

6

Questões axiológicas

Conforme apresentado nas páginas iniciais desta dissertação, o projeto de um novo Código Civil brasileiro tramitou no Congresso Nacional por quase quarenta anos, desde a edição de seu Anteprojeto em 1963 até a sua aprovação em dezembro de 2001. Obviamente as transformações sócio-axiológicas pelas quais o país passou nas últimas décadas impeliram os juristas a iniciarem uma releitura de nossa legislação civil, visando à sua atualização. Favorável a essa releitura do Código Civil, José Camacho Santos afirma que:

Impossível pensar o Direito como algo pronto e acabado (...). Ao contrário, tem de ser visto como um sistema em construção, móvel, aberto, permeável e sensível à natural evolução dos fatos e às constantes mutações axiológicas. Aí a imprescindibilidade de se considerar a realidade social contemporânea na edição da norma e, sobretudo, a vigente. (SANTOS, 2002, p. 2)

Dessa forma, se a evolução natural dos fatos está refletida na norma e, neste caso, no Novo Código Civil, alguns costumes e padrões morais e sociais contemporâneos devem estar refletidos no CC/2002, assim como devem ser percebidos no CC/1916 costumes e padrões morais característicos dessa época.

Partindo desse pressuposto, fez-se uma leitura preliminar e comparativa dos Grupos 3 e 4⁴⁵, buscando confirmar se as transformações sociais e morais por que a sociedade civil passou estavam marcadas lingüisticamente no CC/2002. Constatou-se então que, dos 68 artigos que compõem esses dois Grupos, em 16 deles, havia marcas lingüísticas efetivamente relevantes, que apontavam para as mudanças vivenciadas pela sociedade brasileira. Os artigos são 1790; 1797; 1801; 1803; 1829; 1832; 1836; 1837; 1844; 1845; 1846; 1848; 1860; 1864; 1868 e 1876⁴⁶.

⁴⁵ No Grupo 3, estão os artigos que tiveram alguma alteração lingüística relevante e, no Grupo 4, artigos sem correspondência no CC/1916.

⁴⁶ Embora se perceba no artigo 1802 uma alteração quanto à denominação “incapazes” (alteração de “incapazes” por “não legitimado a suceder”), esse artigo não foi relacionado porque a alteração se deve a uma correção conceitual do âmbito jurídico.

Por tratarem de questões socialmente relevantes e por serem mudanças bem acentuadas de um Código para o outro, 10 artigos foram escolhidos para esta análise, a saber: os artigos 1790; 1797; 1801; 1803; 1844; 1848; 1860; 1864; 1868 e 1876. Excetuaram-se os artigos 1829; 1832; 1836; 1837; 1845 e 1846, que tratam da concorrência do cônjuge na sucessão, porque as marcas lingüísticas refletem, mais evidentemente, questões jurídicas e não axiológicas ou ideológicas.

Diferentemente do que se fez até agora, os artigos escolhidos serão dispostos em blocos de acordo com a marca axiológica que apresentarem. As 4 marcas mais relevantes que se puderam perceber nos Grupos 3 e 4, as quais serão apresentadas em subcapítulos, tratam das seguintes questões:

- 1- A evolução da mulher como cônjuge e companheira – Artigos 1797; 1801 e 1848.
- 2- As uniões estáveis fora do casamento – Artigos 1790; 1797; 1801; 1802; 1803 e 1844.
- 3- O conceito de “incapazes” – Artigo 1860.
- 4- Consequências, para o Direito, da evolução tecnológica – Artigos 1864; 1868 e 1876.

Nos subcapítulos a seguir, atente-se para três fatos: primeiro, que a coluna da esquerda traz o artigo do CC/2002 e a da direita, o artigo do CC/1916; segundo, que os grifos evidenciam as marcas axiológicas, e terceiro, que se apontam, primeiramente, os artigos selecionados e, depois, as considerações referentes ao tema de cada subcapítulo.

6.1.

Evolução da mulher como cônjuge e companheira

I.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; [...]	Art. 1579. Ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal. §1º Se porém o cônjuge sobrevivo for a mulher, será mister, para isso, que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte... [...]

II.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: [...] III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos; [...] 	Art. 1719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: [...] III – a concubina do testador casado; [...]

III.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1848. 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. §1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. [...] 	Art. 1723. 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. [...]

Os artigos supra-relacionados marcam a visão patriarcalista que impregnava as normas codificadas no CC/1916, quando a figura do marido, no casamento, imperava, ficando a mulher em situação submissa.

Atenha-se ao **exemplo I**: no parágrafo 1º do artigo 1579, é feita uma restrição à mulher, caso fosse ela a sobrevivente, no entanto não é feita nenhuma restrição ao fato de o marido, como cônjuge sobrevivente, estar vivendo com a mulher ao tempo da morte dela para que pudesse administrar a herança. Pressupõe-se então que, mesmo que não estivesse vivendo com a mulher, ele ainda seria o administrador da herança, direito esse não assegurado à esposa caso fosse ela a sobrevivente e não estivesse vivendo com o marido quando ele viesse a morrer. Observando-se agora o seu correlato (Art. 1797), percebe-se a igualdade de tratamento entre os cônjuges, já que, além de não se fazer a referida restrição à mulher, no inciso I, tanto o marido quanto a mulher deverão estar vivendo com o cônjuge que vier a falecer para que possam se tornar o(a) administrador(a) da herança.

No **exemplo II**, o inciso III do artigo 1719 traz o vocábulo “concubina”, em que se percebe o gênero feminino (-a) como forma marcada. Repare-se que, por não se fazer a mesma restrição ao concubino da testadora casada, o inciso em questão leva o leitor a pressupor que o concubino poderia ser sucessor testamentário da testadora casada. E, legalmente, era o que poderia acontecer àquela época. Essa marca lingüística evidencia, além de uma discriminação contra a mulher, a concepção da época de que era inadmissível a mulher cometer adultério. Talvez, se pudesse até conceber que a mulher mantivesse um relacionamento extraconjugal, mas jamais lhe seria reconhecido qualquer direito decorrente de uma relação extraconjugal. No artigo correspondente do CC/2002, essa marca discriminatória desaparece e outra se evidencia pelo uso do gênero masculino em “concubino do testador casado”. Pelo uso do masculino como forma não-marcada, fica claro que, agora, tanto a concubina do testador casado quanto o concubino da testadora casada não podem ser nomeados herdeiros nem legatários.

No **exemplo III**, novamente se percebe uma restrição feita apenas à mulher quando se lê o artigo do CC/1916: “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 [...]**”. Ao se comparar esse artigo com o seu correlato, constata-se, além de uma alteração jurídica, que tal restrição não mais é feita.

Esses três blocos de artigos evidenciam a mudança de postura do CC/1916 para o CC/2002, no qual se prioriza a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher no casamento, prioridade esta já mencionada no parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

6.2

As uniões estáveis fora do casamento

I.

CC – 2002
Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: [...]

II.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao cônjuge ou companheiro , se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; [...]	Art. 1579. Ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal. §1º Se porém o cônjuge sobrevivo for a mulher, será mister, para isso, que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela. [...]

III.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro , ou os seus ascendentes e irmãos; [...]	Art. 1719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento (arts. 1638, I, 1656 e 1657), nem o seu cônjuge , ou os seus ascendentes, descendentes, e irmãos; [...]

IV.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1802. [...] Parágrafo Único: Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.	Art. 1720. [...] Reputam-se pessoas interpostas o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge do incapaz.

V.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1844. Não sobrevivendo o 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.	Art. 1616. Não sobrevivendo o cônjuge , nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

VI.

CC – 2002
Art. 1803. É lícita a deixa ao filho do concubino , quando também o for do testador.

À época do CC/1916, as uniões estáveis fora do casamento não eram concebidas juridicamente, nem os filhos, fruto dessas uniões, eram admitidos como herdeiros. Além disso, havia a distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos.

A mudança desses posicionamentos, ocorrida a partir da Constituição de 1988 e acompanhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 13/07/1990) e pelo CC/2002, é marcada, dentre outros artigos do novo Código, nos artigos expostos neste subcapítulo. Antes de analisá-los, leia-se o que determina a Constituição sobre essa questão:

Constituição de 1988**Art. 226.**

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.⁴⁷

Os **exemplos I, II, III, IV e V** trazem marcas linguísticas do reconhecimento, no atual Código, das uniões estáveis fora do casamento. Em todos os exemplos, percebe-se, nos artigos referentes ao CC/2002, acréscimo

⁴⁷ O **Art. 20** do Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta o mesmo texto que o usado nesse parágrafo da Constituição da República.

do vocábulo “companheiro” ao lado de “cônjuge”. Repare-se que, nos artigos correspondentes do CC/1916, aparece apenas o vocábulo “cônjuge”.

No **exemplo VI**, admite-se a possibilidade de o filho do concubino entrar na partilha da herança, direito que não lhe era reconhecido no CC/1916. Basta observar que o artigo 1803 não tem correlato no CC/1916, época em que, de acordo com Salvo Venosa, “*A discriminação absoluta com relação aos adúlteros e incestuosos colocava-os como se tivessem alguma responsabilidade por terem assim sido concebidos; eram indivíduos absolutamente à margem da família.*” (VENOSA, 2004, p. 98)

Ao admitir a deixo⁴⁸ ao filho do concubino, esse artigo, dentre outros do CC/2002, marca a igualdade dos filhos, independentemente de sua origem familiar.

6.3. O conceito de “incapazes”

I.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1860. Além dos incapazes, não podem testar os que , no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.	Art. 1627. São incapazes de testar: I – os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os loucos de todo o gênero; III – os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo;
Parágrafo Único. Podem testar os maiores de 16 (dezesseis) anos.	IV – os surdos-mudos, que não puderem manifestar sua vontade.

No **exemplo I**, a expressão “**loucos de todo gênero**”, utilizada no artigo do CC/1916, é eliminada no do CC/2002. Além de imprecisa e vaga, tal expressão “*não só era obsoleta na psiquiatria como também não se amoldava à verdadeira intenção do legislador*” (VENOSA, 2004, p.145). No artigo do Código vigente, tal expressão é substituída por “os que, no ato de testar, não tiverem pleno discernimento”. Repare-se também que o artigo do CC/2002 englobou, em uma única frase do *caput*, os incisos II e III do artigo do CC/1916: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”.

⁴⁸ Note-se que este vocábulo, no sentido de herança ou legado, também é pouco comum à linguagem do homem médio. Em seu lugar, o legislador poderia ter usado simplesmente “herança” ou “legado”.

Agora, observe-se que, no artigo do CC/1916, é feita uma restrição aos **surdos-mudos**: aqueles que não puderem manifestar sua vontade não podem testar. No artigo correlato, não se vê nenhuma restrição aos surdos-mudos, parecendo ao leigo, a princípio, que no Código atual tal restrição não mais existiria e, assim, que o surdo-mudo poderia testar. No entanto, no artigo 3º do CC/2002 (e no 5º do CC/1916), que discrimina quais são os “incapazes” de exercer pessoalmente os atos da vida civil, encontra-se o inciso III em que se enquadra essa mesma restrição feita aos surdos-mudos. Leia-se a seguir o artigo 3º e o seu correlato:

II.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.	Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; II - os loucos de todo o gênero; III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Note-se que, no exemplo acima, além da substituição da expressão “os loucos de todo o gênero” (como já discutido anteriormente), o texto do inciso III do artigo do CC/1916, em que se faz uma referência específica aos surdos-mudos, é substituído no artigo do CC/2002 por uma determinação mais abrangente: “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”, que inclui, por exemplo, quem estiver em coma.

6.4.

Consequências, para o Direito, da evolução tecnológica

I.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público: [...] Parágrafo Único. 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.	Art. 1.632. São requisitos essenciais do testamento público: [...] Parágrafo Único. As declarações do testador serão feitas na língua nacional.

II.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades: [...] Parágrafo Único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.	Art. 1.638. São requisitos essenciais do testamento cerrado: I - que seja escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo; [...]

III.

CC – 2002	CC – 1916
Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. [...] § 2º 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 testemunhas, que o subscreverão.	Art. 1.645. São requisitos essenciais do testamento particular: I - que seja escrito e assinado pelo testador; II - que nele intervenham cinco testemunhas, além do testador; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) III - que seja lido perante as testemunhas, e, depois de lido, por elas assinado.

Com a invenção da máquina de datilografia no final do século 19, um marco tecnológico para a época, e, mais recentemente, com o surgimento do computador e impressoras, tornou-se mais raro encontrar testamentos escritos manualmente. Hoje a máquina de datilografia se tornou obsoleta na maioria dos cartórios, que passaram a utilizar-se de meios informatizados, em seu lugar.

Nos três artigos supramencionados, essa questão é marcada linguisticamente, nos artigos do CC/2002, pelas expressões “mecanicamente” (arts. 1864 e 1868), “partes impressas” (art. 1864) e “processo mecânico” (art. 1876). É certo que não se pode associar essas expressões à tecnologia trazida pelo computador (lembre-se que o projeto de um novo Código Civil tramitou no Congresso Nacional por quase 40 anos). No entanto, ao se acrescentar no novo Código a possibilidade de se fazer um testamento por meios mecânicos, evidencia-se que na área jurídica já se admite a utilização desses meios.

6.5.

Considerações finais

Os quatro temas escolhidos para se discutir de que maneira marcas linguísticas refletem alterações axiológicas representam uma pequena parcela em comparação à extensão do Código Civil.

Como o fragmento do Código selecionado para esta dissertação trata do Direito das Sucessões, nada mais natural do que encontrar marcas linguísticas que evidenciam a mudança de postura, de um Código ao outro, em relação à mulher como cônjuge; em relação às uniões estáveis fora do casamento e em relação ao reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio.

De um total de 68 artigos que compõem os Grupos 3 e 4, em 16 deles se encontra uma marca linguística que evidencia alguma questão axiológica. Em valores percentuais, este total representa 24% dos artigos analisados.

A questão que mais se evidencia dentro desses 16 artigos é a que trata das “uniões estáveis entre homem e mulher”: 6 são os artigos em que se percebem marcas linguísticas, ou seja, 38% dos artigos⁴⁹. A questão da “mulher e seu papel no casamento” e a questão das “consequências, para o Direito, da evolução tecnológica”, ambas marcadas em 3 artigos, representam 18%, cada

⁴⁹ A questão da concorrência do cônjuge na sucessão, que não foi tratada neste subcapítulo por evidenciar mais claramente marcas jurídicas do que axiológicas, é marcada também em 6 artigos e, por isso, representa 38% do total de artigos aqui considerados.

uma delas, do total de artigos. Por fim, o tema menos evidenciado, “o conceito de incapazes”, é marcado apenas em 1 artigo, ou seja, 6% do total de artigos em análise.