

FALHAS DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

(Continuação do n.º anterior)

FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO

X

SITUAÇÃO JURÍDICA DOS FILHOS HAVIDOS APÓS O DESQUITE

1 — Determina o art. 337 do Código Civil: “São legítimos os filhos havidos NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, ainda que anulado (art. 217) ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 221)”.

Desse simples dispositivo se poderia deduzir que o filho havido após o desquite seria legítimo, dado que o casamento somente se dissolve pela morte de algum dos cônjuges, e, portanto, o filho tido após o desquite o teria sido “na constância do casamento”.

Entretanto, diz o art. 338: “Presumem-se concebidos na constância do casamento: ... II, os (filhos) nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução DA SOCIEDADE CONJUGAL por morte, DESQUITE ou anulação”.

Dessa segunda norma parece resultar que, ao contrário do que poderia parecer afirmar a primeira, o filho concebido APÓS O DESQUITE NÃO É LEGÍTIMO ou, pelo menos, NÃO É PRESUMIDO LEGÍTIMO.

A única forma de conciliar esses dois dispositivos aparentemente antagônicos, seria admitir que, como “constância do casamento”, o Código entende referir-se a “constância DA SOCIEDADE CONJUGAL”. E, portanto, nos termos do art. 338, n.º II, acima transcrito, os filhos havidos após o desquite (após decorridos 300 dias) seriam, de plano, presumidos ILEGÍTIMOS.

Nesse sentido, era a opinião de LAFAYETTE: “a lei reputa legítimo: 1.º, o filho que nasce passados 180 dias depois do casamento; 2.º, e o que nasce dentro dos 300 dias posteriores à dissolução da sociedade conjugal. Mas nem aquele que, na primeira hipótese, nasce dentro dos 180 dias nem o que, na segunda, nasce depois de passados os 300 dias, podiam ter sido concebidos NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO; portanto, NÃO SÃO HAVIDOS COMO LEGÍTIMOS” (Dir. de Fam., § 103).

E, mais adiante, acrescenta o insigne Mestre: “Os filhos que nascem 300 dias depois da separação judicial e de fato dos cônjuges, em virtude de sentença de divórcio perpétuo ou temporário, SÃO HAVIDOS COMO ILEGÍTIMOS, porque o divórcio importa a cessação da presunção da coabitação. Todavia, como o divórcio não rompe o vínculo matrimonial, subsiste a legitimidade da filiação, PROVANDO-SE que o marido reconheceu o filho ou que teve contato com a mulher durante o prazo legal da concepção” (§ 105).

A doutrina daí decorrente parece ser a seguinte: os filhos concebidos após o desquite PRESUMEM-SE ILEGÍTIMOS, salvo, entretanto, ao interessado a *prova* da legitimidade.

2 — Está patente, assim, a falta de boa técnica do art. 337 do Código Civil, já observada por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, ao empregar a “expressão imprópria CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, para designar apenas a PERMANÊNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL”, como também ocorre em outros dispositivos, como, por exemplo, o dos arts. 259, 269 n.º I, 271 n.ºs I e V, 305 n.º I e 306 (Investigação de Paternidade, 2.ª ed., pág. 243, n.º 204 e nota 25).

Deveria o legislador, em vez dos arts. 337 e 338, ter preferido redação semelhante à do art. 101 do Código Civil Português, que dispunha, com clareza: “São havidos por legítimos os filhos nascidos de matrimônio legitimamente contraído, passados cento e oitenta dias da celebração dele, ou dentro dos trezentos dias subsequentes à sua dissolução ou à separação dos cônjuges, judicialmente decretada”.

Ou, melhor ainda, poderia nosso legislador ter utilizado prata da casa, reproduzindo o texto do art. 1.555 da Nova Consolidação das Leis Cíveis, de CARLOS DE CARVALHO: “Presume-se legítimo o filho nascido dentro dos dez meses subsequentes à viuvez ou à separação de corpos, QUER DE FATO, QUER JUDICIAL”.

Este último dispositivo, interpretado literalmente (sem as restrições que CARLOS DE CARVALHO lhe fez, no art. 128 de sua Consolidação) permitiria equiparar a separação de fato à separação judicial, para o efeito de determinar a LEGITIMIDADE da filiação.

Sobre essa questão da “separação de fato” trataremos mais adiante em outro capítulo.

3 — Tão logo foi promulgado o Código Civil, o Professor JOAQUIM TIBÚRCIO DE AZEVEDO apoiou-se, entre outros fundamentos, no texto do art. 338, n.º II, supratranscrito, para sustentar que os filhos concebidos após o desquite não poderiam ser considerados adulterinos por terem sido havidos fora da constância do casamento (Rev. de Direito, vol. 51, 1919, pág. 249).

Contra tal afirmativa, LACERDA DE ALMEIDA reagiu vigorosamente, admirando-se de que o aludido Professor “se atrevesse a sustentar tamanha heresia jurídica, já não digo em face aos princípios mais sólidos do Direito, que o condenam, mas diante de textos claros e insofismáveis da legislação positiva” (Rev. de Direito, vol. 57, 1920, pág. 100).

Com essa mesma violência de linguagem de LACERDA DE ALMEIDA, numerosos juriconsultos proclamaram que a opinião de que os filhos de desquitado não eram adúlterinos, era aberrante aos princípios, pois, “se o vínculo matrimonial subsiste, os filhos de divorciado são filhos de pessoa casada, concebidos ou gerados com rutura desse vínculo” (CLÓVIS BEVILÁQUA, Direito de Família, ed. 1933, pág. 342, § 67, nota 1).

Nesse mesmo sentido, CARVALHO MOURÃO, HERMENEGILDO DE BARROS, COSTA MANSO, CARLOS MAXIMILIANO, ASTOLFO REZENDE, FERREIRA ALVES, BATISTA DE MELO, etc.

4 — Os que, entretanto, assim tão rigorosamente sustentaram serem ADULTERINOS os filhos tidos extraconjugalmente PELO MARIDO após o desquite, deixavam de ter em devida conta, ou não se queriam aperceber, que os filhos tidos fora do casamento pela MULHER CASADA, após o desquite, seriam *prima facie* tidos como LEGÍTIMOS e não como adúlterinos, dado que, nos termos do art. 344 do Código Civil, só o marido poderia contestar a *legitimidade* dos filhos nascidos de sua mulher, e só o poderia fazer, mediante proposição de ação, no exíguo prazo de dois meses (art. 178, § 3.º, do Código Civil).

Findo esse prazo, o filho da desquitada com terceira pessoa seria IRREMEDIAVELMENTE considerado LEGÍTIMO e não adúlterino, contra os mais comezinhos princípios de moral e da boa razão.

Somente no caso de vencida a ação contestatória da paternidade proposta pelo marido é que poderia ocorrer a adúlterinidade *a matre*.

5 — Surgiu, então, uma interminável controvérsia entre os juristas e tribunais, sobre se os filhos tidos após o desquite seriam naturais ou adúlterinos.

Tive a honra de participar desse debate, em 1934, publicando um longo trabalho com o título “Os filhos do desquitado são naturais” no Arquivo Judiciário, vol. 30, suplemento, págs. 83, 97, 123 e 167; e vol. 3, suplemento, pág. 14; e na Rev. de Direito, vol. 113, pág. 443).

6 — O Decreto-lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, sem dirimir a controvérsia, tornou-a sem objetivo econômico, quando determinou que “o filho havido pelo cônjuge FORA DO MATRIMÔNIO pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”.

Por esse decreto-lei, o filho adúlterino poderia ser reconhecido após o desquite, dando-lhe a mesma condição que os demais filhos ilegítimos. Pela mesma razão tal aconteceria com o filho havido após o desquite, que ficou assim assimilado ao adúlterino.

Subsistiria, entretanto, o lado moral da questão, pois o decreto-lei não declarava simplesmente ilegítimo o filho havido após o desquite.

7 — Tal controvérsia, entretanto, seria de molde a ressurgir em face à nova lei em vigor, Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que dispôs, em seu art. 1.º: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do FILHO HAVIDO FORA DO MATRIMÔNIO e ao filho a ação para que se lhe declare a filiação”.

Por essa nova lei, o filho adulterino não é equiparado ao legítimo. Ao contrário, não é considerado herdeiro. Recebe apenas um AMPARO SOCIAL e em parcela inferior à que cabe ao filho legítimo ou legitimado.

Reabrir-se-ia, então, a questão: o filho do desquitado teria sido havido FORA DO MATRIMÔNIO, como qualquer filho ADULTERINO?

Se o matrimônio só termina pela morte de um dos cônjuges (art. 315 do Código Civil) claro é que o filho havido extraconjugalmente *após o desquite* é filho havido "FORA DO MATRIMÔNIO: Ora, se o filho do desquitado é gerado "FORA DO MATRIMÔNIO", é-lhe aplicável a Lei 883 e, portanto, não deveria ser considerado herdeiro nem deveria receber senão uma quota a título de AMPARO SOCIAL e não uma herança, nos termos da Lei 883.

Reproduz-se aqui, na interpretação da Lei 883, o mesmo que vimos ocorrer na do art. 337 do Código Civil: — o filho havido extraconjugalmente, "na constância do matrimônio", ou seja, "dentro do matrimônio", seria considerado LEGÍTIMO, quanto à mulher casada, e ADULTERINO, quando contestado pelo marido.

Só poderíamos entender de outra forma, imaginando, como no caso do art. 338 do Código Civil que, como "FORA DO MATRIMÔNIO", o legislador teve em vista apenas o filho gerado "fora da CONSTÂNCIA do matrimônio", como tal se entendendo o que tenha sido havido "fora da constância da sociedade conjugal".

Tal interpretação, porém, como se pode perceber, é forçada e somente seria admissível conjugando-se o texto do art. 1.º da Lei 883 com o do art. 338, n.º II, do Código Civil.

Daí, resulta que, em face à letra expressa do art. 1.º da Lei 883, somente a JURISPRUDÊNCIA poderia, ARBITRARIAMENTE, como vem fazendo, manter a doutrina de que o filho do desquitado é natural e não adulterino, havendo urgente necessidade de lei expressa, para solucionar definitivamente essa questão.

8 — A prova de que a questão ainda não ficou dirimida na doutrina e de que se tem encontrado dificuldade para achar uma fórmula legal de resolvê-la é a maneira pela qual o Anteprojeto de Código Civil, de 1964, definiu o que se deveria entender como "filhos naturais": "São naturais os filhos de pessoas entre as quais não havia impedimento ou obstáculo para casar, NO MOMENTO EM QUE FORAM CONCEBIDOS" (art. 200 do Projeto Revisto).

Ora, desde que o filho do desquitado é concebido de pessoas impedidas de casar, por já serem casadas, é claro que o citado Projeto de 1964 não considerou o filho de desquitado como "filho natural".

Saliente-se, ademais, a falta de técnica da definição de "filho natural" dado pelo citado Projeto. Como já ensinava LAFAYETTE, a classificação dos filhos ilegítimos pelo Direito Civil é diversa da que foi adotada pelo Direito Canônico.

Segundo o Direito Canônico, ensinou o Mestre, "há três classes de ilegítimos: naturais, espúrios e os que, provindo de coito ilícito, mas não da-

nado, não entram na classe dos naturais na aceção canônica, nem na dos espúrios, como são os que provêm de pai e mãe entre os quais havia o impedimento de estupro, raptó, de *disparitas cultus*. NO PONTO DE VISTA, PORÉM, DO DIREITO CIVIL, A DIVISÃO EM NATURAIS E ESPÚRIOS É PERFEITAMENTE EXATA: TODOS OS QUE NÃO SÃO ESPÚRIOS SERÃO, PERANTE O DIREITO CIVIL, REPUTADOS NATURAIS". E espúrios seriam somente os incestuosos, sacrílegos ou adúlterinos.

"Filhos naturais, portanto, define LAFAYETTE, em direito civil, são os que nascem de pai e mãe entre os quais, ao tempo da concepção ou do parto, não havia impedimento DO QUAL PUDESSE RESULTAR A NOTA DE ESPURIEDADE" (LAFAYETTE, Dir. de Fam., § 120, e nota 1).

Na técnica do Projeto de Código Civil de 1964, os filhos ilegítimos distinguem-se em "naturais" e "adúlterinos". Não sendo os filhos de desquitado "filhos naturais", segundo a definição do art. 200 do Projeto, a conclusão é que foram considerados "adúlterinos".

9 — Examinemos, agora, como o novo Anteprojeto do Código Civil permite considerar o filho do desquitado.

Começa ele por reproduzir, nos seus arts. 1.785 e 1.786, literalmente, os arts. 337 e 338 do atual Código Civil, que, como se viu, são antagônicos na definição do que se deva entender como filho nascido "na constância do casamento".

A seguir, substitui a redação do art. 344 do atual Código Civil, pela seguinte: "Cabe ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher".

A única modificação feita foi a supressão da palavra "privativamente". Mas é intuitivo que o DIREITO de contestação da legitimidade do filho é atribuído ao marido em caráter privativo. Só depois de contestada pelo marido a filiação, é que passa a seus herdeiros o direito de tornar eficaz essa contestação.

Nem poderia ser de outra forma, porquanto, tratando-se de filho presumido legítimo (isto é, excluído o havido após o desquite ou a separação de direito ou de fato), seria inaceitável dar a estranhos o direito de fazer tal contestação, permitindo-lhes que enodoem a honra da mulher ou do marido.

E, para agravar ainda a incerteza da situação jurídica do filho do desquitado, diz o art. 1.807 do Anteprojeto: "Os filhos ADULTERINOS somente podem ser reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal".

O Anteprojeto substituiu as palavras "filho havido fora do matrimônio", usadas pela Lei 883, pelas palavras "filhos ADULTERINOS".

Ressurge, então, o problema sobre o que se deva entender como filho "adúlterino" e particularmente se o é ou não o filho do desquitado; problema tanto mais grave, quanto é certo que o atual Código Penal continua a considerar "adulterio" a relação sexual extraconjugal do desquitado (art. 240, § 3.º, n.º I, reproduzido pelo futuro código, art. 265, § 3, n.º I).

A solução da questão já de há muito nos foi dada por CARLOS DE CARVALHO, no citado art. 1.555 da sua Consolidação das Leis Cíveis: constituiu em substituir o texto dos arts. 337 e 338, n.º II, do atual Código Civil por este outro, ou equivalente: "Presume-se legítimo o filho nascido dentro de dez meses subsequentes à viuvez ou à separação de corpos QUER DE FATO QUER JUDICIAL".

Sobre o filho havido após a SEPARAÇÃO DE FATO, trataremos no estudo subsequente.

XI

SITUAÇÃO DOS FILHOS HAVIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO DEFINITIVA DOS CÔNJUGES

1 — Vimos, precedentemente, que o Anteprojeto de Código Civil, mantendo a redação dos arts. 337 e 338, n.º II, do atual Código Civil, dá uma definição contraditória sobre o que se entender como filho LEGÍTIMO.

Daí, resulta que se perpetua a dúvida sobre se o filho havido extraconjugalmente, após o desquite, é adúlterino ou simplesmente natural.

Resta, agora, examinar a situação legal que deve ser atribuída ao filho da mulher separada definitivamente do marido, por ausência declarada judicialmente ou, simplesmente, de fato.

Pelo art. 338, n.º II, do Código Civil, o filho nascido na constância da sociedade conjugal é PRESUMIDO LEGÍTIMO.

Tal legitimidade somente pode ser contestada, privativamente, pelo marido (art. 344), que deverá produzir essa contestação no curtíssimo prazo de dois meses (art. 178, § 3.º).

Para contestar, entretanto, não bastaria ao marido a simples separação de fato. Seria preciso a separação LEGAL (art. 340, n.º II), ou a IMPOSSIBILIDADE FÍSICA da coabitação (art. 340, n.º I), que não se confunde com impossibilidade moral.

Daí, na prática, ser a seguinte a situação do filho oriundo das relações extraconjugais da mulher casada:

- a) são presumidos LEGÍTIMOS;
- b) não pode ser contestada essa legitimidade a não ser em ação judicial (art. 345 do Código Civil) a ser movida privativamente pelo marido, no prazo legal;
- c) não declarada a adúlterinidade *a matre* por meio da referida Ação, o filho é LEGÍTIMO e não pode ser reconhecido por terceira pessoa, seu verdadeiro pai.

2 — Em trabalho publicado em 1957, profligui essa orientação de nosso legislador.

Escrevia, então, que o art. 344 do Código Civil foi escrito, evidentemente, para o caso em que o marido esteja presente no lar conjugal ao tempo da concepção ou a ele haja retornado.

“Justifica-se em tais hipóteses, que não se enodoe a honra da mulher ou do marido mediante ação de contestação da legitimidade de seus filhos presumidos legítimos.

“Desde, porém, que haja SEPARAÇÃO DE FATO TOTAL entre os cônjuges (mormente quando sucedida por desquite ou divórcio), não há, evidentemente, que cogitar de real legitimidade da filiação e a imoralidade passaria a ser a presunção dessa legitimidade.

“Com o marido há muitos anos na Europa, por exemplo, SEPARADO DEFINITIVAMENTE DA MULHER, amiga-se esta com outro homem no Brasil e tem filhos deste.

“Imoral, absurdo e iníquo seria presumir tais filhos como sendo do marido, e seus herdeiros; ou fazê-lo herdeiro de falsos filhos, dando-lhe pátrio poder e criando parentescos fantásticos, e impedimentos matrimoniais extravagantes em relação aos parentes do falso pai.

“De outro lado, ficaria oculto o verdadeiro impedimento com o pai verdadeiro e seus parentes e excluído o filho de qualquer direito à proteção daquele que notoriamente é seu pai.

“O próprio Código Civil, nos arts. 184 e 405, prevê expressamente a possibilidade do ascendente reconhecer a paternidade espúria para o efeito de impedimento matrimonial e de prestação de alimentos e seria uma restrição injustificada e imoral ao seu texto, impedir sua aplicação aos denominados adúlteros *a matre* nos casos acima indicados” (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 1, n.º 232).

No citado trabalho, sustentei, como aperfeiçoamento na interpretação do Código Civil: a) que se entendesse como motivo de contestação da legitimidade do filho a SEPARAÇÃO DE FATO COM ÂNIMO DEFINITIVO; b) que a “CONTESTAÇÃO” do marido não devesse constar de “AÇÃO” por ele proposta, mas de seu simples SILÊNCIO em ato solene como declaração em desquite com omissão do nome do filho ou NÃO CONTESTAÇÃO em ação declaratória a ser proposta PELO FILHO; c) possibilidade do filho propor ação declaratória para definir sua situação de legitimidade ou ilegitimidade, em caso de ser adúlterino *a matre* (obra citada, vol. 1, números 230 a 232, e vol. 2, ns. 531 e seguintes). Esta mesma tese já vinha sendo por mim sustentada em trabalhos anteriores (“Dever de fidelidade e natureza da filiação posterior à separação por adultério não perdoado”, in Arquivo Judiciário, vol. 60, 1941, supl., págs. 133 e seguintes, e trabalho forense de 1933, citado no livro *supra*, vol. 2, nota 850).

3 — Na ocasião em que eu assim sustentava tal opinião, a mesma era comumente rejeitada.

Vejo, porém, agora, que o E. Supremo Tribunal Federal enveredou firmemente por uma nova interpretação do art. 344 do Código Civil: no caso do filho adúlterino *a matre*, não mais exige a proposição de AÇÃO por parte do marido (como parece exigir o art. 345 do Código Civil). Basta-lhe o simples SILÊNCIO, conjugado a uma SEPARAÇÃO DE FATO prolongada.

Assim diz acórdão da 2.^a Turma, no rec. extr. 61.375, de 28 de março de 1969: “Investigação de paternidade. Aplicação da L. 883 e do art. 344 do C. Civil. A SEPARAÇÃO POR MUITOS ANOS E O CONCUBINATO DA MÃE DA INVESTIGANDA, SEM CONTESTAÇÃO DO MARIDO, FAZ PRESUMIR SUA CONFORMIDADE. Morte do investigado, da mãe e dos respectivos cônjuges antes da proposição da ação, artigo 1.º da lei 883 de 1949. Provimento do recurso” (Rev. Trim. de Jur., vol. 49, pág. 119).

Esse julgado reporta-se a outro, no RE 56.892 de 18-5-65, com a ementa seguinte: “Adulterinidade *a matre*. Possibilidade da ação de investigação de paternidade MESMO SEM CONTESTAÇÃO CONTENCIOSA DO PAI PRESUMIDO. Separação de fato do casal prolongada e não contestada. Presunção de paternidade subordinada à convivência conjugal. Interpretação da L. 883. Recurso extraordinário conhecido mas não provido”.

No rec. extr. n.º 64.445, de 15 de setembro de 1969, diz o E. Supremo Tribunal Federal: “Citaram-se julgados do Supremo Tribunal Federal, que têm admitido, depois de dissolvida a sociedade conjugal, e nos termos da Lei 883, de 21-10-49, a ação de investigação de paternidade do filho adulterino *a matre*, INDEPENDENTE DA AÇÃO NEGATÓRIA INTENTADA PELO MARIDO (art. 344), quando ocorre separação de fato prolongada e indubitavelmente comprovada. Caso a caso, consideradas as peculiaridades, os juízes têm aplicado, com abrandamento, os discutidos dispositivos legais” (Rev. Trim. de Jur., vol. 51, pág. 827).

Recurso extraordinário n.º 63.914, ac. de 19 de setembro de 1969: “Não se discute o princípio *pater is est*, mas, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, a comprovação inequívoca de que não havia coabitação, ou de que havia concubinato, leva fatalmente a dar àquela presunção todo o seu vigor, porque ela pressupõe, pelo menos, a vida em comum para estabelecer a possibilidade da paternidade.”

Reporta-se, ainda, aos acórdãos dos RE 61.375, 64.445, 56.892, de 18-5-65 (R.T.J. 33-164); RE 58.287, de 22-3-66 (R.T.J. 36.451); e RE 56.684, de 10-6-64 (Rev. Trim. Jur., vol. 53, pág. 98).

4 — Essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, sofre duas importantes limitações: 1.^a) em primeiro lugar, admite que os filhos concebidos ao tempo da SEPARAÇÃO DE FATO sejam considerados adulterinos, uma vez derruída a presunção de sua legitimidade pela contestação FICTA do marido de sua mãe; 2.^a) em segundo lugar, aplicam à hipótese a Lei 883 que regula o reconhecimento dos filhos ADULTERINOS, só o admitindo após a dissolução da sociedade conjugal e dando efeitos patrimoniais restritos a tal reconhecimento.

Sobre esses pontos, há duas questões a serem examinadas:

1.º) Se, mesmo em face ao sistema do ATUAL Código Civil, os filhos tidos após a separação de fato e depois de vencida a contestação do presumido pai, devem ser tidos como ILEGÍTIMOS e não como adulterinos;

2.º) Se, pelo novo Código Civil, tais filhos devem ser tidos DE PLANO COMO ILEGÍTIMOS e não adulterinos, na mesma situação que os filhos havidos após o DESQUITE.

Em relação ao primeiro ponto, tive ocasião de longamente dissertar na obra "Incapacidade Civil e Restrições de Direito", escrita em 1957 e que peço *venia* para aqui reproduzir.

"A opinião vulgarmente admitida de que seja adulterino o filho havido pela mulher casada com pessoa diversa do seu marido, mesmo após a separação legal, fundamenta-se nos dois argumentos:

a) A presunção da legitimidade da prole, que subsiste após a separação legal (art. 340 n. II do Código Civil) resultaria da presunção da fidelidade da mulher;

b) O privilégio do marido em contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher se extenderia após a separação legal, assim corroborando a idéia da subsistência do dever de fidelidade da mulher.

Procuraremos, entretanto, mostrar, a seguir, a fragilidade desse ponto de vista mesmo em face ao Código Civil, e como ficou ele derruído em face à legislação subsequente.

Em primeiro lugar, nada menos exata que a presunção de que a legitimidade da filiação resulta da presunção de fidelidade da mulher.

Se isso fosse verdade, o marido poderia destruir a presunção de legitimidade da prole mediante simples prova do adultério da mulher. E isso lhe é expressamente vedado pelo art. 343 do Código Civil, *in verbis*: "Não basta o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal da legitimidade da prole".

Essa presunção de legitimidade resulta pura e simplesmente da presunção de COABITAÇÃO. E tanto isso é certo que, para excluir aquela presunção basta ao marido provar que, ao tempo da concepção do filho, estava legalmente separado da mulher. Destruirá, com essa prova, a presunção de COABITAÇÃO resultante do casamento. Fica a salvo à mulher ou ao filho fazer a prova contrária, da convivência entre os cônjuges que o art. 341 do Código Civil exige tenha ocorrido "sob o teto conjugal".

Vemos, assim, que a presunção de legitimidade, que começa, não com a simples celebração do casamento mas com o início da convivência conjugal (art. 338 n. I do Código), termina com a prova de haver cessado a convivência conjugal (art. 341).

Mesmo, portanto, que se admita, para argumentar, que ao marido caiba o direito exclusivo de contestar a legitimidade dos filhos havidos de sua mulher ainda após a separação legal, a rejeição dessa legitimidade não importa de plano na adulterinidade do filho.

É preciso, com efeito, não confundir com adultério qualquer relação extraconjugal durante a constância do casamento ou mesmo durante a constância da sociedade conjugal. Nem tampouco estabelecer correlação entre adultério e presunção de legitimidade do filho.

A presunção de legitimidade resulta simplesmente da possibilidade de coabitação entre os cônjuges. O adultério, ao contrário, é a VIOLAÇÃO

DOLOSA DA FÉ CONJUGAL. Pressupõe a violação do dever de coabitação.

Desde que cessa o DEVER DE COABITAÇÃO entre os cônjuges, a subsistência do DEVER DE FIDELIDADE entre ambos se teria transformado em DEVER DE CONTINÊNCIA, o que constituiria um exagero absurdo que seria inconcebível fosse exigido dos cônjuges pelo legislador.

Já vimos como, a propósito dos desquitados, isso era ensinado pelos antigos canonistas (n. 529, *supra*), e seus argumentos têm inteira aplicação ao caso da separação legal ou de fato entre os cônjuges: se o dever de coabitação CESSA entre eles definitivamente, por vontade de ambos ou de uma das partes que não pode coagir a outra, ou por imperativo legal, serão eles condenados ao voto de castidade?

Não sendo racional essa solução, tanto mais que atingirá muitas vezes precisamente o cônjuge inocente, segue-se que as relações extraconjugais que passaram a ter não serão adúlterinas, visto como já não haverá dever de fidelidade, o qual pressupõe o dever de coabitação. E os filhos tidos após a separação, mormente os de cônjuge inocente ou repudiado, jamais poderiam ser adúlterinos.

Não é possível, por meio de artifícios legais, alterar a natureza das coisas.

A sabedoria do direito romano analisou, para todo o sempre, o conceito de casamento. Não resulta este dum contrato, embora possa ser correlato a um contrato sobre o *regimen* de bens; mas, em sua essência, é uma CONDIÇÃO CIVIL, fundada sobre a união, a *conjunctio*, o *consortium* das partes. Não bastaria para constituí-lo a vontade das partes, que não fosse conforme ao estado de fato. E, por seu turno, “o consenso” no caso do matrimônio, não era apenas inicial, como acontece no caso dos contratos; era duradouro, contínuo, e por isso os romanos, mais do que consenso, chamavam-no “*affectio*”, que indica exatamente uma vontade com os caracteres acima indicados.

Se, portanto, no conceito do matrimônio, exigia-se um acordo contínuo, é claro que, quando tal acordo visse a falhar, necessariamente o homem e a mulher não mais poderiam ser retidos como marido e esposa.

Atualmente, os juristas assim já o compreenderam e, por isso, mesmo nos poucos países como o nosso, em que ainda continua vedado ao divorciado um novo casamento, procura-se reduzir praticamente a esse único efeito negativo o vínculo matrimonial do divorciado: é como se o casamento houvesse morrido e seu fantasma somente fosse evocado para impedir uma nova união matrimonial.

Ora, se hoje é unânime a doutrina de que o desquite faz cessar a fidelidade conjugal e torna os filhos posteriores apenas ilegítimos e não adúlterinos, parece evidente o ilogismo de não se considerar em idêntica situação a separação que represente um desquite de fato, somente porque os interessados não acharam necessário recorrer às complicadas e custosas formalidades do desquite com eficácia jurídica.

Do absurdo de se confundir o casado com o divorciado se passaria a um outro perfeitamente análogo: o de confundir o casado com o separado:

os filhos que não são evidentemente do marido (que muitas vezes mora em terras distantes ou incertas) gozam de presunção inderrogável de legitimidade, e o verdadeiro pai não os pode reconhecer; subvertém-se os próprios impedimentos matrimoniais desses filhos com escândalo da razão e da moral (n. 232, *supra*).

Enquanto o legislador não intervém para melhor sistematizar as regras sobre casamento e filiação, cumpre ao intérprete entender com inteligência as leis vigentes, de sorte a dar-lhes o sentido mais adequado e não aquele que evidentemente se aparta da elegância do direito, da razão e da equidade.

É verdade que, em face ao texto do art. 340 n. II do Código Civil, subsiste a presunção de legitimidade da prole mesmo após a separação legal dos cônjuges. Mas isso resulta apenas, como vimos, da presunção de COABITAÇÃO e não prova a subsistência do DEVER DE FIDELIDADE.

Daí resulta, portanto, que, aceita a impugnação da legitimidade apresentada pelo marido, o filho não será necessariamente tido como adúlterino. Somente o será se, ao tempo da concepção, houver dever de coabitação entre os cônjuges, o que é excluído pela separação de fato legal ou convencional.

Por idêntico motivo, se se tratar de filho tido extraconjugalmente pelo marido, somente será adúlterino se for tido ao tempo em que não tenha ocorrido a dita separação entre os cônjuges.

Atualmente, com advento da lei de acidentes no trabalho (Decreto-lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944), parece-nos superada a questão sobre se há ou não adúlterio após a simples separação de fato entre os cônjuges.

Com efeito, reza o art. 21, § único, da referida lei que “terá os mesmos benefícios que o cônjuge legítimo, caso este não exista, OU NÃO TENHA DIREITO AO BENEFÍCIO, a COMPANHEIRA mantida pela vítima”.

Segundo o art. 11 da mesma lei, não tem direito aos benefícios nela prescritos a esposa SEPARADA por culpa sua.

Se, portanto, a esposa do operário estiver SEPARADA por culpa própria, a indenização pela morte do operário será percebida por sua concubina.

ISSO IMPORTA EM PROCLAMAR LEGALMENTE NÃO HAVER ADULTÉRIO NESTA SITUAÇÃO EXTRACONJUGAL ESTABELECIDA PELO OPERÁRIO.

A verificação desse fato tem capital importância para interpretação do art. 358 do Código Civil que, ao vedar o reconhecimento do filho adúlterino, não define o que se deva entender como adúlterino, deixando a definição ao critério da boa doutrina, de acordo com o espírito geral de toda a legislação” (Bulhões Carvalho, “Incapacidade Civil e Restrições de Direito”, volume 2, ns. 533 a 541).

5 — Tudo isso escrevemos em livro publicado em 1957 e reproduzimos agora sem modificar uma vírgula.

Surpreende-nos por isso a atitude tomada agora pelo Supremo Tribunal Federal: de um lado consagrou ele uma audaciosa interpretação do artigo 344 do Código Civil, substituindo a ação de contestação a que alude o art. 345 do mesmo Código por uma simples confissão indireta ou ficta do marido, com o efeito de julgar provada a ILEGIMIDADE do filho por

ele havido da mulher; e, de outro lado continua a considerar ADULTE-RINO o filho assim repudiado durante um período de separação legal ou de fato, quando o filho havido durante a separação de fato prolongada está na mesma situação do filho do desquitado, pois em um e em outro caso não subsiste dever de fidelidade entre os cônjuges por falta do DEVER DE COABITAÇÃO entre eles.

6 — Agora que se cogita seriamente da reforma de nosso Código Ci- vil, sugiro que se coloque na mesma situação jurídica que o filho da des- quitada o filho da mulher separada definitivamente do marido, por ausência declarada legalmente ou de fato.

A esse respeito, tivemos ocasião de escrever, ainda, em 1957: “É pre- ciso encarar de frente o problema da separação, quer a separação legal, a que alude o art. 340, n. II, do Código Civil, quer a da simples separação de fato. É notória a existência de grande número de mulheres separadas de fato, com ânimo definitivo, de seus maridos, e vivendo em concubinato ostensivo com terceira pessoa. Cumpre dar um lar, um nome e uma pro- teção aos filhos desses concubinatos, que não podem ficar legalmente subor- dinados a uma paternidade que praticamente jamais poderá ser reconhecida pelo antigo marido de suas mães, a quem moralmente a lei não pode atribuir para nenhum efeito. Deve a lei proclamar a PRESUNÇÃO DE ILEGITIMI- DADE dos filhos concebidos durante o período da separação legal ou de fato, com ânimo definitivo, entre os cônjuges, não só que se venham a des- quitar, como também que não se desquitam, e permitir o seu imediato reco- nhecimento pelo pai legítimo” (“Incapacidade Civil e Restrições de Di- reito”, vol. 1, n. 236 e vol. 2, ns. 533 e seguintes).

Para esse efeito, sugeriria a supressão do art. 337 do atual Código Civil e a substituição do art. 338 pelo seguinte:

“Art. — Presumem-se legítimos:

I — Os filhos nascidos cento e oitenta dias pelo menos, depois de esta- belecida a *convivência conjugal*;

II — Os nascidos dentro dos trezentos dias da viuvez, anulação, nul- dade, desquite ou separação de corpos quer de fato quer judicial.

Art. — Os filhos nascidos na constância do casamento, mas fora dos períodos acima indicados são de plano considerados ilegítimos, ressalvada a ação para prova da legitimidade e o direito imediato de reconhecimento ou investigação da verdadeira paternidade legítima ou ilegítima.

Art. — Os filhos havidos nas circunstâncias acima indicadas não são adulterinos, mas simplesmente ilegítimos quando não provada sua legitimidade.

Art. — Os filhos havidos na CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA CONJUGAL, quando provada sua ILEGITIMIDADE são considerados adulterinos e somente podem ser reconhecidos depois de decorridos DEZ MESES APÓS CESSAR A CONVIVÊNCIA CONJUGAL COM ÂNI- MO DEFINITIVO”.

7 — Vejamos agora como o novo Projeto de Código Civil encarou o difícil problema dos filhos havidos durante a SEPARAÇÃO DE FATO.

a) Em primeiro lugar, o art. 1.785 do Anteprojeto reproduziu literalmente o art. 337 do atual Código Civil, segundo o qual “são legítimos os filhos concebidos NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé”.

Como o casamento somente se dissolve pela morte (art. 1.763, § único, do Anteprojeto), os filhos havidos pela mulher desquitada são “concebidos na constância do casamento”, e, portanto, seriam “legítimos”, devendo ser contestados pelo marido na sua legitimidade. Ressurge a questão sobre a natureza dos filhos do desquitado.

b) Em segundo lugar, o art. 1.786 do Anteprojeto reproduz também literalmente o art. 338, n.º II, do atual Código. Contraditoriamente com o artigo precedente, o dispositivo só presume a legitimidade até 300 dias após o DESQUITE.

Ocorrendo, porém, simples SEPARAÇÃO DE FATO, sem desquite, os filhos são presumidos legítimos, sujeitos à “contestação” do marido, antes de poderem ser reconhecidos por terceiro.

c) Em terceiro lugar, a “contestação” do marido é regulada pelo artigo 1.793 do Anteprojeto em termos análogos ao do art. 344 do atual Código Civil. Apenas eliminou a palavra “privativamente”. Mas parece claro que o direito de contestar, segundo o espírito do dispositivo, é reservado unicamente ao marido, somente passando aos seus herdeiros se ele houver contestado (art. 1.794).

A única modificação feita pelo Anteprojeto é haver deixado de exigir que a “contestação” do marido seja formulada mediante a proposição de uma “ação”, como determina o art. 345 do atual Código Civil. Todavia, o Anteprojeto não esclarece sobre se o exercício do “direito de contestar” poderia ser exercido apenas de forma “tácita”, como consta da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou duma forma expressa.

8 — Sobre propriamente a questão dos filhos havidos durante a separação de fato, diz o art. 1.807 do Anteprojeto: “Os filhos ADULTERINOS somente podem ser reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal. Parágrafo único. — Equipara-se à dissolução, para esse efeito, a separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos, devidamente comprovada em juízo”.

A primeira parte deste dispositivo reproduz o art. 1.º da Lei 883, substituindo, apenas, as expressões “filho havido fora do matrimônio” por “filhos adúlteros”, substituição infeliz, dada a falta de definição do que se deva entender por “adúlterino”.

O que especialmente é de lamentar é que o dispositivo considere “adúlterino” o filho havido após separação de fato, pelos motivos acima expostos.

O Anteprojeto não teve a firmeza necessária para equiparar o filho do casal separado de fato, com ânimo definitivo, ao filho do desquitado, de sorte a considerar um e outro simplesmente ILEGÍTIMOS, e não presumidamente legítimos, desde que nascidos 300 dias após o desquite ou a separação de fato.

Devido também a isso é que estabeleceu o longo prazo de cinco anos para o reconhecimento após a separação de fato, quando o período de 300 dias seria o indicado com analogia com o que sucede com o desquite (artigo 1.786, n.º II, do Anteprojeto), suficiente também para se entender como consolidada a situação definitiva de separação de fato.

Não é justo que, separada a mulher do marido e concubinada com outro homem, os filhos que venha a ter desde outro homem sejam presumidos legítimos até à CONTESTAÇÃO do marido; e, contestados pelo marido, desfeito irremediavelmente o antigo lar pela separação de fato, devam permanecer como espúrios, *quasi sine patre filii*, durante cinco anos, até que possam ser reconhecidos pelo seu verdadeiro pai.

E porque considerar “adulterinos” esses filhos, quando a separação de fato, à semelhança do desquite, dissolve praticamente a família, em matéria de filiação, como se o casamento tivesse sido dissolvido?

Os dispositivos a esse respeito, do Anteprojeto, são tímidos, contraditórios e devem, necessariamente, ser retificados.

XII

INCAPACIDADE DA CONCUBINA RECEBER POR TESTAMENTO OU DOAÇÃO

1 — Segundo o nosso antigo direito das Ordenações Filipinas, a mulher casada poderia reivindicar a DOAÇÃO feita pelo marido à concubina, ainda que a mesma se dissimulasse em qualquer outro contrato.

O rigor desse preceito, entretanto, devia ser entendido restritamente, segundo o texto legal e a interpretação dos praxistas.

Assim:

1.º) NÃO HAVIA INCAPACIDADE DA CONCUBINA EM RECEBER POR TESTAMENTO.

A razão dessa orientação é assim explicada por Lafayette, de acordo com os praxistas: “A proibição de doar à concubina não se estende aos atos de última vontade: 1.º, porque ao tempo que tais atos produzem os seus efeitos, já está o casamento dissolvido pelo decesso do marido; 2.º, porque daí não resulta prejuízo algum à mulher, visto como a meação e os bens próprios do marido têm de passar em todo o caso aos herdeiros. Gama, Defes. n.º 226; Barb. à Ord. cit., n.º 3; Egidio, Revel. Honest., art. 8.º, n.º 11” (Dir. de Família, § 40, nota 26).

2.º) Cessava o direito da mulher reivindicar a DOAÇÃO feita pelo marido quatro anos depois de SEPARADOS OS CÔNJUGES por morte ou “por qualquer outra maneira” (Ord., Livro 4, título 66; BORGES CARNEIRO, n.ºs 10 e seg.; LAFAYETTE, § 40).

A expressão “por qualquer outra maneira” indica claramente a simples separação de fato.

3.º) Ademais, valia a DOAÇÃO, se a concubina, houvesse sido deflorada pelo doador, pois, então, representava indenização pelo dano causado;

4.º) Tinha também validade o que o marido pagasse à concubina a título de soldada em paga do seu serviço.

2 — Essa incapacidade parcial da concubina cessou de ser admitida em todos os Códigos Civis Modernos, salvo o português e o brasileiro.

E o motivo dessa orientação do direito moderno é facilmente explicável. Quando o legislador proíbe a doação ou qualquer outro contrato entre marido e concubina, não visa a restringir os direitos próprios da concubina, mas apenas vedar o contrato cuja finalidade seja a obtenção de favores sexuais ou a subsistência do próprio concubinato. Isso exclui qualquer restrição aos direitos da concubina em receber o salário dos seus serviços domésticos ou a indenização que lhe caiba por sua sedução ou a satisfação dum dever moral ou de consciência por parte do seu amásio (PLANIOL ET RIPERT, 5, n.º 266; JOSSEKAND, I, n.º 1.178).

Era esta também, como se viu, a doutrina dos nossos antigos praxistas.

Mas se se visa reprimir apenas a prestação imoral dada à concubina, a nulidade resultante é comum a qualquer contrato que vise a finalidade contrária aos bons costumes, pouco importando seja o contrato feito ou não com uma concubina e esta seja amante de homem casado ou solteiro (art. 145, n.º 2, do Código Civil).

Não se justifica, portanto, proibir **TODO E QUALQUER CONTRATO** entre o marido e a concubina e, muito menos, o **TESTAMENTO**, que não poderia visar à subsistência dum concubinato desfeito pela morte (BAUDRY LACANTINERIE, 10, n.º 831).

3 — É por isso que o antigo Código Civil Português, vedando embora a doação do homem casado à concubina, não proibiu o testamento, senão quando se tratasse de cônjuge adúltero a favor do seu cúmplice e “o adulterio tivesse sido provado judicialmente antes da morte do testador” (art. 1.771).

O que se visava então seria reprimir o escândalo duma condenação por adultério, o que poderia levar até a impedimento matrimonial.

4 — O nosso Código Civil, entretanto, discrepando, na época, de todos os Códigos do mundo, contém esta incrível disposição:

“Art. 1.719 — Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III, a concubina do testador casado”.

Longamente discutiram os intérpretes do Código se essa proibição atingia a concubina do testador **DESQUITADO**. Ainda em 1938, esta era a opinião dominante, segundo **CARVALHO SANTOS** (vol. 24, pág. 51).

Só lentamente acabou por vencer a opinião contrária, que é restritiva do texto legal.

5 — Entretanto, a tendência de nosso direito, conforme temos sempre sustentado em livro (“Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. II, n.ºs 542 e seg.) e em votos como desembargador, é para excluir também o

caso do testador SEPARADO DE FATO da esposa, com ânimo definitivo, como prescreviam já as velhas Ordenações Filipinas.

Com efeito, tanto o art. 1.719 (sobre testamento), como o art. 1.474 (sobre seguro de vida) devem ser interpretados à luz do texto do art. 1.177 (sobre doação), o qual anula a doação feita pelo cônjuge ADÚLTERO ao seu CÚMPLICE.

O nosso Código não define o adultério; mas, segundo a doutrina corrente, é ele a “violação DOLOSA do dever de fidelidade conjugal”.

O dever de fidelidade, porém, como ensinavam os antigos canonistas, e é hoje correntemente aceito em nosso direito em relação aos desquitados, resulta do dever de coabitação, porque, cessado este último dever, em virtude de sentença judicial, o dever de fidelidade se transformaria em dever de continência. “Se o cônjuge inocente fornicar depois da sentença de divórcio (escreveu o canonista SANCHEZ), será réu de adultério em relação a Deus, em virtude da permanência do vínculo; não pecará, entretanto, contra o cônjuge repudiado, nem lhe fará injúria, visto como foi destituído do direito sobre seu corpo pela sentença” (*Divortio, Disput 9, Quaestio III, n.º 30*).

Ora, os mesmos argumentos aplicam-se ao caso da separação de fato entre os cônjuges: se o dever de coabitação cessa entre os cônjuges por vontade de ambos ou de uma das partes, que não pode coagir a outra, não poderão ficar condenados ao voto de castidade.

É atendendo a essa circunstância, que o Código Penal autoriza o juiz a não aplicar pena não somente ao cônjuge desquitado (art. 240, § 3.º, I), como também no caso de ter cessado a vida em comum (art. 240, § 4.º, I), ocorrendo adultério. Orientação análoga é a do futuro Código Penal (art. 265).

A legislação civil, porém, ainda vai mais longe. E, especificamente, a lei de acidentes no trabalho autorizando o MARIDO SEPARADO DA ESPOSA, por culpa desta, a fazer doação à concubina.

Determina, com efeito, o art. 21, parágrafo único, do Decreto-lei 7.036, de 10 de novembro de 1944: “terá os mesmos benefícios que o cônjuge legítimo, caso este não exista ou NÃO TENHA DIREITO AO BENEFÍCIO, a COMPANHEIRA mantida pela vítima”.

Ora, segundo o art. 1.º da mesma lei. NÃO TEM DIREITO AOS BENEFÍCIOS NELA PRESCRITOS A ESPOSA SEPARADA POR CULPA SUA.

Se, portanto, a esposa do operário estiver dele separada por culpa própria, a indenização pela morte do operário SERÁ RECEBIDA PELA CONCUBINA.

A incapacidade de direito imposta à concubina pelo nosso já velho e superado Código Civil tem de ser interpretada como toda disposição restritiva de direito. Não pode ser estendida à COMPANHEIRA DO DOADOR, TESTADOR ou SEGURADOR CASADO, SEPARADO PACIFICAMENTE DA ESPOSA, pois é comum nas classes operárias que essa separação, embora não solenizada pelo desquite, seja consagrada

pela constituição de novo lar honrado e com procriação de filhos, sem menor reclamação ou intromissão do cônjuge separado, a não ser para mais tarde reclamar a herança ou o seguro, depois de anos de completo abandono e esquecimento.

A lei tem de ser interpretada de maneira que se ajuste às novas condições sociais, ao senso moral médio da opinião pública vigente e dos costumes populares, aos quais o legislador e o juiz devem inclinar-se, porque o direito que não recebe dali constante inspiração e influxo é como uma árvore privada de raízes e condenada ao perecimento.

6 — É por isso com grande espanto que vejo agora que o Anteprojeto de Código Civil, em vez de eliminar a incapacidade de receber herança ou legado que o art. 1.719, n.º III, do Código atual estabelece em relação à “concubina do testador casado”, ainda agrava e estende consideravelmente esse absurdo dispositivo, dando-lhe a seguinte redação: “Art. 2.009 — Não podem ser nomeados herdeiros, nem legatários: III — O concubinário do testador ao tempo da vigência da sociedade conjugal, se, aberta a sucessão, ao testador sobreviver o cônjuge ou algum filho do casal”. E acrescenta, no art. 2.010: “São NULAS as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder...”.

Em primeiro lugar, deve-se notar a imperfeição de redação desses dispositivos e a dificuldade de interpretá-los.

Com efeito, o que o Anteprojeto parece determinar é que, feito o testamento ao tempo da vigência da sociedade conjugal, mantém-se a nulidade do legado à concubina ainda que o testador venha a desquitar-se, contanto que a ele sobreviva o cônjuge ou algum filho do casal.

Ora: a) se o legado à concubina é NULO (art. 2.010), não se compreende que só possa ser ANULADO pela mulher sobrevivente ou pelo filho do casal.

b) De outra parte, dissolvida a sociedade conjugal, cessa a legitimidade da mulher para se insurgir contra o legado feito à concubina que poderia ser livremente mantido ou refeito.

Nem se alegue a existência de incapacidade da legatária ao tempo da feitura do testamento.

A regra decorrente do texto do art. 1.717 do Código Civil e reconhecida pela doutrina é a de que “a capacidade de receber deve ser naturalmente considerada *no momento em que o legatário recebe*. Ora, esse momento, não é o momento da confecção do testador, mas no dia da morte do testador visto como é nesse momento somente que o legado pode produzir seus efeitos em proveito do legatário. Quase todos os autores se pronunciam nesse sentido” (Baudry Lacantinerie, 10, n.º 624; Duranton, VIII, n.º 230; Troplong, II, n.º 435; Aubry et Rau, VII, § 650; Laurent, 11, n.º 382; Huc, VI, n.º 118; Carvalho Santos, 24, pág. 36: “Justamente porque a capacidade pode variar no decurso do tempo, tornando-se amanhã incapazes pessoas que

hoje eram capazes e vice-versa é que mister se faz estabelecer o momento em que se exige essa capacidade para adquirir por testamento. Sobre esse ponto, porém, não há mais controvérsia possível: a capacidade deve existir ao tempo da morte do testador...".

7 — O novo Código Civil Português, com mais técnica, assim redigiu o dispositivo análogo: "É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado COMETEU ADULTÉRIO, salvo se o casamento já estava dissolvido ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens A DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO".

8 — O Código Civil Português, como o nosso, são os únicos Códigos no mundo que admitem essa singular incapacidade testamentária da concubina, apesar dos precedentes de nossa legislação vinda das Ordenações.

Todavia, o Código Português fala em "adultério", como o nosso próprio Anteprojeto fala em relação à "doação" ao cônjuge "adúltero" (art. 538).

Ora, como vimos, o adultério deve ser excluído no caso da SEPARAÇÃO DE FATO.

O curioso é que o Anteprojeto, no seu art. 2.043, equipara ao desquitado o separado de fato por mais de cinco anos para retirar o DIREITO SUCESÓRIO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE!

É manifesta a contradição entre esse art. 2.043 do Anteprojeto com seu art. 2.009, n.º III.

9 — O legado à concubina nem sempre representa prestação de adultério; nem seria isso concebível para vigorar após a morte do testador.

O legado é reconhecimento de serviços prestados e representa geralmente o cumprimento dum dever moral ou de reparação duma sedução ou compensação de prejuízos causados pela vida em comum.

10 — O Anteprojeto, entretanto, ainda pretendeu ser mais odioso do que o atual Código: estendeu a proibição do legado também ao concubino da MULHER CASADA.

Sem dúvida nosso direito deve reconhecer a igualdade dos sexos. Todavia a moral pública inflexivelmente os distingue no ponto de vista da liberdade sexual.

É compreensível que uma esposa mantenha seu casamento apesar de saber do concubinato do marido; e não há desdouro em reclamar legado que o marido haja deixado à concubina.

Insuportável, porém, é que o marido consinta em manter seu casamento sabendo que sua mulher mantém amante em concubinato, o que já o direito romano equiparava a um lenocínio.

E muito mais insuportável ainda é que, tendo consentido nesse concubinato durante a vida da mulher, vá reclamar o legado deixado pela mulher ao concubino após sua morte.

XIII

PENSÃO ALIMENTÍCIA DA DESQUITADA

1 -- O nosso Código Civil, no art. 396, somente se refere ao direito alimentar entre "parentes" e, ao regular o desquite, só alude a "pensão alimentícia" entre cônjuges desquitados, no caso da mulher ser inocente e pobre, caso em que sujeita o marido a lhe pagar a pensão que o juiz fixar (artigo 320).

Por isso, muitos autores e julgados vieram a entender que a pensão fixada em desquite AMIGÁVEL teria caráter contratual e não alimentar; e, em consequência, não estaria sujeita a ser determinada pelo juiz quando não prevista no acordo do desquite, nem reajustada em caso de melhoria da situação do marido ou desvalorização da moeda.

Opinam, entretanto, outros juristas e julgados que, em face ao nosso sistema legal pelo qual o desquite produz mera separação sem quebramento do vínculo do casamento, subsiste, como efeito essencial ao vínculo matrimonial, o dever de "mútua assistência" (art. 231, n.º III, do Código), transformado pelo desquite num simples dever alimentar para com o cônjuge necessitado.

De outra parte, o art. 642 do Código de Processo Civil, reproduzindo preceito das legislações processuais anteriores, só admite que os cônjuges deixem de fixar pensão alimentícia para a mulher, no acordo para desquite amigável, se a mulher não dispuser de bens suficientes para manter-se. Isso importa *a contrario sensu*, em tornar IRRENUNCIÁVEL o direito a alimentos por parte da mulher, se esta vier a deles necessitar para a sua manutenção.

A controvérsia, a esse respeito, tem sido grande em nossa jurisprudência, mas a solução que o E. Supremo Tribunal acabou por consignar na sua "Súmula" n.º 379 como jurisprudência predominante, é a de que "no acordo de desquite não se admite RENÚNCIA aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

2 — O Anteprojeto do Código Civil pareceria, à primeira vista, ter solvido a dificuldade da assimilação da pensão subsequente ao desquite a uma verdadeira pensão alimentícia, quando, no seu art. 1.908, equiparou os cônjuges aos parentes para o efeito de pedir alimentos, de sorte que, em qualquer caso, o direito a alimentos seria irrenunciável, nos termos do artigo 1.921 do Anteprojeto.

Com efeito, uma vez que o art. 1.908 reconhece aos "cônjuges", sem limitação, o direito a alimentos, e tal direito é mantido em caso de desquite judicial a favor do cônjuge inocente e desprovido de recursos (art. 1.916), logicamente também deveria entender-se caber aos "cônjuges", no caso de desquite amigável, a pensão alimentícia de que necessitassem ou viessem a necessitar após o desquite.

Desde que o casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges (art. 1.763, § único do Anteprojeto), os "cônjuges" continuam como tais

após o desquite e, portanto, continua a haver entre eles o dever alimentar, segundo a regra geral citada do art. 1.908 do Anteprojeto: "O dever do socorro (escrevem Planiol et Ripert) sobrevive à separação de corpos porque é um efeito do matrimônio independentemente da manutenção da vida em comum. Entretanto, a terminação dessa vida em comum produz o efeito de modificar a maneira como se exerce. Já não poderá consistir na comunidade das coisas necessárias à vida, senão na entrega de uma pensão alimentícia de um dos esposos ao outro" (Tratado, II, n.º 676).

É, portanto, com grande surpresa que se verifica acolher o Anteprojeto o seguinte dispositivo realmente extravagante: "Art. 1.918. — Se um dos cônjuges desquitados vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los, mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha aquele parente em condições de fazê-lo, e não tenha sido declarado culpado em desquite judicial".

A prevalecer semelhante dispositivo, ficará reconhecido, sem dúvida, o caráter meramente contratual da pensão fixada em desquite amigável. Será excluído o seu reajuste e admitida sua renúncia. E praticamente não poderá ser exercido o direito alimentar de um desquitado contra outro, porque o mesmo somente seria admitido "caso (o cônjuge necessitado) não tenha parente em condições de fazê-los".

"Parentes", segundo o Anteprojeto, são os ascendentes, descendentes e irmãos, nessa ordem, podendo, entretanto, ser chamados a concorrer na proporção dos respectivos recursos, como dizem, em contradição manifesta, os arts. 1.911 e 1.912 do Anteprojeto.

Na verdade o art. 1.918 do Anteprojeto está em desacordo com a boa lógica, com o seu próprio art. 1.908 e com o sistema do Código de Processo Civil, tanto o atual, como vimos, como o futuro (art. 1.121, n.º IV), quando estabelecem o caráter alimentar da pensão do desquite amigável e sua obrigatoriedade quando a mulher não possuir bens suficientes para se manter.

3 — Ainda em outros pontos parece-me que o Anteprojeto, no capítulo sobre alimentos, deve ser modificado ou complementado.

O primeiro é quando, mantendo a orientação do atual Código Civil, o Anteprojeto somente concede pensão alimentar, em desquite judicial, ao cônjuge inocente (art. 1.916).

O art. 156 do Código Civil Italiano e a jurisprudência francesa entendem que o cônjuge necessitado, separado de corpos, deve obter pensão alimentícia AINDA QUANDO A SENTENÇA LHE SEJA CONTRÁRIA (PLANIOL ET RIPERT, loc.).

Parece-nos que poderia ser adotada uma solução intermédia, como a seguida pelo vigente Código Civil Português: haverá condenação a alimentos quando AMBOS os cônjuges forem julgados culpados (art. 2.016).

4 — Outro ponto é a cessação do direito a alimentos, como também determina o Código Civil Português, no art. 2.019, "se o alimentado contrair novo casamento ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral"; e também, acrescentaríamos, quando contraísse concubinato.

Esse princípio deveria vigorar quer em relação ao desquite litigioso quer ao amigável.

Se, no caso do desquite litigioso, a mulher deixa de ser pobre, ninguém duvidaria de que cessaria seu direito a alimento. Mas o mesmo deveria ocorrer se se juntasse a um amante ou tivesse conduta indigna.

A cláusula "cônjuge inocente" deve ser considerada *rebus sic stantibus*.

Não se compreenderia que, em desquite amigável, o marido continuasse a pensionar a mulher que se concubinasse, pois, em tal caso, estaria ele, marido, contribuindo a manter o amante de sua mulher.

É o que tivemos ocasião de decidir com a E. 8.^a Câmara Cível (Revista do Tribunal de Justiça da Guanabara, vol. 21, pág. 175).

O mesmo princípio se estenderia, pela mesma razão, à pensão decretada em desquite litigioso.

O legislador deveria ser explícito, permitindo ao marido pedir o cancelamento da pensão, em tal caso.

XIV

PROMESSA DE VENDA E PROMESSA DE CESSÃO

1 — É de todos conhecida a interminável controvérsia existente em nosso direito sobre se a promessa de venda de imóvel, mesmo feita por escritura pública, tinha ou não efeito compulsório contra o comprador, prevalecendo a opinião de que se trataria de mera obrigação de fazer que, infringida, daria lugar a simples pedido de perdas e danos.

Leia-se, a respeito, o magnífico estudo de PHILADELPHO AZEVEDO publicado integralmente na obra de CARVALHO SANTOS, Cód. Civil Brasileiro Interpretado, volume 15, págs. 132 e s. Demonstrou esse jurista que o efeito coativo das promessas de contratar já vinha sendo sustentada pelos antigos praxistas.

O art. 1.006, § 2.^o, do Código de Processo Civil, consagrou esse efeito coativo, mas de maneira obscura e imprecisa, deixando, de qualquer maneira, ao desamparo as promessas não feitas com a forma requerida para o contrato definitivo e não estendendo ainda o efeito compulsório aos terceiros.

A iniquidade dessa situação ficou patente ao surgirem os modernos loteamentos, em que os pequenos compradores não tinham meios para fazerem valer seus direitos contra as empresas loteadoras, que lhes outorgavam simples contratos por escritura particular e contendo cláusulas leoninas de rescisão e de proibição de transferência de seus contratos.

O magnífico Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937 veio a colocar a questão sob novas bases, quando: a) deu efeito de direito real às promessas de venda, em relação a terceiros, AINDA QUE CONTRATADAS POR ESCRITURA PARTICULAR de imóveis loteados, desde que inscritas no registro público; b) regulou a rescisão do contrato, admitindo purgação de mora; c) permitiu sua transferência ainda que sem consentimento do promitente vendedor (art. 13).

Mais tarde, a Lei 649, de 11 de março de 1949, dando nova redação ao art. 22, do Decreto-lei 58, estendeu seus efeitos à promessa de venda de imóvel não loteado, cujo preço fosse pago à vista ou a prazo, desde que irretratável e inscrita no registro de imóveis.

Com o desenvolvimento dos negócios, entretanto, ficou patente a necessidade de reconhecer ao promitente comprador, com seu título inscrito, mas que ainda estivesse devendo parte do preço ao promitente vendedor, o direito de ceder o seu direito real a um terceiro promitente comprador. Essa participação, porém, era de caráter secundário, porquanto o promitente comprador, com sua escritura registrada e com direito real sobre a coisa, tinha seus direitos próprios garantidos compulsoriamente contra o promitente vendedor.

Nenhuma razão de direito, portanto, haveria para não se atribuírem os característicos legais de promessa de venda a essa promessa de cessão de uma promessa de venda devidamente inscrita no registro de imóveis, e permitir sua inscrição no registro de imóveis, como simples promessa, desde que irretratável.

Por isso, passaram os oficiais de registro de imóveis a fazer a averbação dessas promessas de cessão sem cláusula de arrependimento como verdadeiras promessas de venda.

A questão, a princípio, suscitou debates, chegando a haver uma Portaria da Corregedoria do então Distrito Federal, proibindo tais registros e havendo também acórdãos que ordenavam a punição dos oficiais que fizessem tais registros.

Atualmente, porém, tal questão ficou superada em face ao art. 69 da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, que equiparou a promessa de cessão à promessa de venda, como direito real.

Restava, porém, ainda, proteger os promitentes compradores por **ESCRITURA PARTICULAR**, com os requisitos exigidos pelo art. 135 do Código Civil, facultando-lhes o registro para adquirirem a força de direito real contra terceiros, e não simples efeito compulsório contra a outra parte contratante.

É de notar que a lei não exige escritura pública para o registro dessa promessa (Lei n.º 649, de 11 de março de 1949, e lei de registros públicos).

Era preciso, também, proteger os promitentes compradores contra os efeitos da sua mora. Conforme escrevi na obra "Incapacidade Civil e Restrições de Direito", vol. 1, n.º 303, publicada em 1957, tais promitentes compradores se encontravam em situação perfeitamente análoga à em que se encontravam, antes do Decreto-lei 869, os compradores de imóveis sob reserva de domínio: em seus contratos se estipulava que, em caso de falta de pagamento duma só prestação, se rescindiriam de pleno direito seus contratos e seriam compelidos a restituir o imóvel já muito valorizado, perdendo todas as prestações pagas, além de incidirem em multa por perdas e danos.

O Decreto-lei n.º 745, de 7 de agosto de 1969, veio sanar esse ponto.

No momento em que se cogita de atualizar o Código Civil, era de esperar que o Anteprojeto consolidasse as conquistas feitas na matéria de promessa de venda de imóveis e as completasse com a extensão do registro

como direito real às escrituras por instrumento particular, subscritas por duas testemunhas.

Acontece, porém, que o novo Anteprojeto de Código Civil, no seu art. 1.603 restringe o registro público para constituição do direito real às escrituras celebradas por instrumento público.

Em sentido diferente há vários julgados e decidiui sob minha proposta a Conferência de Desembargadores que teve lugar em 1966.

Proclamou a mesma: "O efeito compulsório da promessa de compra e venda irrevocabél, feita por escritura pública deve ser mantido E ESTENDIDO À PROMESSA DE CESSÃO DE PROMESSA DE VENDA irrevocabél e inscrita no registro de imóveis, em um e outro casos, e deve também ser estendida à promessa de venda feita por escritura particular subscrita por duas testemunhas, irrevocabél e cuja inscrição deve ser permitida pela lei nos mesmos termos que nos dois casos acima indicados".

O Anteprojeto não alude à promessa de cessão de promessa de venda, nem reproduz, também, o texto do Decreto-lei 747, de 7 de agosto de 1969, sobre interpelação prévia do promitente comprador em mora.

Matéria de alta gravidade, deveria constar expressamente do novo "Código, consolidação de conquistas legislativas anteriores.

O amor à síntese não deve conduzir à omissão e dúvidas posteriores na aplicação da lei.

XV

O CASAMENTO RELIGIOSO E O ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1 — A Constituição Federal de 1934, no seu art. 146, determinou que o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, produziria OS MESMOS EFEITOS que o casamento civil, DESDE QUE, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo de oposição, fossem observadas as disposições da lei civil e fosse ele inscrito no registro civil.

Interpretando de maneira muito restrita o preceito constitucional, a Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, somente admitiu o registro de casamento religioso, quando fosse precedido de prévia habilitação civil em que fosse indicada a autoridade religiosa que iria celebrar o casamento.

Celebrado, dessa forma, o casamento por uma autoridade religiosa, e antes mesmo que o ato fosse registrado civilmente, não poderiam as pessoas assim casadas celebrar novo casamento, sob a sanção das penas do crime de bigamia (art. 9.º, § 1.º, da Lei 379).

2 — A Constituição de 1946, no seu art. 163, substituiu o sistema ideado pela Constituição de 1934 por um outro, com características diversas e mais amplas.

Esse art. 163 da Constituição de 1946 foi mantido pelo art. 175 da atual Constituição, com ligeira modificação de redação.

Depois de proclamar, no seu § 1.º, que “o casamento é indissolúvel”, acrescentou dois parágrafos: a) no primeiro parágrafo determinou: “O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso EQUIVALERÁ AO CIVIL, se, observados os impedimentos e prescrições DA LEI, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado”; b) no parágrafo seguinte, acrescentou: “O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente”.

Interpretando esse texto constitucional, a Lei 1.110, de 23 de maio de 1950, distinguiu entre o casamento religioso realizado com prévia habilitação civil e o realizado com habilitação civil posterior, como se cada um correspondesse a um dos parágrafos acima citados do art. 163 da Constituição. E, em ambos os casos, proclamou o princípio de que “a inscrição (do casamento religioso) produzirá os efeitos civis A CONTAR DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO”.

Observe-se, desde logo, que o § 2.º do art. 175 da Constituição não exige, como o faz o art. 2.º da Lei n.º 1.110, que o casamento religioso seja precedido de habilitação CIVIL, nem muito menos que esta caduque no prazo de sessenta dias. Exige apenas que o casamento religioso tenha observado “os impedimentos e prescrições *da lei*”, nada impedindo, assim, que o legislador ordinário admitisse os efeitos da habilitação FEITA PELA AUTORIDADE RELIGIOSA, segundo normas equivalentes às da legislação civil.

No momento em que se cogita de modificar o texto da Lei 1.110, é importante ter-se em vista que as únicas limitações opostas ao legislador são as que constem do texto constitucional.

3 — Segundo, portanto, o disposto no art. 175 da Constituição Federal, combinado com a Lei 1.110, de 23 de maio de 1950: a) o casamento é de vínculo indissolúvel; b) o casamento religioso EQUIVALE ao civil, desde que seja inscrito no registro público; c) a inscrição RETROAGE OS EFEITOS DO CASAMENTO RELIGIOSO AO MOMENTO DA SUA CELEBRAÇÃO.

Sobre esse efeito RETROATIVO do registro, concorda o Anteprojeto do Código Civil, no seu art. 1.700: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do civil, equipara-se a este, desde que inscrito no registro próprio, PRODUZINDO EFEITOS A PARTIR DA DATA DE SUA CELEBRAÇÃO”.

Nem se poderia entender de outra forma porque, retirado ao registro seu efeito retroativo, o preceito constitucional ficaria inócuo: não haveria casamento religioso mas simples modalidade de casamento civil provado pelo registro.

4 — Esse efeito RETROATIVO do registro é da mais capital importância para se compreender a natureza e efeitos do casamento religioso ANTES DO REGISTRO.

Se o registro fosse um requisito essencial à EXISTÊNCIA do casamento religioso, seu efeito seria *ex nunc*, isto é, somente para o futuro.

Desde que os efeitos do registro RETROAGEM À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO RELIGIOSO, é porque este JÁ EXISTE CIVILMENTE desde que foi celebrado. É apenas um ato cuja plena eficácia depende da sua inscrição no registro público; é um ato CONDICIONAL, e, como tal, não se confunde com um ato inexistente. Como todo ato condicional, produz desde logo os efeitos inerentes ao ato condicional, ou seja, o direito aos atos conservatórios (art. 121 do Código Civil), isto é, todas as medidas de conservação não só material como jurídica (DE PAGE, 1, n.º 160).

Trata-se, portanto, dum ato IRREVOGÁVEL pelas partes, tanto mais quanto a Constituição o proclama INDISSOLÚVEL pela vontade das partes.

Como todo ato condicional, segundo a doutrina mais aceita, o implemento da condição teria efeito retroativo.

No caso, entretanto, não importa discutir essa tese, porque a lei, expressamente confere efeito retroativo à inscrição do casamento religioso.

Se, portanto, *pendente conditione*, resultarem filhos durante um casamento religioso ainda não inscrito, os mesmos serão considerados legítimos DESDE O PRINCÍPIO, se o casamento vier a ser inscrito. Tais filhos também têm interesse em manter a irrevogabilidade do casamento religioso, enquanto este não estiver ainda inscrito.

Parece, pois, evidente que um dos cônjuges não pode, unilateralmente, dar como revogado ou inexistente o casamento religioso que haja contraído, para requerer seu casamento civil com terceira pessoa.

O princípio de que todo ato submetido a uma condição suspensiva com efeito retroativo dá direito a atos conservatórios do direito condicional, obriga à conclusão de que o casamento religioso deve importar em impedimento matrimonial para a celebração de casamento dum dos cônjuges com terceira pessoa.

É o que muito bem compreendeu o legislador, com a Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, quando submeteu às penas de bigamia àquele que, sendo casado religiosamente com uma pessoa, se viesse a casar com outra, mesmo antes da inscrição daquele primeiro casamento (art. 9.º, § 1.º).

5 — É interessante assinalar que, embora de certa forma contraditória, PONTES DE MIRANDA chega a essa mesma conclusão. Assinala ele, ao enumerar os “impedimentos proibitivos”, que, além dos quatro indicados pelo Código Civil (art. 183, n.ºs XIII-XVI), “lei posterior juntou um quinto” que é o “casamento religioso ainda não inscrito”.

Escreveu ele a propósito desse quinto impedimento: “Casamento religioso ainda não inscrito. — e) O que já se acha casado perante ministro de confissão religiosa, se ainda não inscrito o casamento. TAL IMPEDIMENTO PROIBITIVO emanou da Lei n.º 379, de 16 de janeiro de 1937 que, no art. 9.º estatuiu: “Incorre nas penas do art. 283 da Consolidação

das Leis Penais quem contrair novo casamento, civil ou religioso, com efeitos civis, depois de celebrado casamento religioso, na conformidade desta lei, ainda que este se não ache inscrito no registro civil" (Depois, art. 231 do Código Penal). Não se formulou regra explícita sobre impediência; porém não se compreenderia que a autoridade estatal, ou o ministro da confissão religiosa, ou o oficial do registro civil, se acumpliciassem com a pessoa já casada no religioso, para que essa contraísse casamento que constituía, para o direito penal, ato delituoso. O que se não podia extrair do art. 9.º da Lei 379 era o impedimento DIRIMENTE, uma vez que a sanção da nulidade DEPENDE DE LEI EXPLÍCITA. Não cabe o mesmo raciocínio quanto à simples impediência. Se já foi inscrito o casamento religioso, estabelece-se a dirimência. Quando simplesmente anotada a inscrição, se vier a ser ordenada, dirimido está o casamento que se efetuou após a anotação" (Tratado, VII, § 772).

E acrescentou: "A Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, art. 9.º, só conferia efeito de impediência ao casamento religioso não inscrito no registro civil, o que mostra NÃO SE CONSIDERAR EXISTENTE O CASAMENTO RELIGIOSO não-inscrito; se se considerasse tal, o efeito seria de dirimência. A Lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950, apenas se refere aos efeitos da inscrição (art. 7.º). Mas o efeito impeditivo não é da inscrição e, embora o art. 10 da Lei n.º 1.110 haja ab-rogado a Lei n.º 379, A DOCTRINA TEM DE VER NO CASAMENTO RELIGIOSO, QUE AINDA PODE SER INSCRITO, EFEITO IMPEDITIVO" (Tratado, VII, § 773).

É patente, *data venia*, a contradição do Egrégio Mestre quando afirma não ser existente o casamento religioso não inscrito e ao mesmo tempo lhe dá o efeito de IMPEDIR novo casamento, ainda que de forma proibitiva.

Confunde-se aí "existência" e "eficácia". O casamento religioso "existe" desde sua celebração. Sua PLENA EFICÁCIA é que depende do registro com efeito retroativo. O que não impede sua EFICÁCIA PARCIAL MESMO ANTES DO REGISTRO, nos casos indicados pela lei como este de constituir um IMPEDIMENTO PROIBITIVO de novo casamento.

6 — Uma vez, entretanto, que se cogita de novo Código, e portanto da modificação da atual Lei 1.110, surge a questão sobre se deve atribuir efeito DIRIMENTE ou apenas PROIBITIVO ao casamento religioso não registrado.

Dado fato de que o registro é que leva ao conhecimento público a existência do casamento religioso, parece aconselhável restringir o efeito DIRIMENTE ao caso do casamento ter sido prenotado, como diz PONTES DE MIRANDA ou quando JÁ TENHA SIDO REQUERIDA A INSCRIÇÃO, portanto, em tal caso, já a autoridade civil tomou conhecimento da existência do casamento.

Esta é a forma preferida pelo Anteprojeto quando admite como impedimento dirimente: ser "a pessoa casada com outrem no religioso e que já houver requerido a inscrição desse casamento no Registro Civil".

Corrija-se o texto apenas na parte em que exige que a inscrição *tenha sido pedida pelo cônjuge*, quando a Constituição Federal permite que o pedido seja feito *por qualquer interessado*.

Além disso, deveria ser incluído no Anteprojeto, no seu art. 1.710, um número V dando como *não devendo* casar a pessoa já casada com outrem no religioso e cuja inscrição ainda não tenha sido requerida.

7 — Como consequência desse *impedimento proibitivo*:

a) Deve ser exigida, por ocasião da habilitação para casamento civil, a declaração de não ser o requerente já casado religiosamente com outra pessoa;

b) Deve ser submetida a pena criminal correspondente à da bigamia, e a perdas e danos a pessoa que se casar novamente apesar do seu impedimento;

c) Deve ser obrigatória a comunicação do casamento religioso à autoridade civil por parte da autoridade religiosa e dos contraentes para seu imediato registro;

d) Deve ser obrigatório o registro do casamento religioso.

Este é o sistema que, em linhas gerais, corresponde ao adotado pela Lei 379, de 16 de janeiro de 1937.

e) De outra parte, da mesma forma que o casamento religioso não registrado deve ser impedimento para o casamento civil posterior com outra pessoa, o casamento civil deve representar impedimento para casamento religioso posterior com pessoa diferente. E a sanção desse impedimento pode ser estabelecida por duas formas: a) ou pelo restabelecimento do Decreto 521, de 26 de junho de 1890, que tornava obrigatória a efetivação do casamento civil antes do religioso; b) ou simplesmente impor penas análogas às de bigamia a todo aquele que, já sendo casado civil ou religiosamente com uma pessoa, viesse a casar religiosamente com outra antes de dissolver o primeiro casamento.

8 — Não se argumente contra tais medidas invocando o princípio da liberdade de culto. Tal princípio é garantido pelo art. 153, § 5.º, da Constituição, “salvo se contrariar a ordem pública”.

Ora, desde que a própria Constituição erigiu o casamento religioso em modalidade de casamento civil, seria contra a ordem pública e contra o princípio constitucional da indissolubilidade do vínculo, contrair novo casamento, civil ou religioso, antes de dissolvido o primeiro, quer civil quer religioso registrável.

Não se pode permitir a continuação do escândalo de se assistir o casamento religioso de pessoas desquitadas, recorrendo até mesmo a sacerdote católico, quando já não sejam casadas religiosamente antes.

E assistir-se a milhares de casais incautos que se casam somente no religioso sem o aperfeiçoar com o registro civil ou perderem o prazo para tanto pela desídia do celebrante ou de despachante a quem tenham entregue o ato da celebração religiosa. Permanecerão concubinos e os filhos ilegítimos.

10 — Tudo isso tivemos ocasião de profligar nos *consideranda* da Portaria n.º 195, de 19 de outubro de 1959, que baixamos quando Corregedor da Justiça do então Distrito Federal e em entrevistas à imprensa local em 9 de novembro do mesmo ano.

O casamento religioso entendido como “inexistente”, observei então, pode também transformar-se facilmente num casamento de experiência, numa nova modalidade de divórcio e na consagração dum concubinato. Poderiam, com efeito, os cônjuges, efetuar um casamento religioso de experiência. Dando-se bem após realizá-lo, poderiam, a qualquer tempo, registrá-lo, fazendo retroagir seus efeitos civis ao momento de sua celebração. Não se dando bem com ela, poderiam os cônjuges, numa modalidade inconcebível de divórcio, recusar-se a pedir seu registro e casar-se qualquer dos cônjuges com outra pessoa. Também poderiam os cônjuges, após seu casamento religioso, permanecer em concubinato dez, vinte ou mais anos e, após isso, fazê-lo registrar com efeito retroativo, tornando a concubina em cônjuge legítimo, os filhos naturais em legítimos e surpreendendo os terceiros com os quais hajam contratado.

O mais admirável (então acrescentei) é que, tendo sido o clero quem forçou a inclusão do nosso país entre os sete únicos países do mundo que proclamam a indissolubilidade do casamento CIVIL, entretanto realizam casamento religioso sem prévio ou simultâneo casamento civil e, o que é inacreditável, mas acontece constantemente, efetuando casamento religioso de pessoa já casada civilmente com outra, como se o casamento fosse um ato inexistente e não indissolúvel, como fizeram proclamar na Constituição.

“Quando a Constituição Federal, no seu art. 163 (escrevi nos *consideranda* da referida Portaria) proclama a unidade e a indissolubilidade do casamento, não poderia ter em vista, nos dois parágrafos desse mesmo dispositivo, abrir margem a que a mesma pessoa pudesse celebrar diversos casamentos perante ministros religiosos e optar a seguir, livremente, pelo registro de algum deles, embora todos registráveis, ou substituí-los por outro de celebração civil. O casamento religioso de pessoa já casada civilmente com terceira pessoa viola o art. 163, §§ 1.º e 2.º, da Constituição, porque, em tal hipótese, o casamento religioso deixa de ser registrável; e o mesmo ocorre quando a pessoa já casada religiosamente, se casa civilmente com terceira pessoa, tornando não registrável o primeiro casamento”.

“Qualquer que seja a opinião que se tenha sobre a necessidade da admissão do divórcio em nossa legislação (acrescentei), para regularizar certas situações criadas pelo desquite, isso não autoriza que, mantendo-se a falsa aparência da indissolubilidade do casamento civil registrado, se criem situações fraudulentas, de prático divórcio, pelo expediente de se não registrar o casamento celebrado religiosamente, com intolerável ofensa aos nobres sentimentos da religião, mormente quando estes acolham o preceito da indissolubilidade do casamento”.

Urge, portanto, que a Lei 1.110, de 1950, seja modificada para que, em obediência ao disposto na Constituição Federal o casamento religioso seja transformado realmente numa modalidade de casamento civil e não num

elemento perturbador da segurança da família, que deve apoiar-se num casamento com eficácia civil rigorosamente garantida pela lei.

11 — O primeiro problema a resolver numa satisfatória regulamentação do art. 175, §§ 2.º e 3.º, da Constituição, é esclarecer o que se deva entender como “casamento religioso” a que o referido dispositivo alude ou seja, qual a religião idônea a regular essa forma de casamento, a competência da autoridade celebrante e as formalidades do ato da celebração.

A esse respeito, a Lei 1.110 é omissa. A lei anterior, Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, adotou o sistema enumerativo, indicando como casamento religioso o que seja celebrado por ministro da Igreja Católica, ou do culto protestante, grego ou israelita, e acrescentando ainda: “ou de outro cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes”.

Esse sistema, além de fazer uma enumeração inconveniente, porque exclui cultos universalmente exercidos, como o muçulmano e o budista, é demasiado amplo quando abrange qualquer culto não ofensivo à ordem pública e aos bons costumes.

Todavia, a referida lei admitia um processo preliminar de impugnação, aberta a qualquer pessoa, para excluir o apontado casamento, julgada afinal como impedimento, juntamente com quaisquer outros opostos na forma da lei.

12 — Possivelmente, uma boa solução seria:

a) fazer a lei uma enumeração mais completa das religiões notoriamente reconhecidas por sua idoneidade e regularidade de funcionamento, inclusive quanto ao registro de seus casamentos;

b) permitir que decretos especiais consagrem outras religiões não previstas;

c) abrir processo de impugnação análogo ao regulado pela Lei 379 quanto às religiões não reconhecidas, por ocasião da remessa do ato para sua inscrição no registro.

13 — O Anteprojeto do Código Civil não somente não cuidou de definir o casamento religioso, como também:

a) não cuidou das duas modalidades de casamento religioso previstas pelos §§ 2.º e 3.º, do art. 175, da Constituição, isto é, casamento com habilitação prévia válida ou habilitação posterior;

b) contém dispositivo flagrantemente inconstitucional, qual seja o do art. 1.702 — “Se os cônjuges ou o celebrante do casamento não promoverem o respectivo registro civil nos QUINZE DIAS seguintes à celebração, QUALQUER INTERESSADO poderá fazê-lo, obedecido o disposto no artigo 1.701”.

O § 2.º do art. 175 da Constituição é TAXATIVO quando determina que o ato do casamento religioso possa ser inscrito no registro público, “a requerimento de celebrante OU DE QUALQUER INTERESSADO”.

Como pode, portanto, o Anteprojeto somente permitir a QUALQUER INTERESSADO o requerimento de registro QUINZE DIAS após o prazo

dado aos cônjuges ou ao celebrante do casamento, se a Constituição não cogita desse prazo para o terceiro interessado?

A Constituição tem em vista que o casamento religioso seja **IMEDIATAMENTE** registrado, afim de evitar que os recém-casados vão para a lua de mel concubidados.

Por isso o legislador não deve restringir o direito de pedir o registro a um celebrante displicente ou aos recém-casados em natural estado de perturbação. **QUALQUER INTERESSADO**, isto é, um simples parente, terá direito de promover o referido registro.

XVI

LIMITAÇÃO DO PÁTRIO PODER E O ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LIMITAÇÃO DO PÁTRIO PODER

1 — A Revolução Francesa planejou extinguir o pátrio poder, transformando o pai num “simples tutor encarregado da guarda e da educação do filho, sob o controle absoluto e a direção do Estado” (Baudry Lacantinerie, citando projetos de Código Civil, redigidos por Cambacèrès, Tratado, volume 5, n. 127, pág. 136).

Tal orientação entretanto, não foi adotada pelo Código Civil de 1804, o qual, ao contrário, nem sequer previu a possibilidade da destituição do pátrio poder e atribuiu ao pai o terrível poder de prender o filho em prisão pública até 30 dias por via de sua autoridade (art. 376).

A jurisprudência, porém, moderava o rigor da lei e intervinha para retirar ao pai a guarda do filho em caso de maus tratos ou ofensas aos bons costumes (Baudry Lacantinerie, n. 229, p. 283).

2 — A lei de 24 de julho de 1889 sobre a proteção dos filhos maltratados ou moralmente abandonados veio admitir e regular a questão da perda do pátrio poder, e, entre outros dispositivos, estabeleceu que “fora de qualquer condenação, o pai ou mãe que, por sua embriaguês habitual, sua má conduta notória e escandalosa ou por maus tratos, comprometerem a saúde, a segurança ou a moralidade de seus filhos”, estariam sujeitos à **DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER**.

A lei usa duma fórmula ampla, que estende o poder de apreciação do tribunal. Está, entretanto, sob fortes restrições, dado que somente cuida da **PERDA** do pátrio poder e ainda exige fiquem provados ou a embriaguês habitual ou a má conduta escandalosa ou os maus tratos, entendidos estes no sentido de golpes físicos e não de simples falta de cuidados (Baudry Lacantinerie, p. 299).

3 — Coube ao decreto-lei, de 30 de outubro de 1935, dar um novo passo no aperfeiçoamento do sistema legal de proteção aos menores.

Acrescentando uma alínea 7, ao art. 2.º, da Lei de 24 de julho de 1889, o referido decreto-lei previu que, quando a saúde, a segurança, a moralidade ou a educação do menor estiverem “comprometidas” (“compromises”) ou “insuficientemente salvaguardadas” (“insuffisamment sauvegardées”) pelo fato do pai ou da mãe, o presidente do Tribunal poderia ordenar uma **MEDIDA DE VIGILÂNCIA OU DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA** (“une mesure de SURVEILLANCE ou d’ASSISTANCE ÉDUCATIVE”), sem decretar a perda do pátrio poder.

Estavam criadas as expressões, destinadas a um futuro prodigioso: “medidas de ASSISTÊNCIA EDUCATIVA” ou sejam, certas medidas de educação ou de reeducação julgadas indispensáveis quando, em virtude da insuficiência educativa dos pais, o menor estivesse em PERIGO FÍSICO OU MORAL, “comprometidos” ou “insuficientemente salvaguardados” em sua saúde, segurança, moralidade ou educação.

Para “vigiar” ou ajudar os pais, o Tribunal estava autorizado a designar uma obra social ou um particular, que iria agir como se fora um “delegado de liberdade vigiada”.

A liberdade vigiada estava sendo empregada até então apenas em relação aos menores infratores.

A grande *trouvaille* do decreto-lei de 30 de outubro de 1935 foi a de estender a liberdade vigiada aos menores difíceis ou simplesmente “em perigo” (Marty et Raynaud, *Droit Civil*, I, n. 560, pág. 748).

Todavia, a aplicabilidade desse decreto-lei continuou restrita, já que a autoridade judiciária do Presidente do Tribunal não era especializada, tinha de agir a requerimento do Ministério Público e não podia praticar determinadas medidas, como, por exemplo, retirar aos pais o direito de guarda, julgado essencial ao exercício do pátrio poder (Marty et Raynaud cit., p. 749; Henri Capitant, I, n. 730).

4 — Todavia, novas leis sobre a proteção da infância foram promulgadas e a ambição dos juristas franceses era a de que as mesmas fossem “fundidas, codificadas”, tendo por base dois princípios gerais: a) primeiro, o caráter de órgão da alta proteção do menor atribuído à Justiça; b) segundo, que as medidas a tomar em relação aos pais e aos filhos fossem, quanto possível, medidas PREVENTIVAS e não repressivas e “o exercício do pátrio poder fosse vigiado, assistido, por delegados do poder judiciário, ou administrativo, escolhidos entre o pessoal das obras sociais de proteção à infância” e os menores fossem submetidos a simples medidas de colocação e educação (Colin et Capitant, I, n. 739, p. 567).

Esse ideal veio a ser realizado pela Ordenança n. 58-1301, de 23 de dezembro de 1958, “relative à la protection de l’enfance et de l’adolescence EN DANGER” e pelo Decreto n. 59-100 de 7 de janeiro de 1959, “relative à la protection sociale de l’enfance EN DANGER”.

A Ordenança 58-1301 modificou os arts. 375 a 382 do Código Civil, passando o art. 375 do Código Civil a ter a seguinte redação: “Os menores

de vinte e um anos, CUJA SAÚDE, SEGURANÇA, MORALIDADE ou EDUCAÇÃO estejam COMPROMETIDAS, poderão ser objeto de MEDIDAS DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA nas condições previstas nos arts. 375-1 a 382”.

Paralelamente, o Decreto n. 59-100, de 7 de janeiro de 1959 determinou, em seu art. 1.º: “Em cada departamento, o diretor departamental de população e da ajuda social é encarregado, sob a autoridade do prefeito, de exercer uma ação social PREVENTIVA junto às famílias cujas condições de existência ARRISCAM (“risquent”) pôr em perigo a saúde, a segurança ou a moralidade de seus filhos”.

Pareceria, à primeira vista, haver uma discriminação de competência entre a ação do juiz de menores a favor dos menores cuja saúde, segurança, moralidade ou educação estejam COMPROMETIDAS e a ação da autoridade administrativa, encarregada de agir PREVENTIVAMENTE, a favor das famílias cujas condições de existência “AMEAÇAM PÔR EM PERIGO”, “risquent de mettre en danger” a saúde, a segurança ou a moralidade dos menores.

Mas a Circular de 8 de fevereiro de 1961, “relativa à aplicação dos novos textos sobre a proteção do menor” rejeita tal discriminação: “Même si l'on note que l'article 375 vise des cas où la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur SONT COMPROMISES, alors que l'article 1er du décret du 7 janvier 1959 vise ceux dans lesquels les conditions d'existence des familles RISQUENT DE METTRE EN DANGER la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants, IL RESTE DIFFICILE DE TIRER DE CES SEULES NUANCES UNE REPARTITION SATISFAISANTE DES AFFAIRES, SELON LEUR URGENCE OU LEUR GRAVITÉ”.

Esclareceu a Circular que “o decreto de 7 de janeiro de 1959 e a ordenança de 23 de dezembro de 1958 se completam e CONSTITUEM UM TODO. Sua aplicação importa numa COOPERAÇÃO CONSTANTE DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA E DA ADMINISTRAÇÃO”: “Les deux formes de protection, jumelées dans une “synthèse hardie”, sont dominées par un impératif que vous ne perdrez pas de vue: devant un cas déterminé, la mesure nécessaire NE TRADUIT PAS UN CHEVAUCHEMENT DE COMPETENCES, mais constitue le recours auquel il peut être fait appel, sans qu'une double abstention soit désormais concevable”. Hoje tal questão está superada pela nova redação dada ao art. 375 do Código Civil pela Lei 70-459 de 4-6-70 “si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé SONT EN DANGER...”

5 — A lei belga de 8 de abril de 1965 determina taxativamente competir ao Tribunal da Juventude conhecer “das requisições do ministério público relativas aos menores cuja saúde, segurança ou moralidade são POSTAS EM PERIGO (“SONT MISES EN DANGER”), já em razão do meio em que são educados, já pelas atividades às quais se entreguem ou cujas condições de educação são COMPROMETIDAS pelo comportamento das pessoas que têm sua guarda”.

Particularmente, em relação à ASSISTÊNCIA EDUCATIVA a cargo do Tribunal da Juventude, determinou a lei belga: “Quando a saúde, a segurança, a moralidade ou as condições da educação dum menor estiverem COMPROMETIDAS, o Tribunal da Juventude pode, sob requisição do ministério público, ordenar uma medida de ASSISTÊNCIA EDUCATIVA em relação às pessoas que têm a sua guarda”.

O art. 2.º da mesma lei reserva aos comitês de proteção da juventude o encargo de intervir a favor do menor “quando a saúde, a segurança, ou a moralidade do menor é POSTA EM PERIGO, já em razão do meio em que é educado, já pelas atividades às quais se entregue ou quando as condições de educação estejam comprometidas pelo comportamento das pessoas que têm sua guarda”.

6 — Interessante, também, a esse respeito, é a Organização Tutelar de Menores, de Portugal.

Pelo Decreto-lei n.º 44.288 de 20 de abril de 1962, art. 17, os tribunais tutelares de menores tinham competência em relação aos menores que antes de 16 anos: “a) sejam sujeitos a maus tratos ou se encontrem em situação de abandono, desamparo ou semelhante, capazes num e noutro caso de PÔR EM PERIGO a sua saúde, segurança ou formação moral”.

O art. 3.º do Decreto-lei n. 47.727, de 23 de maio de 1967, suprimiu esse primeiro item do art. 17 supracitado, de sorte que pareceria que a jurisdição dos Tribunais Tutelares se limitaria aos menores com dificuldade de adaptação a uma vida social normal ou já desadaptados.

Todavia, este último Decreto lei, em matéria cível deu competência aos Tribunais de Menores para “instituir o regime de assistência educativa” (art. 35), assim magnificamente definido no art. 112 do mesmo Decreto-lei: “Quando a saúde, a segurança, a formação moral ou a educação de um menor SE ENCONTREM EM PERIGO e não seja o caso de inibição do poder paternal ou de remoção das funções tutelares, nem de submissão a regime de assistência, o tribunal pode instituir a PROVIDÊNCIA DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA QUE REPUTE MAIS CONVENIENTE PARA OS INTERESSES DO MENOR”.

II

ESTUDO DO ARTIGO 394 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

7 — Vimos na parte precedente como o direito francês, belga e português consagraram a doutrina de que a autoridade judiciária, e especificamente o Juízo de Menores, deve intervir com assistência educativa quando a saúde, segurança, moralidade ou educação do menor estejam comprometidas OU EM PERIGO, sem necessitar de suspender ou cassar o pátrio poder e independentemente de pesquisa sobre a culpa dos pais do menor.

Nesse ponto, entretanto, nosso Código Civil não se prendeu ao direito francês.

Como bem observou Pontes de Miranda: “O art. 394 (do nosso Código Civil) não assenta no passado; deriva do art. 233 do antigo Código Civil Italiano e do Projeto do Código Civil Alemão, §§ 1.546 e 1.547, a que correspondem os atuais §§ 1.666 e 1.667, sobre os quais já se exerceu, através da doutrina e da jurisprudência, a atividade científica, técnica e prática dos investigadores e intérpretes. De modo que, antes de aplicar, no direito brasileiro, o art. 394, já o víamos funcionar, com todo o rigor recomendável e com todas as cautelas, nos tribunais e no ensino alemães” (Tratado, vol. IX, § 987, p. 147).

Destaquemos o § 1.666 do Código Civil Alemão, relativo à intervenção judicial em relação à pessoa do menor. Eis o texto, traduzido em francês por Meulenaere: “Si l'intérêt MORAL OU PHYSIQUE de l'enfant est MIS EN PÉRIL parce que le père abuse du droit de prendre soin de la personne de l'enfant, parce qu'il néglige, ou parce qu'il mène une conduite déshonorante ou immorale, le tribunal des tutelles doit prendre les mesures nécessaires pour écarter *le danger*. Spécialement, il peut ordonner que l'enfant sera placé pour son éducation dans une famille convenable, dans un établissement d'éducation ou dans une maison de correction. Si le père a porté atteinte au droit alimentaire de l'enfant et s'il y a lieu de craindre pour l'avenir que ce droit soit gravement mis en péril, l'on peut enlever au père même l'administration et l'usufruit légaux”.

É realmente admirável que, ao tempo em que a lei francesa de 1889 timidamente admitia que o pai sofresse a PERDA do pátrio poder em virtude de conduta particularmente inadmissível, o direito alemão admitia que a autoridade judiciária, SEM CASSAR NEM SUSPENDER o pátrio poder, interviesse para determinar MEDIDAS DE ASSISTÊNCIA a favor do menor EM PERIGO FÍSICO OU MORAL, podendo para esse efeito AGIR *EX OFFICIO*.

O pátrio poder era considerado como simples “tutela”, justificando-se assim a intervenção do “tribunal de tutelas”.

Essa intervenção ocorreria em três casos: a) para aprovação de certos atos (arts. 1.643-1.645); b) em caso de divergência de opinião entre o pai e um curador (art. 1.629) e c) nessas medidas de salvaguarda dos interesses do menor.

Nesse mister era o Tribunal ajudado pelo Conselho dos Órfãos (artigo 1.675), substituído pelo Departamento de Proteção de Juventude, pela lei de proteção à juventude, de 9 de julho de 1922, § 43, ap. 1, prop. 2 (Meulenaere, cit., com. ao art. 1.665; Kipp e Wolff, *Direito de Família*, vol. 2, § 83, II § 2).

Somente num ponto o art. 1.666 do Cód. Civil Alemão ficou superado, pelo moderno direito: é quando condiciona a intervenção do Tribunal ao ABUSO DE DIREITO praticado pelo pai ou à sua negligência ou má conduta.

Presentemente tem-se em vista unicamente a SITUAÇÃO DE PERIGO DO MENOR, em sua saúde, segurança, moralidade ou educação, independentemente de investigação sobre a má conduta do pai.

Presentemente, também as “medidas necessárias” a serem tomadas pelo Tribunal tomaram a forma de ASSISTÊNCIA EDUCATIVA, extensiva ao próprio pai e que PODEM SER REQUERIDAS PELO PRÓPRIO PAI.

8 — Vejamos agora o art. 394 do nosso Código Civil: “Se o pai ou mãe ABUSAR do seu poder, faltando aos deveres paternos ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, REQUERENDO algum parente ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela SEGURANÇA do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.

A análise desse dispositivo revela que o mesmo contém normas completamente INDEPENDENTES: 1.^a) autorizando a SUSPENSÃO do pátrio poder; 2.^a) permitindo que o juiz “adote a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres”, SEM SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER.

A aplicação destas últimas medidas é subordinada pelo texto legal a três requisitos:

a) deve ser REQUERIDA por algum parente ou pelo Ministério Público;

b) deve ficar provado que o pai ou mãe ABUSOU do seu poder, faltando aos deveres paternos ou arruinando os bens do filho;

c) a medida a ser aplicada deve ser a reclamada “pela *segurança* do menor e seus haveres”.

Basta a mais ligeira comparação entre o texto do art. 394 do nosso Código Civil com o do art. 1.666 do Código Civil Alemão, para se ver como nosso legislador enfraqueceu e lançou confusão sobre a norma do art. 1.666 do Código Alemão.

Assim é que:

a) confunde no mesmo dispositivo a simples intervenção do juiz SEM SUSPENSÃO do pátrio poder, com essa suspensão, que é tratada à parte no Código Civil Alemão (arts. 1.676 a 1.678);

b) confunde a intervenção quando em perigo a PESSOA do menor, objeto do art. 1.666 do C. Alemão, com a intervenção quando em perigo os BENS do menor (art. 1.667 do C. C. Alemão);

c) exige que a intervenção do juiz seja REQUERIDA por algum parente ou pelo Ministério Público, excluindo a *ex officio* ou do próprio pai;

d) dá ênfase ao ABUSO DE PODER do pai, em vez de ter em atenção particular “o interesse físico ou moral do menor POSTO EM PERIGO”;

e) limita-se a determinar que a medida seja a reclamada pela “segurança” do menor e não para “afastar a situação de perigo físico ou moral”, como consta do modelo alemão.

9 — Diante da maneira confusa com que foi redigido o art. 394 do nosso Código Civil, não é de admirar que o mesmo tenha sido entendido mais como um reforço do pátrio poder, salvo evidente ABUSO DO PAI,

do que como permitindo a INTERVENÇÃO TUTELAR do juiz diante da SITUAÇÃO DE PERIGO DO MENOR.

Por isso, mal acabava de ser promulgado o Código Civil, em 1919, já era modificado pela Lei 4.242 de 5 de janeiro de 1921, que depois se incorporou ao Código de Menores de 1927, e onde até mesmo as condições de suspensão e perda do pátrio poder são reguladas com redação diferente.

O juiz de menores, pela nova lei, já pode AGIR *EX OFFICIO* e tem um amplo quadro de medidas necessárias não somente à SEGURANÇA, como também à saúde, moralidade e educação do menor (§ 8), especificadas conforme a situação do menor e sem suspensão ou perda do pátrio poder (*vide* art. 55 do Cód. de Menores, que repete o § 8 do art. 3 da Lei 4.242 de 1921).

Todavia, na classificação dos menores abandonados, a nova lei de menores ainda procura ter em vista a CULPA DOS PAIS, sua incapacidade, imoralidade ou perversidade, obedecendo ainda à técnica do Código Civil.

Daí a terrível batalha que Mello Mattos teve de travar em benefício de menores contra aqueles que os detinham fundados na força sagrada do seu pátrio poder.

III

A QUESTÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

10 — O Anteprojeto de Código Civil, no seu art. 1.851, procurou apenas COPIAR o texto do art. do atual Código. Mas o fez com tal infelicidade, deslocando uma vírgula, que mudou totalmente o sentido e a eficácia do dispositivo.

No art. 394 do atual Código está escrito que o juiz pode “adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, SUSPENDENDO ATÉ, quando convenha, o pátrio poder”.

A fonte desse dispositivo foi o art. 462 do Projeto Clóvis que dizia poder o juiz “tomar qualquer medida que lhe pareça necessária para garantia da pessoa e dos bens do mesmo filho, INCLUSIVE a suspensão do próprio poder”.

Essa redação permaneceu no art. 401 do Projeto da Câmara, mas sofreu, no Senado, uma emenda de redação de que resultou o texto atual.

Por esse texto, o legislador permite ao juiz adotar qualquer medida SEM SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER, podendo, entretanto, quando convenha, chegar ATÉ ESSA SUSPENSÃO.

Ora, eis que o art. 1.851 do Anteprojeto, alterando a colocação essencial duma vírgula, permitiu ao juiz “adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, SUSPENDENDO, ATÉ QUANDO CONVENHA, O PÁTRIO PODER”.

Por esse novo texto, nenhuma medida poderia ser adotada pelo juiz SEM SUSPENDER SIMULTANEAMENTE o pátrio poder “pelo tempo que lhe parecer necessário”.

É a subversão completa dos princípios que alicerçarem a redação do art. 394 do atual Código Civil.

Não se trata de simples erro tipográfico, pois consta de todas as edições oficiais do Anteprojeto. (Diário Oficial de 7 de agosto de 1972, suplemento ao n. 149, p. 91 e publicação em livro do Ministério da Justiça, pág. 313).

11 — Restaurado o texto primitivo do art. 394 vigente, cumpre preliminarmente dividir o mesmo em três partes distintas como constava do seu modelo alemão: a) a proteção à PESSOA do menor; b) a proteção a seus bens; c) a suspensão do pátrio poder .

Na parte relativa aos “bens” do menor, deve ser adotado o modelo do art. 1.667 do Código Civil Alemão.

A suspensão do pátrio poder não ocorre apenas no caso do parágrafo único do art. 394, mas também quando haja incapacidade de direito ou de fato de exercer o pátrio poder (arts. 1.676 a 1.678 do Código Civil Alemão).

A parte relativa à proteção do menor deve ser ampliada “com outras medidas adotadas em outros países contra o abandono moral da infância”, como já reclamava João Luiz Alves, ao ser promulgado o Código (obs. ao art. 394 do Código Civil).

Reeditar o velho dispositivo importaria até mesmo em revogar o Código de Menores, porque, nos termos do mesmo, o juiz, para aplicar medidas aos menores: a) não poderia agir *ex officio*; b) teria de investigar o *abuso de poder* dos pais e c) só poderia decretar medidas para “segurança” do menor e ainda, para sua saúde, moralidade e educação, na extensão do nosso insuficiente Código de Menores.

Impõe-se ampliar a norma legal, segundo a doutrina moderna, instituindo-se, entre nós, a plena ASSISTÊNCIA EDUCATIVA, adotada no direito francês, português e belga.

Tal poderia ser feito, por exemplo, colhendo-se o texto do art. 112 da Lei Tutelar de Menores de Portugal, com a redação dada pelo art. 4.º do Decreto-lei n.º 47.727, de 23 de maio de 1967: “quando a saúde, a segurança, a formação moral ou a educação de um menor SE ENCONTREM EM PERIGO e não seja o caso de inibição do poder paternal ou de remoção das funções tutelares, nem de submissão a regime de assistência, o tribunal pode instituir a PROVIDÊNCIA DE ASSISTÊNCIA EDUCATIVA QUE REPUTE MAIS CONVENIENTE PARA OS INTERESSES DO MENOR”.

Por semelhante dispositivo, para que ocorra intervenção do juiz não é necessário que tenha havido ABUSO DO PÁTRIO PODER nem ruína dos bens do filho, nem ameaça à simples segurança do menor. O juiz intervém até mesmo *ex officio*, quando a saúde, a segurança, a formação moral ou a segurança do menor estejam em perigo.

12 — Resta estabelecer a questão da competência para a assistência educativa.

Em princípio, as medidas aplicáveis na proteção à PESSOA do menor, devem caber ao Juiz de Menores, como no direito francês e belga.

Todavia, conforme vier a ser definido em nosso futuro Código de Menores, se se adotar a orientação da legislação portuguesa, caberia ao juiz da Vara de Família competência somente para as medidas a favor do menor EM PERIGO, ao passo que pertenceria ao Juiz de Menores competência exclusiva em relação aos menores cuja saúde, segurança, moralidade ou educação, já estejam comprometidas sem prejuízo de sua competência também em relação aos menores em perigo.

XVII

ADOÇÃO E LEGITIMAÇÃO ADOTIVA EM FACE AO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

PARTE I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DESSAS INSTITUIÇÕES

1 — Pelo direito romano, a adoção era o meio pelo qual aquele que não tivesse posteridade legítima poderia obter uma, fictícia, adquirindo, dessa forma, um descendente que lhe perpetuaria o nome e o culto doméstico (GIRARD, pág. 169). O adotado ingressava plenamente na família do adotante, caía sob o seu pátrio poder, passava a usar o seu nome e se tornava seu sucessor; ao mesmo tempo que saía totalmente de sua família anterior, deixava de estar sob o pátrio poder e de ser sucessor de seu pai verdadeiro, porquanto não lhe era permitido ter ao mesmo tempo duas famílias. O rigor dessa regra somente era suavizado em certos casos pela equidade do pretor. Mais tarde, ainda, JUSTINIANO criou a *adoptio minus plena*, admitindo uma modalidade de adoção para simples efeito sucessório.

2 — No período posterior à queda de Roma, a adoção deixou de ser usada na prática, por se entender que seu efeito sucessório ou de modificação do pátrio poder dependeria de concessão especial do Príncipe. Por isso, LAFAYETTE, entre nós, ainda a considerava uma “perfeita inutilidade”.

3 — Coube à Revolução Francesa tentar renovar a adoção nos antigos moldes romanos. “A adoção (disse, a propósito, Napoleão, então primeiro cônsul) deve ser uma imitação perfeita da natureza, ou melhor, deve destruir a obra da natureza; deve fazer com que o adotado saia completamente da família natural para o ligar exclusiva e irrevogavelmente à de seu pai adotivo. Desde então a adoção deve ser, de alguma sorte, um sacramento conferido pelas mais altas autoridades”.

O desejo de Napoleão, entretanto, não veio a prevalecer na redação do Código Civil. Este, no dizer de Napoleão, transformou a adoção numa simples “instituição de herdeiro” que praticamente só passou a ser usada para reconhecimento indireto de filho natural.

Basta dizer que o Código não permitia adotar pessoas em menoridade.

4 — A grande guerra de 1914-1918, entretanto, fez com que o legislador francês, pela Lei de 19 de junho de 1923, refundisse completamente

o capítulo do Código Civil sobre adoção. “O grande número de órfãos de guerra excitava a piedade, mormente nos lares sem filhos (observa RIPERT). Numerosos lares, cujos filhos tinham sido mortos, estavam igualmente desejosos de reparar parcialmente sua ruína adotando um filho”.

Pela nova legislação, foi possível a adoção de menores, passando o pátrio poder para o adotante; a idade do adotante foi reduzida ao mínimo de 40 anos; a adoção dependia de homologação judicial e só poderia ser admitida se houvesse justos motivos e conveniência para o adotado (art. 343); foi admitida a revogação da adoção pelo Tribunal em face de graves motivos; o adotando sucedia como filho legítimo ao adotante, mas este não tinha direito sucessório sobre o adotado, a não ser em relação aos bens dados pelo adotante ao adotado (art. 357).

Essa nova regulamentação teve grande êxito prático, dado que dava à adoção uma nova finalidade que era a de ser uma “instituição de caridade” quer a favor dos menores abandonados ou infelizes a quem proporcionava a integração numa família bem organizada, quer a favor daqueles a quem a natureza privara de convívio familiar e de posteridade.

5 — Entretanto, a prática demonstrou que, em muitos casos, a adoção não poderia atingir sua finalidade, em face da regra de que, apesar da adoção, se manteriam os direitos e deveres resultantes do parentesco natural.

Por isso, a admirável lei francesa de 29 de julho de 1939, denominada “Código de Família”, modificou a legislação anterior em dois pontos:

Em primeiro lugar, criou uma nova modalidade de adoção, ou seja a “adoção com ruptura dos laços familiares”, para o caso de indignidade da família natural do adotado.

Por essa forma procurava-se evitar a interferência maléfica quando não a chantagem praticada pela família natural impedindo a integração do menor em sua família adotiva:

- a) o direito de visita dos pais desaparece;
- b) ao morrer o adotante, o menor não volta ao poder de sua família natural;
- c) cessa o direito sucessório em relação à família natural e é proibido o reconhecimento como filho natural por parte de terceiro. Essa disposição visa evitar que os pais atuem sob o simples desejo de se assegurarem um direito sucessório eventual que caiba ao adotado.

6 — A grande inovação da Lei francesa de 1939, completada pela de 8 de agosto de 1941, foi a criação da LEGITIMAÇÃO ADOTIVA que, “semelhante à *adoptio plena* do direito romano, comporta uma integração absoluta do adotado na sua nova família, sem manter laço algum com sua família anterior. Tudo se passará como se o filho fosse um filho legítimo dos esposos que o adotam” (RIPERT).

Podem ser objeto dessa legitimação, não somente as crianças cujos pais sejam “desconhecidos” e “mortos”, como também, especificamente (segundo a Lei de 1941), os *menores abandonados* em instituições de caridade do Estado “cuja entrega aos pais não parece dever ser encarada” (artigo 21).

Com essa legitimação, “cessam os efeitos da paternidade natural”; é proibida a investigação e o reconhecimento da paternidade por parte de terceiros. O menor é integrado definitivamente na família adotiva como se fosse filho legítimo, o que é da mais capital importância, principalmente tendo-se em vista o sentimento íntimo de auto-apreciação do próprio menor, em face das reações do meio social em que deve viver, criado pela adoção.

7 — Todavia, a doutrina exigia o aperfeiçoamento dessa nova instituição, tal como fora elaborada pela citada legislação francesa, particularmente:

- a) Abaixar a idade-limite para adotar;
- b) Aumentar a idade-limite para ser adotado;
- c) Fazer desaparecer os últimos traços do estado anterior à legitimação adotiva;
- d) Permitir àqueles que tenham filhos legítimos adotar um filho, ao menos excepcionalmente;
- e) Aumentar os casos em que cabe a legitimação adotiva;
- f) Aumentar os casos em que se pode ser legitimante ou legitimado.

Em parte, esse ideal já foi conseguido pela Lei uruguaia de 20 de novembro de 1945 que:

- a) Reduziu a 30 anos a idade mínima do adotante;
- b) Permitiu a adoção não só aos casados, mas também aos viúvos e divorciados;
- c) Elevou a 18 anos a idade máxima para ser adotado;
- d) Eliminou qualquer restrição aos efeitos sucessórios da legitimação;
- e) Deu a esta um caráter rigorosamente secreto.

8 — A lei francesa n.º 66.500, de 11 de julho de 1966, remodelou o instituto de legitimação adotiva, procurando “conferir ao menor uma filiação que se SUBSTITUA à sua filiação de origem” (art. 356, novo, do Código Civil).

Assim é que:

- a) A idade do adotante ficou reduzida a 30 anos se é pedida conjuntamente pelos dois cônjuges não separados de corpos, após cinco anos de casamento. Nos demais casos, a idade ficou reduzida para 35 anos;
- b) A idade-limite para ser adotado foi aumentada para quinze anos (art. 345);
- c) A existência de filhos legítimos não impede a adoção, desde que haja dispensa do Presidente da República, ou o filho legítimo tenha nascido depois que o filho a adotar tenha sido anteriormente acolhido no lar dos esposos adotantes (art. 345-1);
- d) Desapareceram as limitações dos efeitos da adoção plena em relação aos avós adotivos; não é também necessário que os mesmos “adiram” à adoção (art. 358; MARMIER, *Sociologie de l'adoption*, p. 166). O adotado passa a ter o nome do adotante (art. 357) e direito sucessório, e a nacionalidade como se fosse filho legítimo. Desaparece o direito sucessório em relação à família de origem.

e) Cabe adoção plena não só em favor dos pupilos do Estado e menores declarados abandonados, como também quando os pais ou o conselho de família validamente consentirem na adoção (art. 347, n.º 1.º);

f) “A colocação em vista da adoção plena põe obstáculo a qualquer restituição do menor à sua família originária. Impede qualquer declaração de filiação e qualquer reconhecimento” (art. 352);

g) A transcrição da adoção plena importa na anulação do ato de nascimento originário (art. 354), salvo apenas quanto ao impedimento de casamento;

h) A adoção plena é irrevogável (art. 259);

i) A adoção plena pode ser feita não somente por um casal, ou um viúvo, como por qualquer pessoa, como o próprio celibatário (art. 341-1).

Esse último requisito da “adoção plena” foi feito pelo legislador francês para fundir as antigas figuras da “legislação adotiva” e “adoção com rutura dos laços familiares”.

Este último dispositivo tem suscitado veementes contestações. “O paradoxo parece flagrante” (observa MARMIER). “Subverte profundamente nossas concepções da família. Que se torna, com efeito, a preocupação de imitar a natureza, de dar ao menor o estatuto que ele teria tido se houvesse verdadeiramente nascido na família?” (pág. 69).

Ademais essa adoção plena por celibatário sofre obstáculo de caráter administrativo no tribunal que a deve conceder. E as estatísticas demonstram que 93% das legitimações adotivas e com ruturas dos laços pronunciadas de 1958 a 1965 sobem a 93% do total (MARMIER, p. 89).

Na segunda parte deste estudo, vamos verificar quais os requisitos da adoção e da legitimação adotiva em nossa legislação, desde o Código Civil e qual a regulação nova que o anteprojeto de Código Civil propõe para ambos.

PARTE II

REGULAMENTAÇÃO DESSES INSTITUTOS EM NOSSO DIREITO

1 — Em nosso direito anterior ao Código Civil, como vimos, a adoção tinha contornos mal definidos, que se procuravam fundar nas fontes do direito romano e era um instituto praticamente tido como obsoleto.

CLÓVIS BEVILÁQUA, em seu Projeto, procurou dar-lhe uma nova feição, inspirando-se ao que parece especialmente no modelo do Código Civil Alemão.

Entretanto, a grande oposição que sofreu, entre os juristas e no Congresso, acabou por desfigurar o novo instituto da adoção, proposto por aquele Projeto, quando foi aprovada a emenda restringindo o direito sucessório do filho adotivo que concorresse com filho legítimo superveniente à adoção. Ficou assim esta sem o seu principal característico que é o de colocar todos os filhos, adotivos ou não, em situação de igualdade. Semelhante dispositivo que passou a integrar o Código Civil, como então observou

CLÓVIS, “dificilmente se justifica em face aos princípios e não se harmoniza com as legislações que conferem direitos sucessórios aos adotivos” (Comentário ao art. 1.605 do Código Civil).

Além disso, o Código deixou de providenciar a possibilidade do filho adotivo usar o nome do adotante, como consta do seu modelo alemão, e é necessário para integrar o adotivo na sua nova família.

Também não admitiu o Código a possibilidade, prevista no Código Alemão, de ser dispensado pela autoridade competente o limite mínimo de idade do adotante (50 anos) e o interstício mínimo de idade entre ele e o adotado (art. 1.745 do Código Civil Alemão).

Enfim, o Código organizou a adoção de maneira tão artificial que a mesma, praticamente, só passou a ser utilizada para fraudar o pagamento do imposto de sucessão ou para fraudar a proibição de reconhecimento de filhos espúrios e, raramente, para fins de beneficência, dada a elevada idade exigida para o adotante e as complicadas formalidades exigidas para a efetivação da adoção.

2 — Depois da Primeira Guerra Mundial, como vimos, um novo espírito passou a dominar o instituto da adoção: o de instituição de caridade em proveito dos menores abandonados ou infelizes e também dos lares sem crianças e sem posteridade (RIPERT).

Esse novo espírito, que deu margem às leis francesas de 1923, 1939 e 1941, dificilmente penetrou em nossa legislação.

Somente mediante grande esforço conseguiram, nossos juristas, do Congresso, a aprovação da lei vigente, n.º 3.144, de 8 de maio de 1957, que permitiu a vulgarização da adoção, mediante a redução do limite de idade do adotante para 30 anos e a permissão de adoção mesmo àqueles que já tivessem filhos legítimos.

Entretanto, a nova lei contém falhas que vieram a afetar gravemente seu interesse prático.

a) A mais incompreensível dessas falhas consistiu em haver retirado o direito sucessório do adotado quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Isso importou em retirar à adoção o seu principal efeito, em todos os tempos atribuído à mesma em todas as legislações do mundo, o *efeito sucessório*, sem o qual o filho adotivo não pode ser integrado em sua nova família. Em vão protestou contra essa inovação a Organização de Assistência Social, observando não se poder admitir “que se tire do desamparo uma criança, para talvez lançá-la mais tarde a um desamparo maior; o órfão de pais adotivos será mais desgraçado do que o órfão de pais naturais” (Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 59, pág. 67).

b) Não determina ainda a nova lei que o adotado tome *obrigatoriamente* o nome da família do adotante e lhe permite apenas que forme seus apelidos como os do adotante, esquecendo-se de autorizar também a inclusão dos apelidos dos *avós do adotante*.

Como observou o juiz paulista Francis Selwyn Davis, em magnífica sentença, “cumpre ponderar que a mera adoção de um nome de família.

sem alteração dos nomes de pais e avós, irá demonstrar sempre, nas certidões de nascimento, a origem adotiva da pessoa. Tal fato, como é evidente, fere frontalmente o art. 14 do Decreto-lei n.º 3.200, de 19-4-1941 (“Lei de Proteção à Família”) que mui sabiamente dispõe que “nas certidões do registro civil não se mencionará a circunstância de ser legítima ou não a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial”. Não quer a lei que as pessoas sofram, por motivo de filiação, vexames ou restrições de ordem moral ou social... A adoção em si não importa em mácula. Significa, ao contrário, solidariedade moral, transbordante de afetividade e carinhos. Mas uma certidão de nascimento contraditória, indicativa, quando menos da adoção, proporcionará sempre constrangimento e explicações, mormente quando se sabe que a grande maioria das crianças adotadas é recrutada entre expostos, abandonados, ilegítimos. A incompatibilidade, assim, entre o nome de família e a filiação sanguínea representará para o adotado, o anátema de sua ilegitimidade e que a lei, sabiamente procurou banir” (sent. de 24 de janeiro de 1958, cit. por Aglantina Barros de Arruda, *O menor e sua proteção legal*, pág. 382).

Não se cogita, aqui, de indicação de “parentesco” para efeitos civis, mas para a “identidade” do menor adotado.

c) Conservou a lei o caráter contratual da adoção e não simplificou suas formalidades, mantendo as exigidas pelo Código Civil, a saber: escritura pública, registro da escritura em cartório competente, e sua averbação no registro civil, com grande pagamento de custas.

O razoável é que a adoção se processe por forma análoga à recomendada para a legitimação adotiva: isto é, simples registro civil como filho adotivo, mediante prévio deferimento do juiz, e averbação no registro de nascimento primitivo.

d) Não previu a lei qualquer interferência do juiz (de família ou de menores) no processo da adoção. Na prática, vemos o juiz de menores intervir, sem o devido aparelhamento, como melhor lhe parece. Temos, entretanto, a ressaltar a feliz iniciativa do Departamento Nacional da Criança (atualmente Coordenação de Proteção Materno-Infantil, órgão integrante do Ministério da Saúde), organizando um Serviço de Adoção junto à Fundação Romão de Matos Duarte para “atendimento, estudo, seleção, preparação dos adotantes e encaminhamento das crianças” ali abandonadas (Therezinha Arnault, *Estudo para um Programa de Adoção*, 1962, pág. 45).

É de toda conveniência que a lei determine a ingerência de uma Agência de adoção oficial ou oficiosa análoga, como auxiliar do magistrado que tiver de homologar a adoção, junto aos Abrigos de Menores Abandonados e maternidades.

e) Não cogitou também a lei nem da modalidade especial da adoção com rutura de vínculo com a família originária, prevista pela lei francesa de 1939, nem da legitimação adotiva, já constantes de projetos anteriores de reforma do Código de Menores (arts. 87 e seguintes do Projeto 1.000-56; arts. 126 e seguintes do Projeto n.º 1.537-56; arts. 65 e s. das *Sugestões dos Juizes de Menores*, em 1957 e emenda do ilustrado Professor CLÓVIS

PAULO DA ROCHA ao projeto de lei de que resultou a Lei 3.144, de 8 de maio de 1957 (Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 58, pág. 98).

3 — Surgiu, afinal, nossa lei sobre legitimação adotiva, Lei n.º 4.655, de 2 de junho de 1965, favorecendo menores até sete anos de idade e contendo dois gravíssimos erros, consignados no artigo 9.º e seu parágrafo único.

“Art. 9.º O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção (Código Civil, § 2.º do art. 1.605)”.

Se o filho legitimado adotivamente é equiparado ao legítimo para todos os efeitos (art. 7.º), se o registro original do menor é anulado (art. 6.º, § 2.º), se cessam os vínculos da filiação anterior, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 6.º, § 2.º), se o filho legitimado adotivamente cessa de herdar da família originária, porque perderá direito sucessório pela superveniência do filho “legítimo”? Tal fato obriga a revelar o segredo da adoção e colocará o adotado em posição de conflito dentro de sua nova família.

E como explicar essa discriminação a favor do filho “legítimo”, como se não devesse o mesmo ter os mesmos direitos dos filhos legitimados ou reconhecidos?

Essa restrição, já repelida por CLÓVIS BEVILÁQUA, figura na nova lei como uma grande mancha que tem de ser apagada.

4 — O mesmo se dirá do § 1.º do art. 9.º da nova lei: “O vínculo de adoção se estende à família dos legitimantes, *quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou*”.

Se o adotado legitimamente é integrado na nova família com os mesmos direitos e deveres, como compreender essa restrição quanto aos ascendentes do adotante?

Em tal caso, cessa o segredo da legitimação adotiva, e o menor permanece fora da família adotante.

PARTE III

REGULAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO RESTRITA E AMPLA, NO ANTEPROJETO

1 — O autor do Anteprojeto de Código Civil teve, evidentemente, debaixo dos olhos o texto da lei francesa n.º 66-500, de 11 de julho de 1966, incorporada ao Código Civil Francês, arts. 343 a 370-2.

Basta verificar que acolhe a divisão da adoção em restrita e ampla, como na citada lei francesa, ambas abertas a qualquer pessoa maior de trinta anos (art. 1.820).

Era assim de esperar que o Anteprojeto tivesse tido em conta os novos princípios formulados pela dita lei, corrigindo os defeitos e omissões da legislação e consagrando seus aperfeiçoamentos.

Infelizmente, entretanto, nada disso sucedeu com o Anteprojeto do novo Código Civil, o qual, no capítulo sobre adoção, limitou-se, a, em regra, reproduzir os dispositivos da lei vigente, agravando, ainda, como vamos ver, muitos de seus erros, inconveniências e contradições e, o que é mais estranho, extinguindo a legitimação adotiva, grande conquista da nossa lei 4.655, de 2 de junho de 1965.

2 — Assim é que, quanto à adoção restrita:

a) Insiste o Anteprojeto em atribuir à adoção restrita uma natureza meramente *contratual*, feita “por escritura pública, homologada, a qualquer tempo pelo juiz” (art. 1.837) e podendo ser desfeita por mero consenso das partes (art. 1.840).

A propósito, escreveu excelente Relatório de Yolanda Heloisa de Souza, Assistente Social, Chefe da Seção de Normas e padrões da Coordenação de Proteção Materno Infantil, do Ministério da Saúde: “A lei permite a adoção entre os pais e terceiros, sem intervenção alguma do juiz de menores nem de órgão especializado da proteção social à criança. Pergunta-se: Pais que se encontram impossibilitados de conservar o seu filho, estarão em condições psíquicas de escolher os adotantes certos?”

Por isso a citada lei francesa substituiu a forma contratual da antiga lei (art. 358 do C. C. pela lei de 19 de junho de 1923) pelo pleno processo judiciário, a critério do tribunal que conhecer do pedido de adoção (art. 348-6 novo).

b) Nem sequer simplificou o Anteprojeto as formalidades da adoção, conservando as atualmente exigíveis, a saber: escritura pública, registro da escritura em cartório competente e sua averbação no registro civil, com dispêndio de tempo e custas, incompatíveis com o caráter beneficente e imediatamente integrativo que modernamente se procura atribuir à adoção.

c) A lei atual não previu qualquer interferência do juiz (de família ou de menores) no processo de adoção restrita, mas a prática levou o juiz de menores a fixar um período preparatório de guarda do menor e de estudo e seleção dos adotantes e adotados, como vimos, em relação ao benemérito Serviço de Adoção do antigo Departamento Nacional da Criança.

O Anteprojeto não somente não prevê essa intervenção judicial anterior à escritura de adoção, como parece ser com ela incompatível, porque se limita a submeter a escritura de adoção à *homologação*, a qualquer tempo, do juiz (art. 1.837), sem determinar que o juiz investigue os motivos e as vantagens da adoção restrita em relação ao adotado, como o fez o Código Civil francês (art. 343).

O sistema do Anteprojeto é, portanto, o do artigo 1.741 do Código Civil Alemão: somente admite que o juiz homologue ou não, isto é, se limite a examinar se estão reunidas as condições legais de adoção, sem investigar se a mesma é favorável ao adotado.

Ora, essa intervenção impassível do juiz é o que pode haver de mais condenável para o sucesso da adoção, como instituição de caráter social.

d) Pela lei atual a adoção não admite condição nem termo. Essa restrição foi inexplicavelmente supressa do Anteprojeto.

e) Pela lei vigente, “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”. Como a lei não esclarece se a restrição que estabelece só atinge o filho adotivo no caso de ser “superveniente” a filho legítimo, legitimado ou reconhecido, surgiu a dúvida se também atingiria o filho adotivo no caso de ser anterior a estes últimos.

O Anteprojeto esclareceu essa dúvida no sentido restritivo ao filho adotivo. “Em se tratando de adoção restrita, se o adotante deixar descendentes legítimos ou legitimados (e os reconhecidos?), ascendentes ou cônjuge, o adotado não será chamado à sucessão” (art. 2.048).

Ficou assim mortalmente atingido o instituto da adoção, que não se compreende sem relação sucessória e integração do filho adotivo em sua nova família em situação de igualdade com os outros filhos.

Como está no Anteprojeto, a adoção ficou transformada em outro instituto de mero caráter assistencial, por lhe faltar verdadeira relação familiar.

f) Pela legislação anterior à lei francesa de 11 de julho de 1966, “a relação de família oriunda da adoção não existia senão entre as partes no ato”.

Pela nova lei francesa (art. 368 novo do C. C.), “o adotado e seus descendentes legítimos têm na família do adotante os mesmos direitos sucessórios que um filho legítimo, sem adquirir, entretanto, a qualidade de herdeiro necessário em relação aos ascendentes do adotante”.

O Anteprojeto mantém injustificadamente uma orientação superada, ao declarar, no art. 1.836: “O parentesco resultante da adoção restrita limita-se ao adotante e ao adotado”. O próprio Anteprojeto, entretanto, contradiz-se, ao estabelecer impedimento matrimonial do adotado com o filho do adotante (art. 1.208 n.º V), isto é, entre o irmão legítimo e o irmão adotivo (esquecendo-se, aliás, do parentesco entre os irmãos adotivos). Nem sequer admite o velho princípio de que o laço da adoção se estende aos filhos legítimos do adotado que devam ser assimilados aos netos do adotante, como o determinava o antigo art. 353 do Código Civil Francês.

g) Mantém o Anteprojeto o sistema da lei vigente permitindo ao adotado “conservar o nome dos pais naturais, assumir o do adotante ou acrescentar este àquele”.

Ora, em primeiro lugar, é manifesta a inconveniência de conservar o adotado os apelidos dos pais naturais, dificultando a integração no lar adotivo.

Em segundo lugar, deixou o Anteprojeto de autorizar que, no caso de optar o adotado pelos apelidos do adotante, incluía também os apelidos dos avós do adotante no registro do adotado.

Tal é necessário, como vimos, não para fixar um parentesco, mas para evitar situação vexatória para o adotado, que teria avós diversos dos ascendentes do pai adotivo e eventualmente tornaria evidente sua ilegitimidade, dado que o adotado provém geralmente de menor com filiação ilegítima.

3 — O ponto mais infeliz, entretanto, do Anteprojeto foi ao regular a “adoção plena”, porquanto, por incrível que pareça, extinguiu o instituto da legitimação adotiva, introduzido entre nós pela Lei 4.655 de 2 de junho de 1965!

“A adoção plena, diz com efeito, o Anteprojeto, atribui a situação de filho legítimo ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os seus pais e parentes, salvo os relativos a impedimentos matrimoniais...” (art. 1.829).

Por esse texto, a adoção plena passaria a ser uma simples modalidade de adoção restrita, isto é, a que é feita “com quebraimento de vínculos com a família natural”. O conceito de legitimação adotiva é muito diverso: seu CARACTERÍSTICO ESSENCIAL é a SUBSTITUIÇÃO INTEGRAL da família natural do adotado por uma nova família INSCRITA COM TAL NO REGISTRO CIVIL, PARA TODOS OS EFEITOS.

É o que está consignado na nossa Lei 4.655, de 1965, segundo a qual o registro de nascimento original do adotado *será anulado* e, uma vez feita a inscrição da adoção, cessam os vínculos da filiação anterior, salvo para os efeitos do art. 183 do Código Civil (art. 6, §§ 2 e 3).

Nesse sentido, diz a lei francesa de 1966: “ADOÇÃO PLENA confere ao menor uma filiação que SE SUBSTITUI à de sua família de origem: o adotado CESSA DE PERTENCER à sua família pelo sangue, sob reserva das proibições de casamento” (art. 356, novo, do Código Civil Francês).

“O Anteprojeto, entretanto, além dessa ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais, faz uma outra: “a sucessão prevista no art. 2.049”, isto é, “falecendo sem descendência o filho adotivo, a herança caberá a seus pais de adoção, ou, NA FALTA DESTES, AOS SEUS GENITORES”.

Ora, acolhida essa norma sucessória, deixará de haver a plena integração do adotado na família adotiva.

O registro de nascimento originário deixará de ser anulado como prescreve a lei atual sobre legitimação adotiva (Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, art. 6, § 2), e o deixou inexplicavelmente de determinar o Anteprojeto.

5. — Diz o Anteprojeto, art. 1.831, § único: “Para que os efeitos da adoção (plena) se esteendam aos ascendentes do adotante é necessário que eles a aprovelem por ato inequívoco, perante o juiz competente”.

Essa restrição que desfigurava a legitimação adotiva foi eliminada pela lei francesa de 1966: “L’adoption (plenièrè) confère à l’enfant une filiation QUI SE SUBSTITUE À SA FILIATION D’ORIGINE: l’adopté cesse d’appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage, visées aux articles 161 à 164” (art. 356, novo, do Código Civil).

Já anteriormente à lei de 1966, os autores preconizavam a supressão do ato de adesão (Marmier, pág. 166), o que foi feito pela nova lei.

Pelo próprio art. 1.829 do Anteprojeto, “a adoção plena atribui a situação de filho legítimo ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os seus pais e parentes”. Como explicar-se então que sejam eliminados seus efeitos em relação aos ascendentes do adotante?

Não haverá, em tal caso, uma ADOÇÃO PLENA, mas uma modalidade de ADOÇÃO RESTRITA.

6. — “O reconhecimento do menor (legitimado adotivamente) por um terceiro (problema Ripert) é certamente impossível, porque o mesmo é assimilado a um filho legítimo e não se pode reconhecer um filho legítimo alheio. Para que tal não ocorra, seria preciso que o julgamento fosse anulado em

virtude de oposição de terceiro, se se admitir tal possibilidade. É uma ação de investigação de paternidade ou maternidade natural se choca à mesma objeção e não poderia também triunfar, senão no caso do julgamento da legitimação ser previamente anulado" (Ripert et Boulanger, 1, n.º 1.641, Repert., vb. Adoption n.ºs 257 e 258).

Dentro desse ponto de vista, a lei francesa de 1966 determinou que a colocação para adoção plena põe obstáculo a qualquer restituição do menor à sua família e impede qualquer declaração de filiação e qualquer reconhecimento (art. 352, do novo Código Civil Francês).

O Anteprojeto nada diz contra a possibilidade de reconhecimento de filiação após a adoção plena, meio de chantagem que deve ser rigorosamente reprimido.

7. — Refere-se apenas o Anteprojeto à possibilidade da investigação de paternidade por parte do filho ilegítimo que tenha sido adotado plenamente.

A opinião prevalente na doutrina é que tal investigação deve ser proibida, porque o filho adotado plenamente adquire a condição de filho legítimo e não cabe investigação de paternidade contra legitimidade de filiação (Ripert et Boulanger, 1, n.º 1.479, *in fine*; Alex Will, *Droit Civil*, n.º 1.062).

A admitir-se tal investigação, deveria ter como preliminar a anulação da sentença homologatória da adoção.

8 — A lei francesa de 1966 fundiu a antiga "adoção com rutura dos laços familiares" e a "legitimação adotiva" abrangendo ambas na modalidade de adoção denominada "adoção plena".

Em consequência, permitiu que fossem adotantes na adoção plena não somente casais como, também, solteiros.

É claro, entretanto, que tal fusão somente vale pelos seus efeitos formais. Na sua substância, distingue-se necessariamente a adoção feita por um casal (legitimação adotiva) da feita por solteiro, com rutura dos antigos laços familiares.

Somente a primeira permite ao adotado a ilusão duma perfeita filiação legítima. Se o adotante é solteiro, tal ilusão seria impossível.

Na prática, também, 93% por cento das adoções plenas são feitas por casais (Marmier, pág. 89).

O Anteprojeto aparentemente acompanhou nesse ponto a lei francesa, permitindo a adoção plena aos solteiros.

Entretanto, como vimos, o Anteprojeto parece ter excluído a legitimação adotiva, considerando adoção plena somente a adoção comum "feita com rutura dos laços com a família de origem", sem SUBSTITUIÇÃO integral da família, o que constitui uma violenta e inaceitável involução do nosso direito.

O que talvez fosse aconselhável no nosso futuro Código seria manter a distinção entre "adoção com rutura dos laços familiares" e a "adoção plena" propriamente dita, ou seja a antiga "legitimação adotiva", devido aos seus efeitos sobre a identidade do adotado.

9. — Outras modificações são aconselháveis no Anteprojeto.

Assim é que:

a) Não se justifica que o casado somente possa adotar após decorridos cinco anos do casamento.

Desde que o Anteprojeto, em boa hora, permitiu a adoção por parte de quem tenha filho legítimo ou legitimado, não se justifica que um casal aguarde tanto tempo para efetuar uma adoção que é permitida livremente ao solteiro e ao viúvo.

b) A idade mínima do adotante deve ser reduzida dos atuais 30 anos para 25 anos.

c) O art. 1.827 do Anteprojeto está pessimamente redigido, devendo ser substituído pelo seguinte: "Não há necessidade de consentimento dos representantes legais do menor, se se provar que se trate de infante exposto, ou do menor cujos pais sejam desconhecidos, ou mortos, ou desaparecidos, ou tenham sido destituídos do pátrio poder sem nomeação de tutor ou curador".

d) Não se justifica seja passível de revisão a sentença de adoção plena. A mesma deve ter caráter definitivo em benefício da tranqüilidade familiar do menor adotado.

Somente seria admissível uma sentença anulatória da decisão quando proferida contra direito expresso, como qualquer sentença.

Os arts. 1.833 e 1.834 do Anteprojeto devem ser supressos.

10. — Um Grupo de Trabalho, constituído pela Coordenação de Proteção Materno-Infantil, do Ministério da Saúde, em abril último, apresentou um SUBSTITUTIVO, subscrito pelo autor do presente trabalho e, mais, pelo Desembargador Maurício Eduardo Accioli Rabello, membro do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara e do Conselho da Magistratura; Dr. Alyrio Silva Cavalieri, juiz de menores do Estado; Dr. Carlos Mário Menezes Nunes, Assessor Jurídico da Secretaria de Assistência Médica do Ministério da Saúde; D. Yolanda Heloísa de Souza, Chefe de Seção de Normas e Padrões da C.P.M.I.; D. Therezinha Arnault, Supervisora da Agência de Adoção da C.P.M.I.; D. Maria do Carmo de Aguirre Quintella, Supervisora da Agência de Adoção; D. Julieta Silveira Pires, Diretora da Divisão do Serviço Social do Juízo de Menores da Guanabara.

Eis o Substitutivo, aprovado unanimemente, salvo quanto ao art. 1.835, por cuja supressão votei juntamente com outros componentes do Grupo de Trabalho, pelas razões mais acima expostas.

SUBSTITUTIVO

AO CAPÍTULO V DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL. DA ADOÇÃO.

SEÇÃO I

Disposições gerais.

Art. 1.820 — Só os maiores de vinte e cinco anos podem adotar.

§ 1.º — A adoção pode ser requerida conjuntamente por dois esposos não desquitados, um dos quais tenha mais de 25 anos.

§ 2.º — A adoção também pode ser requerida por qualquer pessoa com mais de vinte e cinco anos.

§ 3.º — Se o adotante for casado e não desquitado, o consentimento do seu cônjuge é necessário, a menos que esse cônjuge esteja impossibilitado de manifestar sua vontade.

Art. 1.821 — O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotado.

Art. 1.822 — Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor, ou o curador, adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 1.823 — A adoção depende do consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, e também da concordância deste, se contar mais de quatorze anos de idade.

§ 1.º — Quando a filiação dum menor está estabelecida em relação a seu pai e a sua mãe, ambos devem consentir na adoção.

§ 2.º — Se um deles está na impossibilidade de manifestar a sua vontade ou se perdeu seus direitos de pátrio poder, o consentimento do outro é suficiente.

Art. 1.824 — Ninguém pode ser adotado por duas pessoas salvo se forem marido e mulher.

Art. 1.824.1 — A adoção é homologada a requerimento do adotante pelo juiz competente, que verificará se as condições da lei são preenchidas e se a adoção é conforme ao interesse do menor.

Art. 1.824.2 — A adoção produz seus efeitos a contar do dia da sua homologação.

SEÇÃO II

Da adoção plena.

Art. 1.825 — É permitida a adoção do menor de dezesseis anos, ou do menor de vinte e um não emancipado, que, desde idade não superior a dezesseis anos, tenha estado, de fato ou de direito, aos cuidados do adotante.

Art. 1.826 — Podem ser adotados:

a) Os menores cujos pai e mãe tenham validamente consentido na adoção, observado o disposto no art. 1.823.

b) Os menores cujo tutor ou curador tenham consentido na adoção no caso de morte dos pais ou destituição do pátrio poder.

c) Os menores abandonados.

Art. 1.827 — A adoção, que se constituirá mediante processo judicial, somente será admitida se constituir real benefício para o adotando.

Art. 1.827.1 — O consentimento para a adoção deve ser dado por declaração expressa perante o juiz competente do domicílio ou residência da pessoa que consente.

§ 1.º — Podem os pais ou representantes legais dar por antecipação o seu consentimento, sem designar o adotante.

§ 2.º — Não há necessidade do consentimento dos representantes legais do menor, se se provar que se trata de infante exposto, ou menor cujos pais

sejam desconhecidos ou mortos ou desaparecidos, ou tenham sido destituídos do pátrio poder sem nomeação de tutor ou curador.

Art. 1.828 — A homologação da adoção plena impede a restituição do menor à sua família de origem, bem como qualquer declaração de filiação ou qualquer reconhecimento.

Art. 1.829 — A adoção plena confere ao menor uma filiação que se substitui à de sua família de origem: o adotado cessa de pertencer à sua família pelo sangue, sob reserva das proibições de casamento.

Art. 1.830 — A decisão confere ao menor o nome do adotante, podendo determinar a modificação do seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado.

Art. 1.831 — A sentença deferindo a adoção plena terá efeitos constitutivos, devendo ser inscrita, mediante mandado, no Registro Civil, como se se tratasse de registro fora do prazo, no qual se consignará o nome do ou dos adotantes como pais legítimos e os nomes dos ascendentes dos mesmos. O mandado será arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidões.

§ 1.º — Nas certidões do registro, nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato.

§ 2.º — O registro original do menor será anulado, também, por mandado do juiz, o qual será arquivado.

§ 3.º — Feita a inscrição, cessam os vínculos da filiação anterior, salvo para os efeitos do art. 1.708 do Código Civil.

Art. 1.831.1 — O adotado tem, na família do adotante, os mesmos direitos e obrigações que um filho legítimo.

Art. 1.832 — A adoção plena não é revogável, nem mesmo por acordo do adotante e do adotado.

Art. 1.833 — Cancelado.

Art. 1.834 — Cancelado.

Art. 1.835 — No caso de ser o adotado filho ilegítimo de outrem, não perde, por isso, o direito de propor ação de investigação de paternidade, a qual, julgada procedente, desfaz a adoção.

SEÇÃO III

DA ADOÇÃO RESTRITA

Art. 1.836 — O laço de parentesco resultante da adoção restrita estende-se aos descendentes do adotado e do adotante.

Art. 1.837 — O adotado e seus descendentes têm, na família do adotante, os mesmos direitos sucessórios que um filho legítimo, sem adquirir, entretanto, a qualidade de herdeiro necessário dos ascendentes do adotante.

Art. 1.837.1 — Se o adotado morre sem descendentes, os bens dados pelo adotante ou recolhidos na sua sucessão voltam ao adotante ou a seus descendentes, se eles existirem ainda em espécie ao tempo da morte do adotado, com o encargo de contribuir para saldar seus débitos e sob reserva dos direitos adquiridos pelos terceiros. Os bens que o adotado houver recebido a título gratuito de seu pai ou mãe de origem voltam da mesma forma a estes últimos ou a seus descendentes.

A sobra dos bens do adotado divide-se pela metade entre a família de origem e a família do adotante, sem prejuízo dos direitos do cônjuge sobre o conjunto da sucessão.

Art. 1.838 — Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção restrita, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

Art. 1.839 — O adotado, quando menor ou interdito, poderá desligar-se da adoção restrita no ano imediato ao em que cessar a menoridade ou a interdição.

Art. 1.840 — Se ocorrerem motivos graves, a adoção restrita pode ser revogada mediante ação judicial proposta pelo adotante ou pelo adotado.

O julgamento revogando a adoção deve ser motivado.

A revogação faz cessar para o futuro todos os efeitos da adoção.

Art. 1.841 — A adoção restrita confere o nome do adotante ao adotado juntando-lhe o nome deste último. O juiz pode, todavia, decidir que o adotado não trará senão o nome do adotante.

Em qualquer caso serão declarados, também, os nomes dos avós no registro do adotado.

Art. 1.841.1 — A adoção conserva todos os seus efeitos, não obstante o estabelecimento ulterior dum laço de filiação.

Art. 1.842 — Aplica-se à adoção restrita, no que couber, o disposto no capítulo anterior.