenário, reclamando alterações constantes motivando a apresentação de um projeto nesse sentido, que se arrastou até meados de agosto de 2001, resultando no texto que agora a nós é imposto para o devido cumprimento.

Dentre as várias alterações, vamos destacar aqui algumas que estão ligadas mais diretamente às atividades Notariais e de Registros, e de forma mais amiúde usadas pela sociedade, com apresentação de um quadro comparativo, para melhor elucidação do que pretendemos:

## **PARTE GERAL**

### **1. - LIVRO I - DAS PESSOAS**

#### **1.1. - TÍTULO I - DAS PESSOAS FÍSICAS**

##### **1.1.1. - CAPÍTULO I - DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE**

**CÓDIGO NOVO** - É considerado civilmente maior todo aquele que tiver 18 anos de idade (art. 5º.). São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos (art. 3º., I). É tido como relativamente incapaz o que tem entre 16 e 18 anos (art. 4º.). A emancipação voluntária por parte dos pais, pode ocorrer a partir dos 16 anos (art. 5º., § único, I).

**LEGISLAÇÃO ATUAL** - É considerado civilmente maior todo aquele que tiver 21 anos de idade (art. 9º, do C.Civil). É tido como absolutamente incapaz aquele que tiver menos de 16 anos (art. 5º., I), e relativamente incapaz, o entre 16 e 21 (art. 6º., I, do C.Civil). A emancipação por vontade dos pais, pode ocorrer a partir dos 18 anos (art. 9º., § 1º., I, do C.Civil).

**COMENTÁRIOS**: - Como fator de relevante importância, temos a redução da idade para que uma pessoa física seja considerada maior, que, a partir da vigência do novo Código, passará a ser 18 anos, e não mais 21, como temos nos dias de hoje. Como consequências dessa retração, podemos ter muitas perdas, como as que advêm de pensão alimentícia, ou de vínculo de dependência em empresas assistenciais, ou mesmo Clubes de Lazer, quando se beneficia filho enquanto menor for, ou seja, hoje até completar 21 anos; o que não mais deverá ocorrer com a vigência do novo Código, que prevê o fim da menoridade ao se completar 18 anos. Isto também ocorrerá com o usufruto legal, que hoje é exercido pelos pais até que seus filhos completem 21 anos, perdendo essa condição com a nova legislação, logo que os mesmos registrarem 18 anos.

### **2. - LIVRO III - DOS FATOS JURÍDICOS**

#### **2.1. - TÍTULO I - DO NEGÓCIO JURÍDICO**

##### **2.1.1. - CAPÍTULO IV - DO ESTADO DE PERIGO**

### **ESTADO DE PERIGO**

**CÓDIGO NOVO** - Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (art. 156). Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias (§ único, do art. 156). É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação desse negócio jurídico, a contar da data em que o mesmo se realizou (art. 178, II).

**COMENTÁRIOS** - Trata-se de matéria nova dentro do nosso direito, que visa proteger alguém que contrata em momento de desespero, resultando daí um negócio que em circunstâncias normais não seria praticado. Podemos caracterizar aqui um empréstimo com encargos de elevada proporção, e até mesmo uma alienação de bem móvel e principalmente de imóvel por preço aquém do comércio normal, cujos recursos estaria se buscando de forma alopada para safar-se de uma situação premente, considerada por ele de extrema gravidade. A observação que aqui se faz, relacionada a imóvel, é oportuna, uma vez que sabemos ser comum nas negociações imobiliárias procurar registrar o valor econômico do negócio jurídico bem abaixo

do que realmente se verifica, motivada às vezes por falta de caixa para que isso ocorra, à vista de anterior sonegação fiscal, voltada mais precisamente para o Imposto de Renda, e também para se ter uma redução nas despesas com o recolhimento do imposto que recai sobre tais transações, aliadas às necessárias a elaboração do contrato e de seu respectivo registro. Pode se pedir a anulação desse negócio jurídico até quatro anos a contar da data em que o mesmo se der por realizado.

## **LESÃO**

NOVO CÓDIGO – Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157). É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação desse negócio jurídico, a contar da data em que o mesmo se realizou (art. 178, II).

COMENTÁRIOS – Instituto que também se apresenta como novidade textual em nosso direito, que busca proteger o agente que, na condição ali explícita, se determina ao cumprimento de uma obrigação que em circunstâncias normais não teria por ela se responsabilizado. Pode se pedir a anulação desse negócio jurídico até quatro anos a contar da data em que o mesmo se der por realizado.

## **2.2. – TÍTULO V – DA PROVA**

### TESTEMUNHAS

NOVO CÓDIGO - Quanto a impossibilidade de serem admitidas como testemunha, temos textualmente no novo Código mais duas classes, ou sejam: a) a daqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil (art. 228, II); e b) a do amigo íntimo ou do inimigo capital das partes (art. 228, IV). Vale aqui lembrar que o novo código suprimiu do atual a classe que se apresentava como "loucos de todo gênero", por estar a mesma compreendida no que se vê no inciso II, do referido art. 228. Desta forma, dito artigo assim se apresenta: "Art. 228 – Não podem ser admitidos como testemunhas: I – os menores de dezesseis anos; II – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III – os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; IV – o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V – os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

COMENTÁRIOS: Devemos aqui observar que os impedimentos para que uma pessoa possa se apresentar como testemunha em atos notariais, de forma geral, incluindo-se aí o de testamento, vêm tratados no aludido artigo 228, ficando suprimido o tratamento especial que o Código atual dá ao instituto do testamento (art. 1650), que traz uma relação própria indicando as qualificadoras que impedem uma pessoa de se apresentar naquele ato como testemunha.

## **PARTE ESPECIAL**

### **1. - LIVRO I – DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**

#### **1.1. - TÍTULO VI – DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CONTRATO**

##### **1.1.1. - CAPÍTULO I – DA COMPRA E VENDA**

### DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE

CÓDIGO NOVO – É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido (art. 496).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam (art. 1132, do C.Civil).

COMENTÁRIOS: A redação que se vê no novo Código dirime dúvida que até então a justiça vinha tendo em se afirmar ser a transação referida no artigo 1132 como nula ou anulável, se feita sem expressa anuência dos demais descendentes. Agora, com a redação que se observa no aludido artigo 496, nenhuma hesitação mais se no vê em tratar o caso somente como sujeito a anulabilidade, desprezando totalmente eventual questionamento diverso, como hoje acontece. Outro detalhe de extrema importância é quando temos acrescentado nessa nova redação, a necessidade de expressa anuência também do cônjuge do alienante. Com a legislação de agora esta situação não ocorre, uma vez que, à vista do disposto nos artigos 235 e 242, nem o marido, nem a esposa, poderiam praticar tal ato sem a expressa anuência do

outro. Porém, a partir da vigência do Código a ser sancionado, novo tratamento quanto ao caso vamos ter, ao se permitir que apenas o detentor de direitos reais imobiliários, quando casado no regime da separação absoluta de bens, possa isoladamente transmiti-los ou onerá-los sem a interveniência do outro cônjuge (art. 1687, do novo Código – comentado a seguir). Desta forma, quando nos dias de hoje nos depararmos com venda de ascendente para descendente, envolvendo como transmitente apenas um dos cônjuges, por ser ele o titular de tais direitos, necessário também o consentimento do outro cônjuge, sob pena de ser oportunamente anulado. Como já acima informado, no futuro, transações normais tendo a figura do transmitente da forma como ora se expõe, dispensará a presença do outro cônjuge, por disposição expressa que teremos no novo Estatuto Civil (art. 1647, I).

#### ENTRE CÔNJUGES

NOVO CÓDIGO – Traz com todas as letras a possibilidade dessa negociação, como expõe o art. 499 – É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

LEGISLAÇÃO ATUAL – Nenhuma previsão expressa se vê. Hoje não temos a devida segurança na prática de atos de compra e venda entre cônjuges, por falta de uma norma imperativa sobre o assunto.

COMENTÁRIOS – Vem dito artigo 499 deixar mais transparente a possibilidade de utilização do instituto da compra e venda entre cônjuges, agora por expressa autorização legal. Hoje, procurando esquivar-se de eventual questionamento jurídico, por ausência de disposição expressa em Lei, aproveita-se de forma mais amiúde do instituto da doação para dar vida a essa transmissão, a qual vinha e vem sendo melhor aceita pelas Cortes julgadoras.

### **1.1.2. - CAPÍTULO X – DO MANDATO**

#### **PLURALIDADE DE MANDATÁRIOS**

CÓDIGO NOVO – Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, qualquer deles poderá exercer os poderes outorgados, se não forem expressamente declarados conjuntos, nem especificamente designados para atos diferentes, ou subordinados a atos sucessivos. Se os mandatários forem declarados conjuntos, não terá eficácia o ato praticado sem interferência de todos, salvo havendo ratificação que retroagirá à data do ato.

LEGISLAÇÃO ATUAL – Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, entender-se-á que são sucessivos, se não forem expressamente declarados conjuntos, ou solidários, nem especificadamente designados para atos diferentes (art. 1304, do C.Civil).

COMENTÁRIOS - Tratou o novo Código de uma redação mais adequada para o mandato quando temos mais de um mandatário e com poderes iguais para todos. Se nenhuma observação for feita no instrumento quanto à necessidade de atuarem de forma conjunta, considerar-se á como todos com poderes isolados e independentemente da ordem de nomeação para a prática dos atos que ali se determina, o que, sem qualquer dúvida, é o desejo da maioria que procura se utilizar desse ato jurídico, dando-a como regra para nossas atividades.

## **2. - LIVRO III – DO DIREITO DAS COISAS**

### **2.1. - TÍTULO III – DA PROPRIEDADE**

#### **2.1.1. - CAPÍTULO II – DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL**

##### DO USUCAPIÃO

CÓDIGO NOVO – Aquele que, por quinze (15) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis (art. 1238). O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (parágrafo único do artigo 1238). Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (art. 1239). Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados (250,00m<sup>2</sup>), por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 1240). O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (§ 1º., do art. 1240). O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez (§ 2º., do art. 1240). Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez

(10) anos (art. 1242). Será de cinco (5) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia ou realizado investimento de interesse social e econômico (§ único do art. 1242).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Aquele que, por vinte (20) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis (art. 550, do C.Civil). Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez (10) anos entre presentes, ou quinze (15) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé (art. 551, do C.Civil). Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitam município diverso (parágrafo único do referido artigo 551).

COMENTÁRIOS – Várias alterações de ordem temporal e de significada importância temos aqui no usucapião. Visou a lei dar uma proteção maior ao possuidor, diminuindo o tempo que antes lhe era dado para ver reconhecido o direito ao domínio, principalmente se o espaço por ele ocupado esteve voltado para si ou para sua família.

### **2.1.2. - CAPÍTULO VII – DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO**

#### **DISPOSIÇÕES GERAIS**

Uma simples observação deve nesse campo ser objeto de registro para eventuais considerações. Quando o novo Código trouxe informações de como deve um ato ser formalizado, referiu-se, sempre a escritura pública e a instrumento particular. Aqui, mais precisamente na redação do § 5º, do art. 1331, temos o seguinte texto: “O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio”. No artigo 1332, temos a seguinte redação “Institui-se o condomínio por ato entre vivos ou testamento.....”. O alerta que pretendemos aqui fincar é de que não deixou claro o legislador se admite ou não o instrumento particular na constituição do condomínio edilício. Alguns poderão entender que a expressão “escritura” que integra o texto do aludido parágrafo pode ser vista como de ordem pública ou particular. Outros, no entanto, poderão observar o conjunto das letras do Código em estudo e defender ter o legislador ali se referido ao instrumento público, não abrindo a possibilidade para uso do papel privado. A direção que cada um poderá dar ao caso deve ser analisada à vista do que reza o artigo 166, IV, desse novo “Codex”, que assim se expressa: Art. 166 – É nulo o negócio jurídico. IV – Quando não revestir a forma prescrita em lei. Assim, fica a lembrança de que a preocupação que está se tendo com a busca de uma segurança maior na regularização dos atos e documentos que envolvem esse tipo de condomínio, tem se redobrado nos últimos tempos, principalmente à vista dos recentes acontecimentos que deixaram no prejuízo inúmeros adquirentes de unidades, motivadas pela utilização de falhas que se vê na legislação específica, entre as quais vinha se permitindo a utilização do instrumento particular para tal ato e outros subseqüentes, não se dando, ai, a obrigatória oportunidade de um Tabelião melhor esclarecer esses adquirentes das conseqüências do negócio que estavam se envolvendo.

### **3. - LIVRO IV – DO DIREITO DE FAMÍLIA**

#### **3.1. - TÍTULO I – DO DIREITO PESSOAL**

##### **3.1.1. - SUBTÍTULO I – DO CASAMENTO**

##### **3.1.1.1. – CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS**

#### **GRATUIDADE DO CASAMENTO**

CÓDIGO NOVO – O casamento é civil e gratuita a sua celebração (art. 1512). A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas para as pessoas cuja pobreza for declarada sob as penas da lei (§ único do art. 1512).

LEGISLAÇÃO ATUAL – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226, da Constituição Federal). O casamento é civil e gratuita a celebração (§ 1º, do referido artigo 226).

COMENTÁRIOS – Hoje, nessa direção, temos apenas a aludida norma constitucional que traz a gratuidade somente para a celebração do casamento, não a estendendo da forma como exposta no novo Código.

##### **3.1.1.2. – CAPÍTULO II – DA CAPACIDADE MATRIMONIAL**

CÓDIGO NOVO – O homem e a mulher com 16 (dezesseis) anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil (art. 1517). 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.

LEGISLAÇÃO ATUAL – Não podem casar (art. 183, do C.Civil). As mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18 (item XII, do referido artigo 183). Para ao casamento dos menores de 21 (vinte e um) anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais (art. 185, do C.Civil). Podem, entretanto, casar-se os referidos menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (art. 214, do C.Civil). Em tal caso o juiz poderá ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal (§ único, do aludido art. 214).

COMENTÁRIOS: Pelo que aqui se observa, o legislador já procurou neste Capítulo amoldar o novo Código às normas da Constituição Federal, mais especificamente ao que dispõe seu art. 5º, I, conferindo ao homem e a mulher o mesmo tratamento, ao igualar a idade de 16 anos para dá-los em condições de estarem prontos para as exigências do casamento.

### **3.1.1.3. – CAPÍTULO IV – DAS CAUSAS SUSPENSIVAS**

CÓDIGO NOVO – Neste Capítulo temos o seguinte: Art. 1523 - Não devem casar: I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez (10) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único: É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhe sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV, deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada. No caso do inciso II, a nubente deverá provar o nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. As causas suspensivas da celebração do matrimônio podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins.

LEGISLAÇÃO ATUAL – Temos o assunto tratado pelo artigo 183, do Código Civil, e também pelo de número 31, da Lei 6515/77, que assim se expressa: “Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens”.

COMENTÁRIOS – Visou o novo Código ser mais flexível nas hipóteses que antes impediam novo matrimônio. Como pode ser visto do parágrafo único, de seu artigo 1523, os interessados têm a partir da vigência do novo Estatuto, a possibilidade de celebrarem novas núpcias, sem a observância das causas que serviam como motivo impediante, desde que obedecido o que vem disposto pela mencionada base legal.

### **3.1.1.4. – CAPÍTULO VI – DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO**

CÓDIGO NOVO – O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais (art. 1542). A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos (§ 1º). A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias (§ 3º.) Só por instrumento público se poderá revogar o mandato (§ 4º.).

LEGISLAÇÃO ATUAL – O casamento pode celebrar-se mediante procuração, que outorgue poderes especiais ao mandatário para receber em nome do outorgante, o outro contraente (art. 201, do C.Civil). Pode casar por procuração o preso, ou o condenado, quando lhe não permita comparecer em pessoa a autoridade, sob cuja guarda estiver (§ único).

COMENTÁRIOS: - Como novidade para o que aqui se vê, temos a obrigatoriedade da procuração estar formalizada por instrumento público; da responsabilidade por perdas e danos por parte do mandante, caso o matrimônio venha a ser realizado sem que o mesmo tenha no devido tempo dado ciência da revogação da procuração ao mandatário; de que o mandato passará a ter validade por apenas noventa (90) dias; e de que sua revogação só poderá ocorrer também via instrumento público. Buscou-se, desta forma, dar uma melhor regulamentação ao casamento quando feito por procurador, uma vez que o reflexo dessa nova situação civil é de proporções consideráveis, cujas cautelas de legalidade passam agora a ser melhor examinadas.

### **3.1.1.5. – CAPÍTULO IX – DA EFICÁCIA DO CASAMENTO**

CÓDIGO NOVO – Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do

outro (§ 1º., do art. 1565). Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta (180) dias, interdito judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens (art. 1570).

LEGISLAÇÃO ATUAL – A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido (§ único, do art. 240, do C.Civil). À mulher compete a direção e administração do casal, quando o marido: I – estiver em lugar remoto, ou não sabido; II – estiver em cárcere por mais de dois (2) anos; e III – for judicialmente declarado interdito (art. 251, do C.Civil).

COMENTÁRIOS – Quanto a faculdade expressa que o novo Código traz, permitindo a qualquer um dos cônjuges em acrescentar ao seu o sobrenome do outro, observamos que, não obstante não ser esta a redação que presenciamos no Código hoje em prática, nossos Tribunais entendem que à vista da igualdade de direitos tratada na Carta Constitucional, essa permissão deve também ser estendida desde já ao marido, dando-se por dirimida eventual dúvida quanto a essa eventual pretensão. Desta forma, temos como elemento de maior importância neste Capítulo, a disposição relacionada ao prazo de perda da direção da família e da administração dos bens, quando encarcerado um dos cônjuges, reduzindo-o de dois (2) anos, como hoje aplicamos, para cento e oitenta (180) dias.

### **3.1.1.6. – CAPÍTULO X – DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL**

CÓDIGO NOVO - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um (1) ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção (art. 1574). 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 (art. 1572). A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um (1) ano e a impossibilidade de sua reconstituição (§ 1º., do art. 1572). 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 dois (2) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável (§ 2º., do art. 1572). 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 (art. 1573). O juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum (§ único, do aludido art. 1573).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Dar-se-á a separação por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois (2) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado (art. 4º., da Lei 6515/77). A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (art. 5º., da Lei 6515/77). A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de cinco (5) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição (§ 1º., do art. 5º., da Lei 6515/77). O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco (5) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável (§ 2º., do art. 5º., da Lei 6515/77).

COMENTÁRIOS: Conclui-se pelo que se expõe neste Capítulo, que as modificações aqui vistas se ativeram mais especificamente aos prazos a serem obedecidos para obtenção da separação, não justificando qualquer observação no que mais se alterou. Assim, quando o pedido de separação for de forma consensual, o prazo mínimo de vida conjugal passa a ser de um (1) ano, e não mais dois (2), como previsto pela norma atual. Dá-se, também, por reduzido igualmente para um (1) ano, quando o pedido é feito por apenas um dos cônjuges, sob alegação de ruptura da vida em comum, e a impossibilidade de sua reconstituição, quando temos no atual esse prazo como de cinco (5) anos. Igualmente se reduz o prazo de cinco (5) para dois (2) anos para se ter reconhecida como provavelmente incurável uma enfermidade manifestada após o casamento.

### **3.1.2. - SUBTÍTULO II – DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO**

#### **3.1.2.1. – CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS**

CÓDIGO NOVO – São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra (art. 1592).

LEGISLAÇÃO ATUAL – São parentes, em linha colateral ou transversal, até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra (art. 331, do C.Civil).  
COMENTÁRIOS – O que aqui se observa é apenas a retração que se dá ao grau de parentesco na aludida linha, hoje extensivo até o sexto grau, ficando no novo Código limitado ao quarto.

### **3.1.2.2. – CAPÍTULO IV – DA ADOÇÃO**

CÓDIGO NOVO – Só a pessoa maior de dezoito (18) anos pode adotar (art. 1618). A adoção por ambos os cônjuges ou conviventes poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito (18) anos de idade, comprovada a estabilidade da família (§ único, do art. 1618). O adotante há de ser pelo menos dezesseis (16) anos mais velho que o adotando (art. 1619). A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código (art. 1623). A adoção de maiores de dezoito (18) anos dependerá, igualmente, de processo judicial, com a intervenção do Ministério Público (§ único, do art. 1623).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil (art. 42, da Lei 8069/90) A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um (21) anos de idade, comprovada a estabilidade da família (§ 2º., do art. 42, da Lei 8069/90). O adotante há de ser pelo menos dezesseis (16) anos mais velho que o adotando (§ 3º., do art. 42, da Lei 8069/90).  
ADOÇÃO com utilização da via jurisdicional – O adotando deve contar com, no máximo, dezoito (18) anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40, da Lei 8069/90).  
ADOÇÃO com utilização da escritura pública – A adoção far-se-á por escritura pública, em que não admite condição nem termo (art. 375, do C.Civil) – utilizada para maiores de dezoito (18) anos, desde que obedecido o texto do art. 40, da Lei 8069/90.

COMENTÁRIOS – O que mais se destaca neste Capítulo é a obrigatoriedade de todas as adoções serem resolvidas via jurisdicional, não mais podendo o interessado se valer da escritura pública, quando em situações especiais assim é determinado pela legislação atual.

### **3.1.2.3. – CAPÍTULO V – DO PODER FAMILIAR**

CÓDIGO NOVO – Durante o casamento, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (art. 1631). Divergindo os progenitores quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (§ único, do referido art. 1631).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade (art. 380, do C.Civil). Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao Juiz para solução da divergência (§ único, do art. 380, do C.Civil).

COMENTÁRIOS – Este instituto vem sendo tratado na legislação até então aplicada, com o título “Do Pátrio Poder”, passando a partir do novo Código, a se apresentar da forma como acima se expõe, ou seja, “Do Poder Familiar”. O que devemos nos ater é de que tanto a Carta Magna de 1988, como o Código em estudo, não atribuíram exclusividade do poder de família a qualquer um dos cônjuges, quando presentes, dando-o claramente por dividido, ou seja, o pai ou a mãe, isoladamente, não pode decidir pela família, mas sempre em conjunto. Não havendo concordância, aciona-se a estrutura judiciária para a solução da questão. Podemos assim concluir que a representação e assistência de menores por parte de seus pais devem, sempre, ter a presença de ambos, não mais se admitindo apenas um deles, dada a clareza do que percebemos no novo Código. Nesse mesmo sentido temos a redação do artigo 1690, do mesmo “Codex”, que assim se expressa, no subtítulo que cuida do Usufruto e da Administração dos bens dos filhos menores: “Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados”.

## **3.2. - TÍTULO II – DO DIREITO PATRIMONIAL**

### **3.2.1. - SUBTÍTULO I – DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES**

#### **3.2.1.1. – CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS**

CÓDIGO NOVO – É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos: I - das pessoas eu contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (art. 1641). Ressalvado o disposto no art. 1648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo

remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação (art. 1647). Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la (art. 1648). A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária - art. 1647 -, tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal (art. 1649).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial (art. 258, do C.Civil). É porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: I – das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI; II – do maior de sessenta (60) e da maior de cinquenta (50) anos; III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; IV – de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (§ único, do referido art. 258). Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (art. 259, do C.Civil).

COMENTÁRIOS – O novo Código traz como destaque neste Capítulo, a incomunicabilidade dos aqüestos nos casos do matrimônio ter se realizado pelo regime da separação obrigatória de bens, motivada por infração ao disposto nos incisos de seu art. 1641. Só para lembrar, hoje tais bens se comunicam sem qualquer restrição, à vista do disposto na Súmula 377, do STF, que se ateve a redação que temos hoje no parágrafo único, do artigo 258, do Código Civil. Devemos aqui ressaltar como de extrema importância a alteração que percebemos na redação do artigo 1647, do novo Código Civil, que determina a obrigatoriedade da presença de ambos os cônjuges em atos e ações que envolvem direitos reais imobiliários, e também na prestação de fiança e aval, excluindo-se dessa regra o cônjuge que contraiu matrimônio no regime da separação de bens, e que não figura diretamente como detentor de tais direitos, ou envolvido com obrigações de fiador e de avalista, como acima exposto. Lembre-se, ainda, que a obrigação do casal comparecer da forma como aqui referida para conceder seu aval a uma obrigação, também é novidade em nosso direito, uma vez que, até então, poderia, isoladamente, qualquer um dos cônjuges assim se apresentar, independentemente do regime de bens.

### **3.2.1.2. – CAPÍTULO II – DO PACTO ANTENUPCIAL**

CÓDIGO NOVO – No pacto antenupcial, que adotar o regime da participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares (art. 1656).

LEGISLAÇÃO ATUAL – nada temos sobre a matéria.

COMENTÁRIOS: Como alhures manifestado neste trabalho, a novidade que aqui também se vê, é a possibilidade de um dos cônjuges vir a dispor de um bem tido como exclusivamente seu, sem a necessidade de interveniência do outro.

### **3.2.1.3. – CAPÍTULO V – DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS**

CÓDIGO NOVO – Por se tratar de uma nova forma de se pactuar o regime de bens, segue o inteiro teor de sua disciplina para uma melhor avaliação do que pretendeu o legislador: **Art. 1.672.** No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. **Art. 1.673.** Integram o patrimônio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. Parágrafo único. A administração dos bens previstos neste artigo é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis. **Art. 1.674.** Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III - as dívidas relativas aos bens. Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis. **Art. 1.675.** Ao determinar-se o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução. **Art. 1.676.** Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar. **Art. 1.677.** Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este

responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro. **Art. 1.678.** Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge. **Art. 1.679.** No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido. **Art. 1.680.** As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro. **Art. 1.681.** Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens. **Art. 1.682.** O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial. **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. **Art. 1.684.** Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem. **Art. 1.685.** Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código. **Art. 1.686.** As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

COMENTÁRIOS – Não temos legislação para efetuar comparação, uma vez que, como já dito, trata-se de forma inovadora dada ao regime de bens. Devemos apenas lembrar que não temos mais no novo Código o desenho do regime dotal, previsto no Código em uso, dos artigos 278 a 288.

#### **3.2.1.4. – CAPÍTULO VI – DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS**

CÓDIGO NOVO – Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real (art. 1687).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (art. 276, do C.Civil).

COMENTÁRIOS – Uma das alterações de maior expressão que temos nesse novo Código, junto com a redução da menoridade, e a que se observa no direito sucessório, sem dúvida, é a tratada neste Capítulo, e também já comentada por ocasião do estudo do artigo 496, desse novo Estatuto, que permite ao titular de direitos, desde que casado no regime da separação total de bens, aliená-los ou gravá-los, independentemente de sua natureza. Inclui-se nessa exceção a fiança e também agora o aval, como previsto no artigo 1647, do novo Estatuto civil, deixando, em conseqüência, de exigir a presença do outro cônjuge, não proprietário, na prática de um dos respectivos atos. Hoje, como já anteriormente comentado, à vista do que dispõe os artigos 235 e 242, do Código Civil, independentemente do regime de bens eleito pelo casal, tornar-se-á sempre necessária a presença do casal para alienar ou gravar direitos reais imobiliários, incluindo-se, aí a prestação de fiança.

#### **3.2.2. - SUBTÍTULO IV – DO BEM DE FAMÍLIA**

CÓDIGO NOVO - Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (art. 1711). O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação (§ único, do art. 1711).

LEGISLAÇÃO ATUAL – É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio (art. 70, do C.Civil). Não há limite de valor para ao bem de família desde que o imóvel seja a residência dos interessados por mais de dois (2) anos (art. 19, da Lei 3200/41)

COMENTÁRIOS: Como pretendido por uma gama considerável de juristas, está agora o Bem de Família sendo tratado na parte especial do Código, mais especificamente no Livro destinado ao Direito de Família, e não mais na parte geral, como acontece nos dias de hoje no Estatuto em uso. Analisando mais especificamente o que temos nos referidos Diplomas, apresentamos dois destaques a considerar: a) a imposição de um limite de valor para o imóvel que será determinado como bem de família, ou seja, não pode ele ter valor superior a um terço do patrimônio líquido do instituidor, considerado ao tempo da instituição; o que não acontece nos

dias atuais, onde a norma que temos, nesse aspecto, exige apenas um lapso temporal de residência, ou seja, no mínimo dois (2) anos, sem qualquer observação com relação ao valor do bem; e b) passa a permitir que um terceiro assim faça, através de testamento ou doação, dependendo, sempre, da aceitação expressa de ambos os cônjuges ou da entidade familiar beneficiados. Lembramos que essa alternativa não é aceita nos dias de hoje, à vista da ausência de dispositivo legal que assim trate o caso.

#### **4. - LIVRO V – DO DIREITO DAS SUCESSÕES**

##### **4.1. - TÍTULO II – DA SUCESSÃO LEGÍTIMA**

###### **4.1.1. – CAPÍTULO I – DA ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA**

**CÓDIGO NOVO** – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens – art. 1640, § único -; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais (art. 1829). 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 (2) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornaria impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1830). Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, 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 (art. 1831). Em concorrência com os descendentes – art. 1829, I -, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (art. 1832). Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (art. 1837). Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

**LEGISLAÇÃO ATUAL** – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União (art. 1603).

**COMENTÁRIOS** – Vê-se aqui outra modificação de substancial importância, onde temos o cônjuge concorrendo com descendentes ou ascendentes na partilha da herança, o que não acontece com o Código hoje vigente.

###### **4.1.2. – CAPÍTULO II – DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS**

**CÓDIGO NOVO** – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1845). Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima (art. 1848). Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa (§ 1º, do art. 1848).

**LEGISLAÇÃO ATUAL** – O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens. A outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (art. 1721). Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos (art. 1723, do C.Civil)

**COMENTÁRIOS** – Nota-se pela redação do novo Código que o cônjuge passa a se apresentar como herdeiro necessário, cuja observância em atos de transmissão à título gratuito ou testamentária, é da máxima importância, para que possa ser possível calcular a parte disponível do interessado em assim fazer. Hoje esse cálculo toma por base a existência apenas de descendente e ascendente, ignorando qualquer outro, inclusive o cônjuge, que pela legislação de agora não é considerado herdeiro necessário. Deve, também ser destacado que entrando em vigor dito Código, não mais poderá a legítima, sem declaração de justa causa, ser

gravada com as cláusulas restritivas acima informadas – inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade -, à vista de expressa disposição legal.

## **4.2. - TÍTULO III – DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA**

### **4.2.1. – CAPÍTULO I – DO TESTAMENTO EM GERAL**

CÓDIGO NOVO – A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento (§ 1º, do art. 1857).

### **3.2.2. – CAPÍTULO II – DA CAPACIDADE DE TESTAR**

CÓDIGO NOVO – Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento (art. 1860). Podem testar os maiores de dezesseis anos (§ único, do art. 1860).

LEGISLAÇÃO ATUAL – São incapazes de testar: I – os menores de dezesseis (16) anos; II – os loucos de todo o gênero; III – os que ao testar, não estejam em seu perfeito juízo; IV – os surdos-mudos, que não puderem manifestar a sua vontade (art. 1627, do C.Civil).

### **4.2.3. – CAPÍTULO III – DAS FORMAS ORDINÁRIAS DO TESTAMENTO**

#### **DO TESTAMENTO PÚBLICO**

CÓDIGO NOVO – São requisitos essenciais do testamento público: I – ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos; II – lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo oficial ou testador e a duas testemunhas a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; III – ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo oficial (art. 1864). O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma (§ único, do art. 1864).

LEGISLAÇÃO ATUAL – São requisitos essenciais do testamento público: I – que seja escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas; II – que as testemunhas assistam a todo o ato; III – que, depois de escrito, seja lido pelo oficial, na presença do testador e das testemunhas, ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; IV – que, em seguida à leitura, seja o ato assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo oficial (art. 1632, do C.Civil).

COMENTÁRIOS – A novidade que percebemos nessa comparação é de que o testamento público poderá ser lavrado tanto pelo Tabelião, como pelo seu substituto, o que até então não vinha e não vem sendo permitido. Deixa clara a redação do novo Código, também, a permissão para que o testador faça uso de minuta, notas ou apontamentos. Altera-se, ainda, o número de testemunhas para o ato, que passa de cinco (5) para duas (2). Igualmente, nenhuma dúvida deixa de que o testamento poderá ser lavrado de forma mecânica, o que ainda estaria nos dias de hoje a gerar alguma dúvida, não obstante reconhecermos uma evolução considerável na forma de se prestar esse tipo de serviço.

#### **DO TESTAMENTO CERRADO**

CÓDIGO NOVO – Que o testador o entregue ao oficial em presença de duas (2) testemunhas (inciso I, do art. 1868). O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas (§ único, do art. 1868).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Que o testador o entregue ao oficial em presença, quando menos, de cinco (5) testemunhas (inciso IV, do art. 1638, do C.Civil). Que seja escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo (inciso I, do mesmo artigo).

COMENTÁRIOS – Como no testamento público, exige-se, também no cerrado, apenas duas (2) testemunhas, ao invés de cinco (5), como dantes. Nenhuma dúvida mais deixa quanto a possibilidade de ser feito de forma mecânica, e não somente escrito, como textualmente consta do atual Código.

#### **DO TESTAMENTO PARTICULAR**

CÓDIGO NOVO – O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico (art. 1876). Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três (3) testemunhas, que o devem subscrever (§ 1º, do referido artigo). Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador,

depois de o ter lido na presença de pelo menos três (3) testemunhas, que o subscreverão (§ 2º, do aludido artigo). Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade (§ único, do art. 1878). Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz (art. 1879).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Que seja escrito e assinado pelo testador (art. 1645, do C.Civil). Que nele intervenham cinco (5) testemunhas, além do testador (inciso II, do referido artigo). Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, será confirmado o testamento (art. 1647, do C.Civil). Faltando até duas das testemunhas, por morte, ou ausência em lugar não sabido, o testamento pode ser confirmado, se as três (3) restantes forem contestes, nos termos do artigo antecedente (art. 1648, do C.Civil).

COMENTÁRIOS – Continua esta forma de tratamento a admitir o processo mecânico para sua elaboração, reduzindo o número de testemunhas, que, igualmente, era de cinco (5), passando para três (3), das quais, em circunstâncias normais, pelo menos uma delas precisa comparecer em juízo para ratificar o testamento. Outra novidade é aceitar dito testamento até mesmo sem testemunhas, de forma excepcional, como consta da redação do artigo 1879, acima apresentado.

#### **4.2.4. – CAPÍTULO V – DOS TESTAMENTOS ESPECIAIS**

CÓDIGO NOVO – São testamentos especiais: I – o marítimo; II – o aeronáutico; III – o militar (art. 1886). Não se admitem outros testamentos especiais além dos contemplados neste Código (art. 1887).

LEGISLAÇÃO ATUAL – Testamento marítimo (art. 1656, do C.Civil). Testamento Militar (art. 1660, do C.Civil).

COMENTÁRIOS: Foi acrescentado pelo novo Código o testamento aeronáutico, ali tratado a partir do artigo 1886, o qual é desconhecido pela legislação que hoje praticamos.

#### **4.2.5. – CAPÍTULO VI – DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS**

CÓDIGO NOVO – A cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

COMENTÁRIOS – Na legislação hoje vigente não tem cláusula nesse sentido, o que motivou o STF em épocas passadas, a editar a Súmula de número 49, que cumpre exatamente o que agora textualmente se insere no Código.