



DIÁRIO

República Federativa do Brasil

DO CONGRESSO NACIONAL

SEÇÃO II

ANO XLIV — SUPLEMENTO AO Nº 109 QUINTA-FEIRA, 31 DE AGOSTO DE 1989

BRASÍLIA — DF

SENADO FEDERAL

COMISSÃO TEMPORÁRIA

QUE INSTITUI O CÓDIGO CIVIL

Ata da 1ª Reunião, reinstalação, da Comissão Temporária que examina o Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que institui o Código Civil, realizada aos vinte e quatro dias de agosto, de mil novecentos e oitenta e nove.

COMISSÃO TEMPORÁRIA QUE INSTITUI O CÓDIGO CIVIL
Subcomissão de Comissões
Diretor

ATA DA 1ª REUNIÃO, REINSTALAÇÃO, DA COMISSÃO TEMPORÁRIA QUE EXAMINA O PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 118, DE 1984, QUE INSTITUI O CÓDIGO CIVIL, REALIZADA AOS VINTE E QUATRO DIAS DE AGOSTO, DE MIL NOVECENTOS E OITENTA E NOVE.

Às dezesseis horas do dia vinte e quatro de agosto de mil novecentos e oitenta e nove, na Sala de Reuniões da Comissão da Constituição e Justiça e Cidadania, na Ala Senador Alexandre Costa, com a presença dos Senhores Senadores Nelson Carneiro, Wilson Martins, Luiz Viana, José Fogaça, Marco Maciel, Naurício Corrêa, Jamil Haddad, Ney Maranhão, Mauro Benevides e João Lobo, reuniu-se a Comissão Temporária que examina o Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, "que institui o Código Civil". Deixam de comparecer, por motivo justificado, os Senhores Senadores Nelson Medeiros, Márcio Lacarda, Odacir Soares, Afonso Arinos, João Castelo, Moisés Abrão, Alfredo Campos e Leopoldo Peres. Assume a Presidência o Senhor Senador Nelson Carneiro na qualidade do ex-Presidente da Comissão, comunicando que irá proceder à eleição do Presidente e do Vice-Presidente, conforme preceitos do Regimento Interno. Distribuídas as cédulas de votação, o Senhor Senador Nelson Carneiro convida para funcionar como escrutinador o Senhor Senador Jamil Haddad. Procedida a votação, verifica-se o seguinte resultado: para Presidente, com 7 (sete) votos favoráveis, o Senhor Senador Luiz Viana; para Vice-Presidente, com 7 (sete) votos favoráveis, o Senhor Senador Marco Maciel. São proclamados eleitos Presidente o Vice-Presidente, respectivamente, os Senhores Senadores Luiz Viana e Marco Maciel. Antes de passar a Presidência dos trabalhos ao Senhor Senador Luiz Viana, o Senhor Senador Nelson Carneiro congratula-se com os Membros deste Órgão Técnico pela eleição que acaba de se proceder, formulando votos de profícua gestão à Presidência e aos demais integrantes da Comissão. Na oportunidade, sua Excelência apresenta como subleitos à Comissão, na parte referente ao Direito de Família, trabalho de sua autoria. Assumindo a Presidência, o Senhor Senador Luiz Viana agradece a confiança que lhe é depositada e aos demais Membros, desejando a agilização dos trabalhos e informando que pretende efetuar uma divisão equânime de tarefas para fins de apreciação da matéria, bem como a coleta de dados para a realização de um estudo mais aprofundado de tão importante tema. Continuando, o Senhor Presidente designa para Relator-Geral da matéria o Senhor Senador Wilson Martins. Em seguida, o Senhor Presidente concede a palavra ao Senhor Senador Mauro Benevides, que congratula-se com a eleição da Mesa que presidirá os trabalhos. A seguir, o Senhor Presidente convoca reunião da Comissão a realizar-se dia 30 de agosto de 1989, às dez horas, na sala de reunião da Comissão. Nada mais havendo a tratar, encerra-se a reunião, lavrando-se, Altomir Pinto de Andrade, Secretário da Comissão, a presente Ata, que lida e aprovada, será assinada pelo Senhor Presidente e demais Membros presentes.

Senador LUIZ VIANA

Senador MARCO MACIEL

Senador WILSON MARTINS

Senador JOSÉ FOGAÇA

Senador NAURÍCIO CORRÊA

Senador JAMIL HADDAD

Senador NEY MARANHÃO

Senador JOÃO LOBO

Senador MAURO BENEVIDES

TRABALHO ENCAMINHADO PELO SR. SENADOR NELSON CARNEIRO À
COMISSÃO TEMPORÁRIA QUE INSTITUI O CÓDIGO CIVIL
Exmos. Srs. Membros da Comissão Especial do Código Civil.

O despretencioso Parecer oferecido às 182 emendas oferecidas em Plenário ao Livro IV do Projeto de Código Civil foi concluído em junho de 1987, quando a Comissão Especial, que me tocou a honra de presidir, não se podia reunir regularmente, em virtude dos trabalhos da Assembleia Constituinte. Os numerosos encargos resultantes da generosa eleição para presidir o Senado Federal, num biênio de intensa atividade legislativa, não me permitem reexaminar opiniões então expostas, várias das quais alteradas por

nostros textos constitucionais. Será tarefa do novo Relator, que iluminará o debate com as luzes que minha canhestria não logrou trazer à doura apreciação de Vossas Excelências.

Sinto, todavia, de meu dever ajuntar a seguir novas considerações preliminares às então formuladas, como simples e modesta contribuição ao árduo trabalho atribuído a essa ilustre Comissão Especial.

De junho de 1987 a esta data, somou-se às correntes doutrinárias, que dividiam entre os promotores de um Código de Família e um Livro destinado à Família como parte integrante do Código Civil, a passagem do "mono-sistema ao pluri-sistema dos institutos do direito civil", descrita pelo nosso saudoso civilista Orlando Gomes como "um dos fenômenos característicos da evolução contemporânea do Direito". Em notável conferência pronunciada no Encontro de Mestres de Direito Civil, realizada no ano passado, o eminente mestre, invocando autorizadas opiniões, concluiu por afirmar que "a passagem do mono-sistema ao poli-sistema não é um episódio efêmero. É, sim, uma injunção dos tempos novos, o retorno ao privado, a sua redescoberta". (Sans Adieu, Editora Ciência Jurídica, Bahia, 1.988, págs. 73/79).

A Constituição superou preconceitos, e abriu novos caminhos à apreciação das emendas do Plenário e à atualização dos textos relativos ao Direito da Família. Dispõe o art. 226 que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". A família, toda a família, sem a obrigatoriedade do casamento. Se não foi possível, ainda desta vez, assegurar a gratuidade da habilitação civil, como pleiteado, a Constituição repetiu que a celebração do casamento civil será gratuita. Um grande passo foi dado pela constituinte ao assegurar a proteção do Estado à entidade familiar baseada na união estável entre o homem e a mulher, e logo dispôs que a lei facilitaria sua conversão em casamento. Foi além a Constituição. Após vencer os obstáculos ao reconhecimento dos conviventes, considerou igualmente entidade familiar "a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", retirando assim a mãe solteira do mar de apodios e discriminações. Embora não proclamasse, por escapar à sua esfera, a possibilidade de mais de um divórcio, diminuiu o rigor para a declaração judicial da dissolução do vínculo conjugal, que se tornara imprescindível transcorridos onze anos da Lei 6.515. Os prazos fixados (um ano após a separação judicial e dois anos de comprovada separação de fato) são os mesmos vigentes na Espanha, desde 7 de julho de 1981, fruto de demorados debates nas Cortes daquele país e tenaz resistência das correntes tradicionalistas.

Não parou aí a ação renovadora da Assembleia Constituinte. Tal como já o fizera a Constituição portuguesa, o Estatuto brasileiro declarou que "os filhos, havidos ou não, da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". José da Costa Pimenta destaca nesse princípio duas versões: uma em sentido formal e outra em sentido material (Filiação, Coimbra Editora, 1.985). Já para Antunes Varela, "o chamamento dos filhos ilegítimos em pé de igualdade com os filhos legítimos reflete de certo modo um sentimento, bastante divulgado na sociedade contemporânea, de desvalorização social do casamento e de maior tolerância e compreensão pelas relações de concubinato,

mesmo que adulterinas (Direito da Família, Livraria Petrony, Lisboa, 2ª edição, 1.987, pág. 161). A inclusão "havidos por adoção" no texto do art. 227, § 6º, da Constituição requer se aviem as distinções entre o direito de guarda e a adoção, institutos sujeitos a pressupostos diversos e que produzem efeitos distintos. Nesse passo, seria oportuno citar a lei espanhola de 11 de novembro de 1.987 (entre outros, José Luiz Lacruz Berdejo, El Nuevo Régimen de la Familia, Acogimiento y Adopción, Cuadernos Civitas, 1.988). Antunes Varela esclarece que a adoção plena (ou, no texto constitucional, apenas adoção) não é uma criação original do direito português e aponta como infeliz a designação legitimação adotiva, que o direito brasileiro recolheu do direito francês (obra citada, pág. 99, nota 1). O dispositivo da Constituição brasileira determinará, já agora, nova apreciação das emendas relativas à adoção, para deixar evidentes as distinções entre guarda e adoção, e para estabelecer "casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros" (art. 227, § 5º).

Reclama ainda especial atenção do codificador o estudo das ações de filiação, através, inclusive, da indicação ou declaração de maternidade, feita perante o oficial do Registro Civil, e seu desdobramento processual, já regulamentados em vários países. Por outro lado o legislador não pode fechar os olhos à evolução das práticas de inseminação artificial e de fecundação in vitro, hoje amplamente estudadas, suscitando múltiplas indagações a que juristas e cientistas de todo o mundo buscam dar resposta (Entre outros, cfr. Francisco Lledó Yagüe, Acciones de filiación, 2ª ed., Madrid, 1.987; Ramon Herrera Campos, La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial, Granada, 1.987) e recentemente focalizados na tribuna do Senado Federal pelo ilustre Senador Marco Maciel. As duas emendas oferecidas ao Projeto de Código Civil, e aceitas pelo relator, abrem ensejo à douda Comissão Especial para um exame das consequências de tais métodos de concepção, em busca da verdade biológica, atual apanágio de todas as reformas do Direito de Família.

Finalmente, a Constituição de 1.988 insere, entre os direitos e deveres individuais e coletivos a afirmação de serem "homens e mulheres iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I). No campo do Direito de Família, as mulheres afinal superaram as injustificáveis discriminações que, desde séculos, lhes eram impostas pela pretensa superioridade masculina.

Brasília, 24 agosto de 1.989.

Nelson Cavali

"É difícil compreender e dominar o mensaamento alheio, como é o da lei. É difícil percorrer, sem fraquear uma e muitas vezes, tão longa série de assuntos, de si mesmos complicados e abstrusos. Mil inexatidões, pois, nos terão escapado. Para elas pedimos a benevolência dos homens versados neste gênero de estudos. Eles não depreender a nossa ousadia, mas não de perdoar os nossos erros."

LAFAYETTE, Direitos de Família,
Introdução.

I - Data de 1.961 a iniciativa da revisão de vários Códigos, alguns envelhecidos pelos anos, outros imregnados de idéias to talitárias em voga à época em que foram decretados. No Governo João Goulart, o meritório esforço pela atualização da legislação codificada encontrou considerável estímulo na lucidez e competência do Ministro da Justiça, João Mangabeira, das mais fulgurantes expressões de inteligência e da cultura nacionais de todos os tempos. Coube-lhe confiar ao Professor Orlando Gomes, Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, a elaboração de um anteprojeto de Código Civil, e que ce do se desobrigou da honrosa missão. Em abril de 1.964, o Ministro da Justiça Milton Campos designou o Ministro Orosimbo Nonato e o Professor Caio Mário da Silva Pereira, para, juntamente com o mestre bahiano, reverem o trabalho oferecido. Em 06 de outubro de 1.965, o Anteprojeto revisito foi encaminhado à Câmara dos Deputados, acentuando Milton Campos que "não seria possível que, nesta hora acelerada da História, ficassem sem reformulação os Códigos brasileiros, muitos já tão antigos e todos com sua unidade e sistemática primitivas perturbadoras por verdadeira multidão de leis extravagantes". Antecipando-se aos remendões de meia sola, escrevia ainda o eminente homem público: "Dir-se-á que caberia, então, promover-se simples consolidação. Mas porque, em hora de tanta mudança, consolidar-se sem atualizar? E atualizar não é essencialmente, reformular?". Tocou-me a honra de presidir a 1ª Comissão Especial, que deveria, na Câmara dos Deputados, opinar sobre o texto enviado a seu exame. Antes mesmo que fossem apreciadas as emendas sugeridas pelo Plenário, o Poder Executivo, quando já não o integrava Milton Campos, pediu a retirada do estudo tão cuidadosamente elaborado. Foi então que me coube redpresentá-lo através do Projeto que tomou o nº 3.771, de 1966, também subscrito pelo Deputado José Maria Ribeiro. Lavrando desde logo, na justificação, veemente protesto contra o ato do Governo, vencido "à atoarda dos interesses da intangibilidade de seus privilégios e dos atacadistas no mercado das famílias ilegítimas". Eram, especialmente, alguns dispositivos do Livro da Família o cavalo de batalha contra o Projeto Orlando Gomes. De um deles, o Ministro Orosimbo Nonato, com aquela dignidade que foi traço de seu caráter e característica de sua vida, assumiu publicamente a defesa, em declarações ao "Correio da Manhã". A disposição lapidada pela paixão demolidora permitia o casamento da mulher aos quatorze anos, idade admitida no Código Canônico e aquela em que a jovem, na zona rural, já está apta a constituir um lar. Em 1967 renunciei à presidência da 2a. Comissão Especial, sendo substituído pelo Deputado Ulysses Guimarães. A agita da legislatura se encerrou, sem que tivesse andamento o Projeto. Em 25 de agosto de 1967, pelo Decreto nº 61.239, o Poder Executivo designou para elaborar novo Anteprojeto uma Comissão integrada pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Almeida Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clevis do Couto e Silva e Torquato Castro, sob a supervisão do Professor Miguel Reale. Em 12 de junho de 1972, o Anteprojeto foi encaminhado ao então Ministro da Justiça, Professor Alfredo Buzaid, para que, publicado no Diário Oficial, recebesse durante quatro meses, na Comissão de Estudo dos Legislativos daquela Ministério, as sugestões que os interessados desejassem formular. Finalmente, a 11 de junho de 1975, o Presidente Ernesto Geisel remeteu à Câmara dos Deputados o trabalho revisito, e que passou a transitar como Projeto de Lei nº 634, de 1975. Constituída a Comissão Especial para opinar sob a proposição, presidiram-na sucessivamente os nobres Deputados Tancredo Neves, João Linhares e Pimenta da Veiga. Em 13 de junho de 1984, o texto aprovado e revisito chegou ao Senado Federal, onde transita como Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984. A Comissão Especial, instalada a 26 de junho de 1984, distinguiu-me com a escolha para presidir os seus trabalhos.

II - O Livro IV, do Direito da Família, teve no Senado Federal inicial e sucessivamente dois Relatores designados pela Presidência da Comissão Especial: - os Senadores José Sarney e José Fragelli. Entre 360 Emendas do Plenário oferecidas ao Projeto

aprovado pela Câmara dos Deputados nada menos de 194 buscam dar no va redação aos textos do Livro IV. Os acontecimentos políticos im pediram que o primeiro Relator, convocado para a Presidência da República, participasse dos trabalhos da Comissão. Eleite Presiden te do Senado Federal, deles se afastou, em seguida, o parlamentar matogrossense. Coube-me, então, assumir o encargo, dificultado nor ser autor de várias Emendas que deveria examinar. Procurei dese mpenhar-me da tarefa, da melhor maneira possível, com as deficiên cias do pouco saber, agravadas pela intensa atividade parlamentar, pelas exigências de um renhido pleito eleitoral e muitas vezes sem ter à mão livros que me pareciam indispensáveis. Consola-me a cer teza de que se trata de estudo preliminar, a ser revisto quantas vezes for necessário pelos doutos colegas da Comissão Especial e do Plenário do Senado Federal. E se nenhum mérito tiver o trabalho realizado, valerá a confissão, que me absolve, de haver desatendi do ao sábio conselho do Padre Vieira, e não raro abandonado o que preguei em favor de sugestão de quem melhor enxôs e mais douta mente justificou sua proposição. Enfim, tudo o que se lerá adiante poderá ser alterado, corrigido, riscado. Nada, neste parecer, é de finitivo, salvo o propósito de acertar.

III - Vão aumentando as vozes em favor de um Código de Família autônomo, incluindo a parte substantiva e a objetiva ou processual. Assim não entendeu a Câmara dos Deputados, e o Projeto que ora se examina no Senado Federal destina ao Direito de Família o Livro IV. Também dita reivindicação não encontrou guarida nas le gislações italiana, francesa, suíça, espanhola e portuguesa, recen temente revistas. O Livro das Obrigações, que Orlando Gomes não in cluiu em seu trabalho, para atender ao pensamento então dominante, a este voltou com o Projeto em exame. O debate continua aberto, e as Associações do Direito da Família, espalhadas por vários países, inclusive o Brasil, cumpre suscitar-las a constatar até que ponto essa liberação será útil e oportuna, dada a complexidade e a tini cidade do Livro que regula as delicadas relações jurídicas da família, com suas ramificações em tantos ramos do Direito.

IV - A primeira indagação a merecer pronta resposta diz respeito à conveniência da elaboração de um novo Código Civil, quando a Assembleia Nacional Constituinte redige o estatuto maior do País. Uma coisa, embora possa interferir, não impede o curso da outra. Espera-se que antes do fim do ano a Constituição esteja promulgada. Já o Código exigirá do Senado Federal maior tempo para debates e votações. Várias décadas antecederam à sanção do atual estatuto, enquanto nenhuma Assembleia Constituinte, e foram muitas as que se sucederam na história pátria, demorou mais de um ano na ra concluir sua tarefa. Diga-se também que, não obstante flechado por várias leis esparsas, como lamentava Anibal Freire, o Código completou sete décadas de vigência, e não são poucos os que lutam por conservá-lo, com as modificações que se fizeram necessárias. O debate, entretanto, na esfera legislativa é diverso. Há um Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, sobre o qual se deve pronun- ciar o Senado Federal, seja para aprová-lo ou rejeitá-lo em bloco, seja para devolvê-lo à outra Casa do Congresso com as emendas apro- vadas nesta Casa. Possíveis alterações consequentes à promulgação do futuro texto constitucional poderão ser acolhidas, antes que o Senado Federal encerre os estudos iniciados, o que, em face da Resolução nº 1, de 1.987, só deverão ser objeto de deliberação do Plenário quando concluídos os trabalhos constitucionais.

V - Contestando ao Professor Miguel Reale, Coordenador do Anteprojeto de Código Civil, ao declarar que "não elabora- mos um Código, bnfileirando sobre a mesa os Códigos estrangeiros, para a escolha do melhor dispositivo", o Professor José Paulo Ca- valcanti afirmou que "a Comissão não pode ter deixado de consultar, relativamente a cada regra do Projeto pelo menos os Códigos mais ilustres (francês, alemão, suíço e italiano, em ordem cronológica), ou não teria exercido suas funções com a devida responsabilidade" (Contra a Substituição do Código Civil, Recife, 1.984). Cita ainda o mestre pernambucano a opinião do Agostinho Alvim, de que "não é possível, ou, pelo menos, não é aconselhável projetar um código civil, ou parte dele, sem indagar e perquirir como o fizeram, an- tes de nós, os legisladores dos sistemas clássicos e dos sistemas contemporâneos, elaborados para o momento presente. As grandes leis

sempre são o resultado de meditação profunda, estudos, discussões, e também transação, porque ninguém suporá que os juristas enca- regados da obra tenham sempre o mesmo pensamento. Os códigos repre- sentam, portanto, o ponto de vista vencedor, em dado momento do país. Esta decantação os eleva a uma categoria do mais alto padrão, tornando-se indispensáveis à consulta de quem se propõe a apresen tar um projeto de lei". Apesar das naturais deficiências do rela tor, os pareceres oferecidos buscam apoiar-se, em regra, na experi- ência de outros povos, e nas legislações mais recentes, notadamen- te a francesa, a suíça, a italiana, a espanhola e a portuguesa.

VI - Nesses setenta anos que nos separam da entrada em vigor do Código Civil, vários institutos do Direito de Família sofreram graves modificações, superando antigas resistências, às vezes, ti- das por intratáveis. Seria de justiça ressaltar que o primeiro passo importante no sentido da adaptação do estatuto civil à reali- dade dos dias que se sucederam coube aos tribunais, ao proclamarem naturais os filhos da desquitados. Mais tarde, um lúcido acórdão da lavra do Ministro Castro Nunes ia além, entendia que escapava da pecha da adulterinidade os filhos concebidos entre a sentença que homologa o desquite e a confirmação, então exigida, pela instância superior. Nessas águas surgiu o Decreto-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, que de alguma sorte completava o Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, e vivificava o disposto no art. 126 da Carta Constitucional de 1937. A lei nº 883, de 1949, não só permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, quando dissolvida a sociedade conjugal paterna, fosse pelo desquite, fos- se pela morte, como também ensinou a todos os ilegítimos (natu- rais, adulterinos e incestuosos) o direito de pedir alimentos, der- rogando o art. 405 do estatuto civil. Marco significativo na evolu- ção do Direito de Família foi a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada. Se não logrou equiparar inteira- mente a mulher ao marido no seio da sociedade conjugal, retirou-a do rol dos relativamente incapazes, e a libertou para, sozinha, praticar determinados atos, sem necessitar da autorização marital. A lei atribuiu-lhe o encargo de "velar pela direção material e mo- ral da família", possibilitando sua presença em juízo nas divergen- cias quanto à fixação do domicílio conjugal e o exercício do pá- trio-poder. Os bens havidos pela mulher casada, em determinadas cir- cunstâncias, passaram a ser somente seus, por força da reserva le- gal. Quando culpados ambos os cônjuges, os filhos menores foram confiados preferentemente à guarda materna. A binuba conquistou o pátrio-poder sobre os filhos do primeiro leito. E a mulher casada deixou de responder pelas dívidas contraídas pelo marido, se não tivessem sido aplicadas em proveito do casal. Mas a grande modifi- cação resultou da sanção da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulamentou a Emenda Constitucional nº 9, pondo termo à indissolubilidade do casamento. Apesar da infiltração antidivor- cista, do art. 38, o rumoroso estatuto, a que emprestou as luzes de seu saber o Senador Accioly Filho, não se ateve à disciplinação do texto constitucional, mas substituiu pelo da comunhão parcial o antigo regime legal da comunhão universal, admitiu o reconheimen- to do filho ilegítimo em testamento cerrado, ainda na vigência do casamento, assegurou a todos os filhos parte igual na herança do pai, e tornou desnecessária a ação de paternidade se o investigado houvesse sido condenado em ação de alimentos.

No curso de várias décadas, a figura da compa- nheira, que uma lei de 1.912 incluía entre os beneficiários dos acidentados nas estradas de ferro, e reafirmada pela Lei nº 3.724, de 1.919, pelo Decreto-lei de 10 de novembro de 1.944, foi-se distanciando da amante de aventuras fugazes, e conquistando na lei (nº 4.069, de 11 de junho de 1.962, arts. 59 e 21) e nos tribunais direitos antes negados, e afinal concedidos sob eufemismos criados pela imaginação dos que têm o dever de fazer justiça. (Cfr. Lúcia Rosa Leite de Converti, As relações matrimoniais nas uniões sem vínculo legal, Forense, 1.985). A companheira conquistou o direito de usar os apelidos do companheiro (Lei nº 6.015, de 31 de dezem- bro de 1.973), e de continuar a locação interrompida pela morte do companheiro (Lei nº 3.912, de 03 de julho de 1.961). O Decreto-lei nº 1.493, de 07 de dezembro de 1.976, autorizou o contribuinte a in- cluir como dependente, para dedução do imposto de renda, a pessoa

com quem convive há cinco anos e com quem não pode casar. A Lei 6.515, em seu art. 45, ensejou a celebração pelo regime da comunhão universal de bens, do casamento de casal que viva como casado há mais de dez anos ou tenha filho, qualquer que seja a idade dos conviventes, de modo a permitir que os bens adquiridos na constância da união livre, e geralmente registrados em nome do companheiro, passem, pelo matrimônio, a ser de ambos os cônjuges, sem exigência de comprovação do esforço comum.

A não solteira, se não venceu inteiramente os preceitos com que a hipocrisia a atormentava, ferindo os filhos inocentes, não mais encontra, se não na lei, mas nos costumes, melhor compreensão, até mesmo em alguns julgados, ainda os relativos ao concubinato adulterino (Cfr. Edgard de Moura Rittencourt, O concubinato no Direito). O instituto da adoção — que vencera obstáculos quando da elaboração do Código Civil e seria objeto das Leis nºs 3.133, de 08 de maio de 1.957, 4.655, de 02 de junho de 1.965, merecendo tratamento especial do Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), que viria suceder ao pioneiro, de Melo Matos —, reclama maior flexibilidade. No âmbito processual, a Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949, dispôs sobre a tentativa de conciliação nas ações de alimentos e de desquite, e muitos dissídios encontraram solução nas audiências preliminares presididas por juízes sem pressa. A Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, procurou dar velocidade à ação de alimentos, não só autorizando a concessão de provisórios desde logo, mas ainda permitindo que o devedor tornasse a iniciativa de oferecê-los, em determinado caso. (art. 24.)

A família, que hoje reclama proteção do Estado, é a formada, não só pelo casamento, mas igualmente pelas uniões estáveis, como antecipava Virgílio de Sá Pereira, e já não se jogam pedras em quem assim pensava ao apresentar à Câmara dos Deputados, nos idos de 1947, o ruidoso Projeto de Lei nº 122. A Emenda Constitucional nº 11, enviada ao Congresso Nacional em 1984 pelo então Presidente da República, e afinal retirada, já dispunha que "os valores da família serão salvaguardados com a proteção dos Poderes Públicos". Hoje, a linguagem dos legisladores não destua, antes acentua a uniformidade, ao pleitear a assistência do Poder Público para a família, instituída civil ou naturalmente.

Parece oportuno o momento para que o novo Código Civil, como outros da América Latina, encare realisticamente a situação de tantos lares, constituídos por uniões estáveis e mantidas à margem da lei, e assegure às companheiras o direito a alimentos, quando injustamente abandonadas e enquanto não tenham meios de prover a própria subsistência, tornando realidade emenda largamente debatida na Câmara dos Deputados quando da elaboração da Lei nº 5.478, de 1968, e rejeitada após veementes debates (Nelson Carneiro, A Nova Ação de Alimentos, 1a. ed.).

Logo depois, seu mais ardoroso opositor, Monsenhor Arruda Câmara, ofereceu substitutivo a projeto visando ao mesmo objetivo (nº 1.363, de 1968), acolhido pela Câmara dos Deputados e que não logrou aprovação no Senado Federal. Bem sei que o parecer, nesse ponto, afronta doutrina e jurisprudência (Yussef Said Cahali, Dos Alimentos), mas o novo Código Civil, para atravessar os próximos decênios, deve ajustar-se à realidade nacional, assistindo desde logo, e com as necessárias cautelas, nas uniões estáveis que se desfazem, aquelas partes que em tal desfazimento não tiveram culpa. Relator, na XI Conferência Nacional da OAB, em 1986, Roberto Rosas expunha: — "De nada adianta o aparente desconhecimento do concubinato. Ele é uma realidade. Por isso os meios de combate têm que existir, não pelo desconhecimento do fato ou perseguição, mas pelo amparo à concubina honesta e seus filhos, a fim de evitar-se o refúgio nele, dos indivíduos que se furtam às obrigações sociais" (Anais, 1987). Tantos anos transcorridos da apresentação do Projeto Orlando Gomes, o legislador civil certamente não deixará de incluir, no Direito das Sucessões, o direito reclamado pelo convivente, que, sobrevivendo, de haver toda ou parte da herança deixada pelo do cuius, que — acentuava o mestre babilônio — "representará passo decisivo para o amparo de numerosas mulheres que vivem como se fogem

sem civilmente casadas e dará fundamento inequívoco a pretensões que os tribunais têm acolhido com senso de justiça, mas sob a égide de razões e argumentos que distorcem, na sua pureza, princípios e construções técnicas que não devem ser violentados" (A Reforma do Código Civil).

Mas, não é só. Razão não há para que se perpetue, na legislação brasileira, a odiosa distinção entre filhos, justo num momento em que os novos Códigos procuram sepultá-la. A atual Constituição de Portugal dispõe que "os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei e as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação" (art. 369, 4). Já não será necessário invocar o Código Civil Português (arts. 1.803 e seguintes) ou a legislação dos países escandinavos (Cfr. Pedro Manso Cabral, Paternidade Illegítima e Filiação, 1983), para encontrar meios legais a fim de evitar que tantos registros de nascimento, no Brasil, continuem a conter apenas o nome materno, com a chocante afirmação de "pai desconhecido". Desde 1968, na Colômbia, pela Lei nº 75, art. 19, "o reconhecimento de filhos naturais é irrevogável e pode fazer-se: — I, na ata de nascimento firmando-a quem reconhece". Cabe ao oficial do registro civil indagar o nome, apelido, identidade do pai e da mãe, e inscrever como tais os que o declarante afirma, com indicação de algum fato positivo e protesto de não faltar à verdade. Dentro de trinta dias, o cartório "notificará pessoalmente o presumido pai, se este não houver firmado a ata de nascimento. O notificado deverá expressar, ao pé da ata respectiva, se aceita ou rechaça o caráter de pai que nela se lhe assina, e se negar ser seu o filho, o funcionário comunicará o fato ao defensor de menores para que este inicie a investigação de paternidade".

Um Código Civil, discutido e votado hoje, não pode desprezar a prova pericial para comprovar, ou não a imputação da paternidade. O parecer admite como legítimos os filhos havidos por inseminação artificial, de conhecimento do marido, e inclusive os concebidos, por esse processo, após a morte do marido, da mulher ou de ambos. Razão tem Caio Mário da Silva Pereira quando estranha que o Projeto enviado ao Congresso não houvesse incluído, qualquer dispositivo relativo à inseminação artificial. (Instituições de Direito Civil). Sérgio Seryulo da Cunha, ao relacionar diversas indagações sobre a inseminação artificial heteróloga, conclui que "não é difícil, também suscitar outros problemas aparentemente havidos em livros de ficção científica: como o esperma pode ser considerado vivo por muitos e muitos anos — além da vida do doador — poderíamos ter amanhã curiosas relações sucessórias e de parentesco" (Direito de Família, Mudanças). Decreto recente regulamentou, em Portugal, o funcionamento dos bancos de esperma. O novo Código deve enfrentar os problemas decorrentes da evolução dos conhecimentos científicos, que ganharam novos relevos quando John Hunter, em 1970, divulgou na Inglaterra os resultados de suas pesquisas, continuadas por Roberto Dickson na Filadélfia e agora ampliadas por numerosos estudiosos de todo o mundo. Também a separação de fato do casal em seja a investigação de maternidade proposta contra a mulher casada, "à procura da verdade biológica, a preocupação de unir a criança à sua família de sangue", na lição de Jacques Masip (La reforma de la filiation).

Vingam no futuro estatuto diversas disposições que não puderam ser adotadas pelo Estatuto de 1.962, para assegurar a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal, na administração dos bens comuns, na fixação do domicílio da família, no exercício do pátrio poder. No Projeto, já a Câmara excluiu a anulação do casamento por erro essencial na hipótese de disvirginamento anterior da mulher e riscara o fanigerado artigo 38 da Lei do Divórcio. E, com as necessárias cautelas, o parecer admite a mutabilidade do regime de bens, depois do casamento.

VII — Neste trabalho preliminar o relator ateu-se apenas a opinar sobre as emendas do Plenário. Somente depois de discutido e votado o parecer, terá chegado o momento de apreciar os numerosos dispositivos que escaparam à censura dos Senhores Senadores, de modo a apresentar à deliberação da Comissão Especial um es

boço da provável redação de todo o Livro IV. Será então o momento de juntar sua contribuição pessoal e a de quantos, dentro e fora do Congresso Nacional, carrearão elementos para a melhor elaboração do futuro Código Civil. Por isso que ainda se encontram em debate na Assembleia Nacional Constituinte numerosos textos referentes aos direitos da família, do menor e do idoso, a eles não se reporta este parecer preliminar.

VIII- Justo será destacar, neste passo, a valiosa colaboração que, em determinado instante, prestaram ao relator o juiz Murilo Fábregas e o advogado Orlando Pereira, ao lado da atuação dedicada do Secretário da Comissão Especial, Goitacaz Brasão Pedroso de Albuquerque e dos seguintes funcionários: Raimundo Marx Neto, Jorge Nunes Pereira, Alexandre Dumas Paraguassú, Lúdeivina Diva Farias Lima, Magda Janete Fonseca, José do Patrocínio Filho, Domingos Sávio do Nascimento, Arnaldo Garcia Parente, Rosa Catarina Ferreira, Marta Helena Pinto Ferreira, Vera Lúcia Batista Silva, Enoque Pereira de Souza, Carlos Alberto Lins Pereira e Hanako Izuka, lotados na Seção de Mecanografia da Subsecretaria de Comissões.

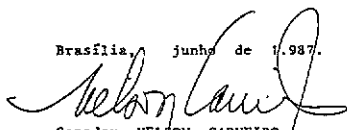
Sempre que necessário ao melhor esclarecimento, dos ilustres membros da Comissão Especial, o parecer reproduz a opinião do Professor Couto e Silva, autor do Livro do Direito da Família no anteprojeto enviado à Câmara dos Deputados, sobre as emendas de Plenário. A íntegra desta contribuição é junta, em anexo.

Também, como elemento para estudo, acompanha o presente parecer sugestão do Doutor Liborne Siqueira, titular da 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro, sobre o instituto da adoção.

IX - No 1º Congresso Brasileiro de Eugenia, o jurista Astolfo de Rezende vaticinava que "uma das tarefas do século atual é exatamente a de tornar realidade os grandes princípios de igualdade dos sexos e de igual proteção da lei àqueles que, homens, mulheres ou crianças, contribuem para a perpetuação da espécie através do tempo e das idades". (Arq. Jud., II, 1.920).

Quando a humanidade caminha apressadamente para um novo século, a luta continua. O parecer procura servir de alguma sorte e apesar de suas imperfeições a esses objetivos. Dirige-se ao futuro, à família que se vai desprendendo de velhos preconceitos e se prepara para viver os dias que hão de vir.

Brasília, junho de 1987.


Senador NELSON CARNEIRO
Relator

PARECER

N.º.....

DA COMISSÃO ESPECIAL, que examina o Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que "intitui o Código Civil". Parte 5 - Livro IV - Parte Especial da Família.

RELATOR PARCIAL: Senador NELSON CARNEIRO

LIVRO IV DO DIREITO DE FAMÍLIA

Parecer sobre as Emendas apresentadas.

EMENDA Nº 159 (ao Art. 1.510)

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"I - Substituir no art. 1.510 e seguintes e usar sempre a expressão casamento, quando se referir ao ato civil, e matrimônio, quando se tratar do ato religioso.

II - Substituir, em consequência, nos arts. 1.511 e seguintes vínculo matrimonial por vínculo conjugal.

Justificação

É certo que as duas expressões figuram indistintamente na Carta Constitucional de 1969 e no Código Civil de 1916, anteriores à instituição do divórcio. A distinção, já agora, se me afigura importante.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

PARECER (revisto)

Como reconhece a Justificação, as expressões casamento e matrimônio são tradicionalmente sinônimas no Direito brasileiro. A elas se refere, indistintamente, o Código Civil, em numerosos arts. (203, 206, 233 no II, 253, 322, etc.). Também não discrepa o Projeto Orlando Gomes. Embora use sempre a expressão casamento, relativamente ao ato civil, o art. 89, por exemplo, se refere ao "casamento religioso", que disciplina. E nos Capítulos II e III do Título I se refere à "capacidade matrimonial" e aos "impedimentos matrimoniais", respectivamente. Também o anteprojeto Miguel Reale (e chamemo-lo assim, por ter sido o coordenador dos juristas que elaboraram o texto afinal apreciado pela Câmara dos Deputados) se refere ao "casamento religioso" e ao "processo de habilitação matrimonial", ainda quando pretenda regular a habilitação civil. Por outro lado, uma e outra expressão traduzem, em todas as camadas sociais, a união de homem e mulher. E se não se costuma falar em "matrimônio civil", o certo é que comumente a união religiosa é denominada "casamento religioso". Por fim, os §§ 2º e 3º do art. 175 da Carta Constitucional de 1969, se referem a "casamento civil" e "casamento religioso, assim como o art. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal. É essa também o opinião do Professor Couto e Silva.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA.

EMENDA Nº 160 (ao art. 1.510)

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Incluir, como art. 1.510, renumerando-se os demais:

"Art. 1.510. O casamento será civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo Único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão são isentos de selos, emolumentos e custas para as pessoas necessitadas."

Justificação

O caput repete o consignado no § 2º do art. 175 da Carta Constitucional. O parágrafo Único reproduz, com alterações, o parágrafo Único do Projeto Orlando Gomes. Em lugar das expressões "pessoas cuja pobreza for atestada por autoridade competente", a redação proposta se explica por dois motivos. A desburocratização suprimiu em boa hora o atestado de pobreza. E o § 3º do art. 153 da Carta

Constitucional refere-se, para fins de assistência judiciária, aos necessitados, na forma da lei. É preciso facilitar a legalização de numerosos lares, constituídos por pessoas que não podem arcar com as despesas judiciais.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro."

PARECER (revisto)

A Constituição de 1981, certamente para acentuar a separação da Igreja e do Estado, declarou no § 4º do art. 72 que "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita". Ainda que lograsse restabelecer, na Constituição de 1934, o casamento religioso, a Constituição de 1934 afirmou, em seu art. 146, que "o casamento será civil e gratuita a sua celebração". Não discordei para as Constituições de 1934 e 1967, repetindo sempre que "o casamento será civil e gratuita sua celebração". O Projeto em exame não repete essa afirmação consagrada em sucessivos textos constitucionais. O Projeto Orlando Gomes, em seu art. 88, assim dispunha: — "Será gratuita a celebração do casamento civil, salvo se em audiência especial". Mas a ele não se refere o Projeto em estudos, seja em sua forma original, seja depois de revisto pela Câmara dos Deputados. A Emenda incorpora à legislação civil o texto extratificado nos diplomas constitucionais. E acolhe, atualizando, a sugestão de Orlando Gomes: "A habilitação para casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos ou custos para as pessoas cuja pobreza for atestada por autoridade competente". Já não há o atestado da pobreza, entrave burocrático aos necessitados. E a falta de recursos não deve continuar sendo obstáculo à regularização de tantos lares, que afinal recorrem apenas às confissões religiosas, e quase sempre com prejuízo para a obtenção pelas mulheres dos direitos que a lei civil lhes assegura. Não se trata de um texto constitucional de vida efêmera. Nada impede que se inclua na lei civil disposição que, acolhida, facilitará a celebração do casamento civil. No Brasil, os Códigos duram muito mais que as Constituições.

Revisão — Assim não entendeu a Assembleia Nacional Constituinte, que rejeitou emenda tornando gratuita a habilitação para o casamento. E somente na redação final foi possível determinar a gratuidade para "os atos necessários ao exercício da cidadania" (art. 5, LXXVII). Em consequência, até para os reconhecidos pobres (mesmo no art., LXXVI), não há como manter o parecer anterior, pela aprovação da Emenda. A conclusão, assim, é pela Rejeição.

O Professor Couto e Silva é contra a aprovação da Emenda:

"Justificação: A matéria tratada nesta emenda é de natureza constitucional; e não há nenhum motivo para que se reproduza no Código Civil a mesma disposição; por isso não é necessária a inclusão de um novo artigo, o art. 1.510."

EMENDA Nº 161 (ao art. 1.510)
Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir, no art. 1.510, a expressão intercalada "de direito público ou privado".

Justificação

Tal como está redigido, o artigo só exclui a interferência praticada por pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado. A que se pratique por pessoa natural é igualmente nociva e deve, aos mesmos fundamentos, ser também afastada.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

Insurgem-se os ilustres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, acolhendo sugestão do eminente Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, contra as expressões "de direito público ou privado", intercaladas no texto do art. 1.510 do Projeto. A Justificação é breve e convincente: "Tal como está redigido, o artigo só exclui a interferência praticada por pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado. A que se pratique por pessoa natural é igualmente nociva e deve, aos mesmos fundamentos, ser também afastada". Não há texto semelhante no Projeto Orlando Gomes. Ele surge no Anteprojeto de Miguel Reale, com outra redação: "Art. 1.698: A pessoa alguma, pública ou privada, é dada interferir na comunhão de vida constituída pelo matrimônio". Acolhendo a emenda nº 161, de Plenário, se terá dado à disposição a amplitude desejada, evitando-se futuras controvérsias.

PELA APROVAÇÃO.

Vale conhecida a opinião contrária do Professor Couto e Silva:

"Justificação: Emendas semelhantes foram examinadas na Câmara dos Deputados (ver Emendas nºs 724 e 725). O relator foi pela rejeição, tomando como base de sua conclusão o que se contém na exposição de motivos que redigí (Princípios para Reforma do Direito de Família), porquanto este artigo visa esclarecer que a comunhão de vida é um bem absoluto, portanto, com vigência em face de qualquer pessoa, pública ou privada."

EMENDA Nº 162 (ao art. 1.511)

"Redigir como se segue o art. 1.511:

"O casamento realiza-se no momento em que o juiz, ouvida aos nubentes a assinatura de que persistem no propósito de contrair matrimônio, os declare casados."

Justificação

A redação do projeto deixa irresolvida a questão crucial de se saber se o vínculo se estabelece ou não quando, por qualquer motivo, a cerimônia de celebração se interrompe, depois de enunciada a vontade dos nubentes, mas antes de emitida a declaração do juiz. Como a redação ora proposta torna-se claro que a manifestação dos nubentes, com quanto essencial, não é, por si só, suficiente. O que constitui a melhor doutrina na matéria.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

O texto em exame teria deixado sem resolver se o vínculo matrimonial teria se estabelecido, ou não, se, por qualquer razão, o juiz não declara casados os contraentes que perante ele afirmaram a vontade de consorciar-se. É o que sustentam os ilustres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, endossando sugestão do Professor João Baptista Vilela. O Projeto Orlando Gomes não contém texto semelhante, nas Disposições Gerais, mas dele trata demoradamente no Capítulo V (Da celebração do casamento). Já o Anteprojeto Miguel Reale assim dispõe em seu art. 1.699: "O casamento se aperfeiçoa no momento em que o homem e a mulher manifestarem, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo matrimonial, e o juiz os declara casados". A Câmara dos Deputados substituiu "aperfeiçoa" pela expressão "realiza". Creio que ambos os textos, o da Câmara dos Deputados e o da Emenda, alcançariam o mesmo objetivo. Acolho, porém, a Emenda nº 162, por me parecer extrema de mais ligeira dúvida e de melhor redação, substituída a expressão "nubentes" por "contraentes" (vide parecer às Emendas 172, 173 e 174).

PELA APROVAÇÃO, nos termos do parecer.

São as seguintes as razões que levam o Professor Couto e Silva a opinar pela rejeição da Emenda:

Emenda nº 162. Pela rejeição.

"Justificação: O art. 1.511 do Projeto deixa claro o momento em que se considera existente o casamento e isto sucede depois de o juiz declarar os nubentes casados. Sem essa declaração, casamento não houve. Não há razão, portanto, para a afirmação constante na aludida emenda de que não se teria estabelecido o momento da existência do casamento."

EMENDA Nº 163 (ao art. 1.513)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.513:

"Art. 1.513. O registro do matrimônio religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do matrimônio religioso deverá ser requerido, dentro de três meses, por comunicação de celebrante ou iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido julgada previamente a habilitação regulada no Capítulo V deste Subtítulo.

§ 2º O matrimônio religioso, celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito a qualquer tempo no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.530.

§ 3º Será nulo o registro civil do matrimônio religioso se, antes dele, qualquer dos cônjuges houver contraído com outrem casamento civil."

Justificação

Somente na hipótese do § 1º, o registro poderá ser requerido por qualquer interessado, já que houve habilitação prévia. Mas é necessário fi-

car um prazo máximo para essa providência, tanto mais quando a habilitação civil tem eficácia apenas em três meses (art. 1.530). A redação dos §§ 1º e 2º reproduz, em parte, os textos constitucionais de 1946 e 1969.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda ora examinada fere um dos problemas que mais agitaram outrora o Congresso Nacional, e determinou judiciosos estudos dos Professores Pedro Aleixo e Waldemar Ferreira. Foi, quanto me recordei, relator de um dos projetos de regulamentação do texto constitucional, relativo ao casamento religioso. No exercício profissional, tive oportunidade de sustentar tese acolhida pela Justiça carioca, e cujas razões divulguei, sob o título "Quando o Casamento religioso equivale ao civil". Na justificação do anteprojeto enviado ao Ministro da Justiça, assim o Professor Miguel Reale abordou o controvertido problema: "As normas coíbem os abusos perpetrados à sombra do casamento religioso, prevendo-se, com as devidas cautelas, as formas de seu registro, inclusive pela faculdade concedida ao celebrante para fazê-lo. É a solução viável, visto não ser possível obrigar a autoridade eclesiástica a efetuar o registro. A disposição do Código abre, porém, a via para um acordo ou concordata com as Igrejas, em matéria tão delicada". A emenda, que reproduz em parte os textos constitucionais de 1946 e 1967, entende necessário a fixação de um prazo para o pedido de registro, evitando-se possíveis abusos. O prazo previsto não é arbitrário, é o mesmo que o Projeto, em seu art. 1.530 fixa para a eficácia da habilitação para o casamento civil. É o que postula o Prof. Afrânio de Carvalho (Rev. For., vol. 200, pág. 37). Também a Emenda aproveita o § 2º do art. 1.513, quando um dos nubentes, antes do registro do casamento religioso, houver contraído casamento civil com outrem. O Projeto fala em ineficácia. A emenda, em nulidade. O Projeto Orlando Gomes fixava em oito dias o prazo para que o celebrante promovesse o registro do casamento religioso e, somente em sua omissão, poderia requerê-lo qualquer interessado, "quando observadas as exigências para a eficácia civil do ato". Mas permitia, na ausência de prévia habilitação, que, morrendo um dos cônjuges, sem que o casal houvesse requerido o registro, pudesse fazê-lo o sobrevivente ou qualquer dos filhos do casal extinto" (art. 89). Já o Anteprojeto Miguel Reale dispunha: "Art. 1.701 — O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o do civil. § 1º — O registro civil do casamento religioso poderá ser feito a qualquer tempo, se assim o requerer qualquer dos cônjuges, sendo-lhes facultado suprir as formalidades legais exigidas por este Código. § 2º — Igual faculdade caberá ao celebrante do casamento religioso. Art. 1.702 — Se os cônjuges ou celebrante do casamento religioso não promoverem o respectivo registro civil nos quinze dias seguintes à celebração, qualquer interessado poderá fazê-lo, obedecido o disposto no art. 1.701. Art. 1.703 — Na hipótese de falecimento de ambos os cônjuges, qualquer de seus descendentes ou ascendentes poderá promover o registro civil do casamento religioso".

A Emenda, em seu § 3º, incide em equívoco ao declarar nulo o registro civil. A hipótese seria melhor configurada como de ineficácia. O casamento religioso seria ou não nulo, de acordo com as leis e a decisão da confissão religiosa. O registro é que perderia a eficácia. Daí a seguinte redação: "será ineficaz o registro civil do casamento religioso se, antes dele", etc. PELA APROVAÇÃO, COM SUBEMENDA.

SUBEMENDA à Emenda nº 163 (art. 1.513)

Art. 1.513 — O registro civil do matrimônio religioso submete-se aos requisitos exigidos para o registro do casamento civil.

§ 1º — Se o celebrante do matrimônio não o comunicar, nos oito dias seguintes à realização do ato, o registro se fará por iniciativa de qualquer interessado, desde que seja admissível no prazo de noventa dias.

§ 2º — O matrimônio religioso, celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito a qualquer tempo no registro civil, feita

a habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.530.

§ 3º — Será ineficaz o registro civil do matrimônio religioso se, antes dele, qualquer dos cônjuges houver contraído com outrem casamento civil”.

A crítica do Professor Couto e Silva é aceita, em parte, pelo parecer:

“Emenda nº 163. Pela rejeição.

Justificação: No Projeto está claramente exposta a matéria e não há nenhum motivo para que se restrinja no tempo a possibilidade de terceiros interessados requererem o registro. Na emenda projetada, impede-se que possa realizar o registro o próprio celebrante. Por fim, na mencionada emenda afirma-se ser nulo o registro civil do matrimônio religioso se antes dele qualquer dos cônjuges houver contraído com outrem casamento civil. No Projeto, pendeu-se para a ineficácia; e a hipótese é de ineficácia e não de nulidade. Se alguém se casou no religioso, desse casamento nasceu o direito formativo de registrar; porém, se um deles casou-se com outrem no civil antes do registro do casamento religioso, e se, apesar disso, houver sido realizado o registro do casamento religioso, ele não é nulo, porquanto se configura como exercício de um direito. Mas é,

sem sombra de dúvida, ineficaz o aludido registro. A redação do Projeto é mais técnica do que a da emenda. Essa matéria foi amplamente exposta quando se examinou a Emenda nº 733 na Câmara Federal (Vide Diário do Congresso Nacional, sessão 1ª, suplemento nº 572).”

EMENDA Nº 164 (ao art. 1.513, § 1º)
Autor: Senador José Fragelli

“Ao art. 1.513, § 1º

Antepon o pronome “se” à forma verbal “houver habilitado”.

Justificação

Tratando-se de oração subordinada conjuncional, a próclise é de rigor: cf Brancão, Cláudio.

Sintaxe Clássica Portuguesa. Be'lo Horizonte, UMG, p. 328 et seq.

Esta emenda que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egregia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.”

PARECER

Trata-se de simples emenda de redação. Ocorre que, aprovada que seja a emenda 163, terá desaparecido a razão da correção.

PELA PREJUDICIALIDADE.

EMENDA Nº 165 (ao art. 1.517)
Autor: Senador Nelson Carneiro

“Cancalem-se as expressões finais “nesses casos, etc”, do art. 1.517.

CONGRESSO NACIONAL (Seção II) — Suplemento

Justificação

Texto sem qualquer atualidade ou possibilidade de aplicação.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.”

PARECER

O texto da Câmara dos Deputados repete o art. 1.707 do Anteprojeto, que, por seu turno, reproduz Parágrafo único do art. 124 do Código Civil. Hoje os tempos são outros, e a proibição judicial, na hipótese de casamento de menores incapazes, torna-se em demérito para a Justiça, inclusive por impossibilidade de fiscalização. Melhor será que se deixe à família do menor verificar a necessidade da pretendida separação de corpos. Ainda agora, na Itália, se vota lei reduzindo para menos de 12 anos a idade para presunção de violência sexual. (O Globo, 22.07.85).

PELA APROVAÇÃO.

Posição contrária é a do Professor Couto e Silva:

“Justificação: Afirma-se como elemento justificador da emenda que o texto não teria atualidade ou possibilidade de aplicação. Não pensamos assim, e o texto do art. 1.571, aliás, é tradicional entre nós.”

EMENDA Nº 166 (art. 1.517)

Autor: Senador JOSÉ FRAGELLI

“Suprimir no art. 1.517, a expressão “ou para resguardo da honra da mulher, que não atingiu a maioridade.”

JUSTIFICAÇÃO

A expressão impugnada é imprecisa e poderá suscitar perplexidades na sua aplicação. Se o que se quis, foi alcançar a hipótese de defloramento, de duas uma: ou se está diante de um delito contra os costumes, ou o fato não é suficientemente grave para “exercitar” a reação emendativa da lei. No primeiro caso já atende a parte inicial do artigo. O segundo não tem por que merecer tratamento especial da lei civil.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egregia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.”

PARECER

Visa a Emenda, dos ilustres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, adotando sugestão do Professor João Baptista Vilela, excluir do texto do art. 1.517 a expressão “ou para resguardo da honra da mulher que não atingiu a maioridade”.

Havia redigido parecer favorável à Emenda quando o ilustre Professor Clóvis do Couto e Silva teve a gentileza de opinar sobre as emendas oferecidas no Livro IV, do Direito de Família. E assim se manifestou sobre a Emenda em exame: —

“Justificação: Rebelo-se contra a expressão constante no art. 1.517: “ou para resguardo da

honra da mulher que não atingiu a maioridade". Na verdade, cuida-se no texto da possibilidade de casamento de menor para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, e ainda a espécie contra a qual se posiciona a emenda. Todavia, não somos favoráveis à supressão, porquanto nem sempre haverá imposição de pena, mesmo porque pode não se ter ainda estabelecido o processo criminal e nem ser interesse que assim se proceda. As soluções do Direito Civil não devem ficar na dependência das do Direito Penal, razão pela qual a emenda não observou a particularidade de que, mesmo sem a imposição de pena criminal, pode o juiz permitir o casamento de menores para resguardar sua honra. Anteriormente o casamento somente poderia ser permitido quando houvesse imposição ou cumprimento de pena criminal. Pretendeu-se dar maior abrangência ao dispositivo ou ressaltar uma situação que ocorre com frequência na prática."

Tudo não obstante, meu parecer é favorável à aprovação da Emenda.

EMENDA Nº 167 (ao art. 1.518, inciso I e IV)
Autor: Senador NELSON CARNEIRO

"Ao Art. 1.518, I e IV.

Cancelem-se as expressões "legítimo ou ilegítimo" e "legítimos e ilegítimos".

JUSTIFICACÃO

Não há como insistir em legitimidade ou ilegitimidade de parentesco, quando se deve cancelar a cruel distinção entre filhos que a lei civil vigente distingue como legítimos e ilegítimos.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

PARECER

A proibição de casar alcança a todos os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil, pouco importando se legítimo ou ilegítimo (§1º). Também não se podem casar todos os irmãos, germanos, ou não, e os colaterais, até o terceiro grau inclusive, sejam legítimos ou ilegítimos. A tendência do Direito brasileiro, como se verá na apreciação de outras emendas, é para extinguir essa cruel discriminação. Mas, ainda que não o fosse, as expressões que a Emenda manda cancelar são excessivas e, conseqüentemente, desnecessárias.

Diversas é a opinião do Professor Clóvis do Couto e Silva, a seguir transcrita, mas a que, todavia, não me rendo:

"Justificação: o fato de terem os mesmos direitos os filhos legítimos e ilegítimos não significa que não exista diferença entre ambos. Todas as legislações que tratam do direito de família têm sua tônica no casamento e, conseqüentemente, examina regras a respeito da legitimação e da distinção entre filhos que provêm do matrimônio (filhos legítimos) e os que dele não provêm (filhos ilegítimos). A reforma francesa de 1972, Lei 72-3, de 3 de janeiro de 1972, manteve a distinção, ainda quando tenha havido a equiparação, entre filhos legítimos e ilegítimos (Daget-Spiteri, Le nouveau Droit de la Filiation, Paris, 1972, pág. 16 e segs.), sucedendo o mesmo na Alemanha (ver Dieter Schwab, Familienrecht, § 44 pág. 189 e segs., München, 1984, BGB, § 1.591 e segs.), para só citar apenas alguns exemplos."

PELA APROVAÇÃO.

Revisão - O § 6º do Art. 227 da Constituição Federal reforça a conclusão do Relator.

EMENDA Nº 168 (ao art. 1.518, inciso VII)

Autor: Senador JOSÉ FRAGELLI

"Ao art. 1.518, Inciso VII

Suprimir o inciso VII do art. 1.518.

JUSTIFICACÃO

A hipótese configura uma verdadeira pena acessória, de natureza civil. Contrária a moderna tendência do direito de família para a despenalização não havendo motivo superior de interesse da coletividade que, no caso, recomende a restrição. Além do que, prevalecendo, poderá estimular o estabelecimento de relação concubinária entre os impedidos, ao que é preferível o casamento.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli."

PARECER

Trata-se de mais uma lúcida contribuição dos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, subscrivendo sugestão do Professor João Baptista Villela. O Projeto Orlando Gomes já não incluía o inciso impugnado, e que repete o nº VII do art. 183 do Código Civil, também reproduzido pelo art. 1.708, VII, do Anteprojeto Miguel Reale. Acolho a Emenda, pelos fundamentos em que se apoia. E desta vez com o aplauso do Professor Couto e Silva.

PELA APROVAÇÃO

EMENDAS Nºs 169 e 170 (ao art. 1.518, inciso VIII)

Autor: Senador JOSÉ FRAGELLI

"Ao Art. 1.518, VIII

Substitua-se a expressão requerida por deferida.

JUSTIFICACÃO

O simples requerimento não deve constituir impedimento, mas seu deferimento.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

EMENDA Nº 170

Autor - Senador José Fragelli

Suprimir o inciso VIII do art. 1.518.

JUSTIFICACÃO

A hipótese já está compreendida no inciso VI, uma vez que, inscrito no Registro Civil, o casamento

religioso equipara-se ao civil (cf. art. 1.512 et seq.). O inciso VIII é, pois, ocioso.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, com titulação assim valiosa colaboração dessa Fgrégia Ca sa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli."

PARECER

O simples requerimento de inscrição do casamento religioso deve impedir o casamento civil, ou será que esse impedimento somente surge com o deferimento judicial? A Constituição de 1969 diz que "o casamento religioso somente se equipara 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" (art. 175, § 2º). Assim, o simples requerimento não valida o casamento religioso. E, se o ato foi inscrito no registro público, não há necessidade de inciso, eis que a hipótese, como bem assinala a justificacão da Emenda nº 170, ainda sugerida pelo Professor João Baptista Vilela, e referendada pelos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, já está compreendida no inciso VI do mesmo art. 1.518. Em conseqüência meu voto é:

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA Nº 170 E PELA PREJUDICIALIDADE DA EMENDA Nº 169

Assim não pensa o Professor Couto e Silva, em defesa dos textos aprovados pela Câmara dos Deputados:

"EMENDA Nº 169. Pela rejeição.

JUSTIFICAÇÃO: Ao contrário do que diz a emenda, deve constituir impedimento o simples requerimento de registro de casamento religioso, porquanto, através dele, se exerce o direito formativo de registrar, e em razão disso, como sucede nos sistemas registraes, produzem-se, por antecipação, certos efeitos configurados, se, afinal, o registro for efetuado. Se não tivesse esse efeito, o requerimento do registro seria absolutamente inócua, o que contraria o sistema."

"EMENDA Nº 170. Pela rejeição.

JUSTIFICAÇÃO: Em primeiro lugar, a hipótese não está compreendida no inciso VI, do art. 1.516, como se afirma na emenda. Supõe-se, precisamente, que o casamento religioso ainda não tenha sido registrado. Esteja apenas na fase do processo de registro. Por isso, determina o art. 1.518, VIII, claramente, que o impedimento ocorre desde que se tenha requerido a inscrição."

EMENDA Nº 171 (ao art. 1.520)
Autor: Senador Nelson Carneiro

"Ao Art. 1.520
Inclua-se como nº III, passando a IV o atual:

"III - O divorciado, enquanto não houver sido homologada a partilha dos bens do casal."

JUSTIFICAÇÃO

A emenda proposta harmoniza-se com o art. 43 da Lei do Divórcio.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

PARECER

Entre os que não devem casar (art. 1.520), a Emenda inclui o divorciado, enquanto não houver sido homologada a partilha dos bens do casal.

Há, na Lei do Divórcio (nº 6515, de 1977), dois dispositivos que se referem à partilha. O primeiro trata da conversão em divórcio da separação judicial, nos termos do § 1º do art. 175: - "Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva da separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens". Já o art. 43, das Disposições finais e Transitorias, assim dispõe: - "Se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando esta não tenha sido feita posteriormente, a decisão de conversão disporá sobre ela". Visa a regular as situações anteriores à lei, tanto que se refere à sentença do desquite, expressão banida pelo referido estatuto. Mas, nos dois casos, o que se tentou evitar foi que o divórcio fosse decretado, antes da decidida a partilha dos bens do casal. O Código Civil vigente impede que o viúvo com filhos contraia casamento pelo regime de comunhão universal se não tiver dado a inventariar os bens do casal (art. 183, XIII), perdendo, na infração, o usufruto dos bens dos filhos (art. 225).

O art. 1.520 do Projeto, em seu inciso I, inclui entre os que não devem casar "o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário do casal e der partilha aos herdeiros". No processo de divórcio, não há, em regra, herdeiros, mas ex-cônjuges. A mesma razão, que justifica o inciso I, explica a acolhida da Emenda, pelo Professor Couto e Silva.

"EMENDA Nº 171. Pela Rejeição.

Justificação: Não há razão alguma para incluir nas disposições do art. 1.520, que trata das causas suspensivas, um novo inciso, 3º, na qual se determina que o divorciado, enquanto não for homologada a partilha dos bens do casal, poderá ter o seu processo de casamento em suspenso. Mas esta suspensão dependeria de o fato haver sido alegado em tempo. A espécie é, entretanto, de impedimento e não de simples causa suspensiva do casamento."

PELA APROVAÇÃO COM SUBEMENDA.

" - O divorciado, enquanto não houver sido homologada a partilha dos bens do casal."

EMENDAS Nºs 172, 173 e 174 (ao art. 1.520, parágrafo único).
Autores: Senadores ALVARO DIAS e JOSÉ FRAGELLI

"EMENDA Nº 172

O parágrafo único do artigo 1.520 do Projeto passa a ter a seguinte redação:

"Parágrafo único. Faculta-se aos nubentes solicitar ao Juiz a dispensa das exigências previstas nos nºs 1 e 3 deste artigo, provando a inexistência de prejuízo para o herdeiro ou para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do nº 2, a gravidez, ou existência desta, sua impossibilidade comprovada, nascimento de algum filho na fluência do prazo."

JUSTIFICAÇÃO

Mercê da evolução da Medicina, sabe-se hoje, com certeza científica, de vários casos em que a mulher não poderia conceber; e, isto verificado, não haveria qualquer razão para suspender-se o matrimônio, quase sempre ensejado — como mostra a realidade da vida a união dos interessados, em regime de concubinato, até a futura e então "justa nupcias".

Dentre estes casos citam-se a intervenção cirúrgica, quer pela retirada de órgãos femininos que impeçam a ovulação ou a própria gestação, molestias ou defeitos físicos congênitos que impeçam a fecundação do óvulo ou de desenvolvimento do feto, e muitas outras hipóteses de conhecimento médico hoje corriqueiro.

Além do mais, a Medicina atual pode firmar, por processos técnicos dotados de absoluto rigor científico, que uma determinada mulher não está grávida.

Todos estes fatos abonam a crítica ora produzida, autorizando que o projeto recorra ao atual estágio de conhecimento da Ciência Médica e de pressupostos aceitos pela Medicina Legal.

Diz-se-á que o hoje difundido uso dos anticoncepcionais medicamentosos ou farmacológicos, pela ainda relativa insegurança dos seus resultados, poderia trazer riscos, se incluídos na expressão da Lei. Pede-se vênha para ponderar que, na redação proposta, o risco estaria inteiramente acobertado pela "inexistência de gravidez" e não obstaria a alteração proposta.

Sala das Comissões, 14 de setembro de 1984.
Alvaro Dias."

EMENDA Nº 173

Autor — Senador José Fragelli
Substituir no parágrafo único do art. 1.520, a expressão "nubentes" por "interessados".

JUSTIFICAÇÃO

As pessoas que, entre si, não podem ou "não devem casar" é impróprio chamar-se de nubentes. Mas como podem, não obstante, pretender o casamento, são interessados.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrêgia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
José Fragelli."

EMENDA Nº 174

Autor — Senador José Fragelli

Substituir, no parágrafo único do art. 1.520, a expressão "a gravidez ou o nascimento de algum filho" por "gravidez, ausência de gravidez ou ainda nascimento de algum filho".

JUSTIFICAÇÃO

A disposição onde se inscreve o texto visa a evitar a generationis incertitudo, que só fica excluída, antes de expirado o lapso legal, se se provar que a mulher não está grávida. Provada a gravidez, o filho tanto pode ser do ex-marido como de outrem, decidindo-se legalmente pela aplicação dos períodos máximo e mínimo de gestação (cf. art. 1.603, incisos I e II). Assim, na última hipótese, casando-se a mulher antes de findo o prazo, a incerteza persistirá. Mas não por mais de 300 dias, contados da dissolução da sociedade conjugal anterior. O prazo dentro no qual nascer o filho determinará se o pai é o cônjuge anterior ou não. Do ponto de vista da linguagem ganha o texto com a eliminação do artigo antes de "gravidez" e "nascimento".

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrêgia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. —
José Fragelli."

PARECER

O inciso II do art. 1.520 impede que a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por se nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, contraia novo casamento. A Emenda de autoria do nobre Senador Alvaro Dias pretende que "a impossibilidade comprovada" de gravidez também liberte a mulher para, antes daquele prazo, realizar um novo casamento; já as Emendas nos 173 e 174, ambas oferecidas pelos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, acolhendo sugestões do Professor João Baptista Vilela, também visam a modificar o parágrafo único do art. 1.520. Os que não devem casar, e enquanto não o podem, não seriam nubentes, mas interessados, reza a justificação da Emenda nº 173. Nubentes, do latim nubentes, é "pessoa que vai casar, que é noivo ou noiva" (Candido de Figueiredo). E são esses que se interessarão em valer-se da faculdade do parágrafo único do art. 1.520. No mesmo sentido opina o Prof. Afrânio de Carvalho (ob. cit.). Acolho, nessa participação, a sugestão da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, in verbis: — "Apesar da permissibilidade hoje observada, inclusive nos dicionários modernos, a palavra "nubente" relaciona-se apenas com a mulher. O verbo latino nubo, is, nupsi, sunt, ere é reservado à mulher que se torna núbil, ou em idade fisiológica de contrair nupcias. Para o homem havia, inclusive, verbo próprio: ducere uxorem. Desconvenha castigar o idioma em sua tradição sem estorvos" (Código Civil Brasileiro, Comissão Especial, pág. 22). A de nº 174, substitui a expressão "a gravidez ou o nascimento de algum filho" por "gravidez, ausência de gravidez ou ainda nascimento de algum filho". O Projeto Orlando Gomes incluía parágrafo único ao art. 94, in verbis: — "Esse prazo pode ser encurtado comprovando a mulher que não está grávida". Acolhendo todas as Emendas, sugiro que se dê ao parágrafo único do art. 1.520 a seguinte redação: —

— Faculta-se aos contraentes solicitar ao Juiz a dispensa das exigências previstas nos nºs I e III deste artigo, provando a inexistência de

prejuízo para o herdeiro, ou para a pessoa tutela da ou curatelada; no caso do nº II, a gravidez, ausência de gravidez ou ainda nascimento de algum filho, na fluência do prazo."

PELA APROVAÇÃO DAS EMENDAS Nºs 172, 173 e 174, NOS TERMOS DA EMENDA SUBSTITUTIVA.

EMENDA Nº 175 (ao art. 1.524)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Cancele-se o art. 1.524

JUSTIFICAÇÃO

For ser o óbvio,

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. -
Nelson Carneiro.

PARECER

Parece desnecessário que em lei substantiva se declare que "o processo de habilitação (de casamento) será arquivado, quando os requerentes não preencherem os requisitos necessários à celebração do casamento". O Projeto Orlando Gomes não inclui esse dispositivo e o Anteprojeto Miguel Reale manda que se arquivar o processo de habilitação, "quando os requerentes não preencherem os requisitos à validade do casamento". Seria o óbvio. Parece-me necessário desburocratizar a lei. Ou o arquivamento não é, nos cartórios, o destino de todos os processos que não preenchem os necessários requisitos ao seu exame ou deferimento?

PELA APROVAÇÃO

Não me convenceram as razões do Professor Couto e Silva em favor da manutenção dos arts. 1.524, in verbis: -

"Emenda nº 175. Pela Rejeição.

Justificação: Ainda quando pudesse parecer óbvio que se os nubentes não preenchessem os requisitos para o casamento o processo de habilitação devesse ser arquivado, convém que nas disposições legais se contenha regra que esclareça esse aspecto."

EMENDA Nºs 176, 177 e 178 (ao art. 1.526)

Autores: Senadores AMARAL FURLAN, FERNANDO HENRIQUE CARDOZO e NELSON CARNEIRO.

EMENDA Nº 176

Autor - Senador Amaral Furlan

Dê-se ao art. 1.525, caput, a seguinte redação:

"Art. 1.525. Estando em ordem a documentação apresentada pelos pretendentes, ou seus procuradores, o Oficial de Registro Civil lavrará os Proclamas do Casamento, mediante Edital, que se afixará durante quinze dias em lugar ostensivo do edificação, onde se celebram os casamentos e, obrigatoriamente, se publicará pela imprensa local, se hou-

ver, e, não havendo, em jornal da sede da Comarca."

JUSTIFICAÇÃO

A presente emenda visa a proteger as partes.

Pela redação atual, do anteprojeto do novo Código Civil, determinando a publicação de Editais de Proclamas praticamente apenas no Diário Oficial, de leitura restrita, além de ocorrer sensível queda na divulgação dos Proclamas, fere a lei, pois, o espírito dominante dos legisladores, é divulgá-la ao máximo possível para conhecimento de todos.

Sabe-se, perfeitamente, que a leitura do Diário Oficial é circunscrita a uma camada da população, enquanto que o jornal editado no Município ou na sede da Comarca é de leitura abrangente, principalmente na área onde o fato deve ser conhecido, tornando-o público.

Não, ainda, na forma da redação do anteprojeto aprovado pela Câmara, determinando a publicação apenas no Diário Oficial, sensível aumento nas despesas para as partes, uma vez que, um Edital publicado no Diário Oficial custa, em média, de três a quatro vezes o preço cobrado pelo jornal local. Além disso, distantes os Municípios em média 600 a 700 quilômetros da Capital que é onde se edita o Diário Oficial, as despesas de publicação serão acrescidas de outras, como remessa de valores, com cheques visados e taxa de correspondência, por remessa via postal.

Por derradeiro, é evidente que, no caso dos Proclamas de Casamento, é indispensável uma publicação de cobertura o mais ampla possível, o que, é óbvio, não se dará apenas com a simples afixação por quinze dias, em lugar ostensivo do Cartório. Assim, se publicados na Imprensa Oficial passariam pelas razões expostas, praticamente ignorados, trazendo, via de consequência, à sociedade, graves prejuízos. Se permanecer, na forma redigida e aprovada pela Câmara dos Deputados, a forma da publicação dos Proclamas de Casamento, com a divulgação superficial e precária, os prejuízos serão enormes

à Ordem social, tornando vulnerável a legalidade do Casamento, porque divulgação ampla evita, sem sombra de dúvida, a bigamia, processo ora muito em voga e que desestabiliza a família, instituição em que se alicerça a sociedade, a vida comum e correta dos cidadãos dentro dela.

Sala das Comissões, 15 de agosto de 1984. -
Amaral Furlan."

EMENDA Nº 177

Autor - Senador Fernando Henrique Cardoso

Dê-se a seguinte redação ao art. 1.525:

"Art. 1.525 Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, publicando-o nas circunscrições do Registro Civil de ambas as núpcias, por trinta dias. Recusar-se-á fazê-lo se ocorrer impedimento, ou se argüida alguma coisa suspensiva.

Parágrafo único. A publicação será feita no Diário Oficial ou na imprensa local."

JUSTIFICAÇÃO

A redação atual do art. 1.525 obriga a publicação do edital de habilitação matrimonial no Diário Oficial onde houver e autoriza, no seu parágrafo a dispensa de publicação.

A exigência referida é descabida num País em que as dificuldades de comunicação — especialmente no que se refere as publicações oficiais — ainda são enormes. Na maioria dos casos o propósito da publicação será melhor atingido se esta for feita na imprensa local.

A dispensa da publicação, por outro lado, frustra o objetivo de proteção social que o artigo pretende atingir.

Sala das Comissões, 17 de setembro de 1984. —
Fernando Henrique Cardoso."

EMENDA Nº 178

Autor — Senador Nelson Carneiro

Cancele-se, no art. 1.525, a oração intercalada

"Recusar-se-á a fazê-lo se ocorrer impedimento, ou se argüida alguma causa suspensiva."

JUSTIFICAÇÃO

Por desnecessária. Já o texto diz que o Oficial só extrairá o edital se estiver em ordem a documentação.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. —
Nelson Carneiro."

PARECER

As razões expostas pelos nobres senadores Amiral Furlan e Fernando Henrique Cardoso, autores, respectivamente, das Emendas nºs 176 e 177, são inteiramente procedentes. O Projeto manda que os editais sejam publicados, por trinta dias, no Diário Oficial, se houver. A lei visa à possibilitar que o casamento se celebre, antecedido da maior divulgação, a fim de que qualquer do povo possa levar ao conhecimento do juiz a existência de qualquer impedimento ou causa suspensiva, que venha invalidar o ato. A publicação obrigatória no Diário Oficial, que circula nas capitais, frustraria esse objetivo. Acolho, assim, as duas Emendas. A terceira, de nº 178, pretende excluir do texto proposto a frase final, por desnecessária: — "Recusar-se-á (o oficial do Registro Civil) a fazê-lo se ocorrer impedimento, ou se argüida alguma causa suspensiva". Se tais obstáculos antecederam à publicação dos editais, natural que não sejam expedidos. E se chegarem ao conhecimento do juiz em consequência da publicação, o Edital já foi extraído e cumpriu o fim almejado. Assim, ao acolher as três Emendas, sugiro a seguinte subemenda substitutiva: —

Art. 1.525 — Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, publicando-o nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, por trinta dias. A publicação será feita no Diário Oficial, se houver, e, em sua falta, em jornal da sede da Comarca."

Pela aprovação, nos termos da Subemenda.

Silva.

Assim não pensa o douto Professor Couto e

Emenda nº 176. Pela rejeição.

Justificação: A redação do art. 1525 do Projeto atende bem a situação, não havendo porque explicitá-lo na forma pretendida nesta emenda.

"Emenda nº 177. Pela rejeição.

Justificação: Nos termos da justificação à emenda nº 176.

Emenda nº 178. Pela rejeição.

Justificação: Pretende-se nessa emenda excluir-se do texto do art. 1.525 a parte em que se determina que o oficial de registro deveria recusar-se a fazê-lo, se for argüido algum impedimento ou causa suspensiva. Por óbvio, seria desnecessário o esclarecimento no texto da lei. Não me parece que seja assim. E o texto que se pretende excluir visa a orientar o próprio oficial, sabendo-se que a matéria, por vezes, é delicada.

EMENDA Nº 179 (ao art. 1.532)

Autor: Senador NELSON CARNEIRO

Cancelem-se no art. 1.532 as expressões "em caso de força maior".

JUSTIFICAÇÃO

O texto deverá conceder aos nubentes, desde que haja consentimento do juiz, a possibilidade de celebrar-se o casamento em outro edifício, "público ou particular". Não há necessidade de invocar-se o caso de força maior, que acabaria por alcançar extensão excessiva ou até fraudulenta à vontade do legislador. O árbitro da conveniência será sempre o juiz, mesmo sem essa invocação.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984 —
Nelson Carneiro."

PARECER

O Projeto repete o art. 193 do Código Civil, acolhido igualmente pelo Anteprojeto Miguel Reale (art. 1.722). A prática elasteceu os "casos de força maior", imaginados pelo codificador de 1916. Por tão notório, a afirmativa dispensa comprovação. Certamente, por isso, o Projeto Orlando Gomes refere apenas ao desejo dos nubentes e ao consentimento do juiz (art. 107).

Pela aprovação da emenda, desta vez, idêntica à a opinião do Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 180 (ao art. 1.534, inciso VII).

Autor: Senador Nelson Carneiro

Ao art. 1.534, VII.

Substitua-se as expressões "para certos casamento" pelas "no art. 1.699".

JUSTIFICAÇÃO

Desnecessárias.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. -
Nelson Carneiro."

PARECER

Salvo erro, a expressão "certos casamentos" se refere, apenas, àqueles em que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos. Se assim é, melhor me parece a remissão ao art. 1.669.

Pela aprovação da emenda.

Também de acordo com a aprovação se manifesta o Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 181 (ao art. 1.535)

Autor: Senador JOSÉ FRAGELLI

Ao art. 1.535
Transferir para onde melhor couber, no capítulo II do Subtítulo I, que se contém no Título II, o art. 1.535.

JUSTIFICAÇÃO

A autorização para casar é indispensável. A escritura antenupcial, entretanto, pode existir ou não. Logo, é onde se trata desta e não daquela que a advertência do artigo deve caber de preferência, a fim de que melhor se lhe assegure o conhecimento pelos específicos interessados.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. -
José Fragelli."

PARECER

A emenda, de autoria dos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, ao subscrever sugestão do Professor João Baptista Vilela, pleiteia que se transfira para onde melhor couber, no Capítulo II do Subtítulo I, que se contém no Título II, o art. 1.535 do Projeto.

A razão está, a meu ver, com a objeção do Professor Couto e Silva, que preferiu não invocar expressamente o atual Código Civil (art. 195, VII).

"Emenda nº 181. Pela Rejeição.

Na justificação da emenda, afirma-se que se deveria transferir para outro lugar o que se con

tém no art. 1535. O artigo encontra-se no Capítulo VI, da Celebração do Casamento. As disposições a respeito da Celebração do Casamento são de natureza variada e parece-me lógico que nelas se possa incluir uma tendo por objeto a autorização para casar, dispondo, especialmente, sobre o modo como ela se realizará, ou seja, qual o instrumento que deverá conter essa mesma autorização. Se ela viesse a constar entre as disposições do pacto antenupcial, talvez passasse despercebida a necessidade de fazê-la lavrar em instrumento público. É tradicional a localização desta regra no Capítulo referente à Celebração do Casamento."

Pela Rejeição.

EMENDA Nº 182 (ao art. 1.547)

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

Dê-se ao artigo 1.547 a seguinte redação:

"Art. 1.547. A decretação de nulidade de casamento pode ser promovida, mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público."

JUSTIFICAÇÃO

As normas protetivas dos interessados dos absolutamente incapazes são de ordem pública e, conseqüentemente, a sua violação gera a nulidade absoluta do ato resultante.

Não tem sentido, então, limitar-se legitimidade de ativa do Ministério Público apenas a propositura da ação declaratória de nulidade de casamento por violação de impedimento, como dispõe o art. 1.547, reportando-se ao art. 1.546, II.

Realmente, pode ocorrer que os parentes próximos do enfermo mental que contraiu matrimônio não possam ou não queiram (por vezes até mesmo motivados por razões escusas), promover a ação de nulidade (art. 1.546, I); daí a conveniência, senão a necessidade, de deferir-se ao Ministério Público, também nesse caso, a legitimidade ativa para a ação.

Mais que ninguém o incapaz por insanidade mental deve merecer a proteção e tutela do Estado, o que se perfaz através da atuação do Ministério Público em seu favor.

Sala das Comissões, 17 de setembro de 1984. -
Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

O Código Civil assegura ao Ministério Público legitimidade ativa para propor ação de nulidade de casamento quando contraído com infração de qualquer dos números I e VIII do art. 183, "salvo se já houver falecido algum dos cônjuges" (art. 203). Mas, em se tratando de incapaz de consentir (art. 183, IX), a ação seria de anulação de casamento, e para propô-la o art. 210 não defere ao Ministério Público tal legitimidade. O Anteprojeto Miguel Reale somente autoriza a iniciativa do Ministério Público quando há infração de impedimento (art. 1.739), e assim dispõe igualmente o ar

tigo 1.547 do Projeto. A Emenda do nobre Senador Fernando Henrique Cardoso pretende que o Ministério Público tenha legitimidade ativa para promover a decretação da nulidade quando o casamento for "contraído" pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para a vida civil". As razões invocadas pelo ilustre parlamentar paulista são relevantes. Tudo não obstante, parece-me procedente a observação do Professor Couto e Silva, que assim justifica a rejeição da Emenda:

"Ainda quando o casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil seja nulo, essa nulidade não pode, por exemplo, ser arguida pelo MP, porquanto interessa, apenas, a um círculo restrito de pessoas."

Pela rejeição.

EMENDA Nº 183 (ao art. 1.548)
Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o art. 1.548."

Justificação

É atributo fundamental da adoção plena estabelecer vínculos irrevocáveis de parentesco entre o adotado e a família do adotante. O instituto resultará consideravelmente enfraquecido, se a infringência do impedimento tiver o efeito de desfazer a adoção. A nulidade do casamento é sanção bastante. Nem se compreende como possam as duas — nulidade do casamento e extinção do vínculo adopcional — em boa lógica conviver se o vínculo se dissolve, o casamento deveria subsistir por cessação do impedimento; e vice-versa, se o casamento não vinga, é porque sobrevive causa impeditiva: a adoção plena.

Esta emenda, que apresento, por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 — José Fragelli."

PARECER

O Código Civil declara nulo o casamento de ascendente com descendente, qualquer que seja, mesmo civil (art. 183, I, e 207). O Projeto Orlando Gomes incluía expressamente o casamento do adotante com o adotado entre os nulos de pleno direito (arts. 96, IV e 115, III). O Anteprojeto Miguel Reale repete o Código Civil (arts. 1708, I e 1736, III). Vai além o Projeto da Câmara dos Deputados, em se tratando de adoção plena. Além da nulidade do casamento, mantém o impedimento, abrindo ensejo à Emenda dos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, ao endossar sugestão do Professor João Baptista Villela, argumentando que "se o vínculo se dissolve, o casamento deveria subsistir por cessação do impedimento; e vice-versa, se o casamento não vinga, é porque sobrevive causa impeditiva: a adoção plena". Melhor será manter o disposto no Código Civil. Assim, meu voto é pela APROVAÇÃO DA EMENDA.

O eminente Professor Couto e Silva sugere que a Emenda nº 183 deva ser examinada "quando da análise dos arts. 4 e 5 do Projeto, na parte qual. E conforme a orientação ali tomada repercutirá ou não nos demais setores do Direito Civil".

Acredito, porém, que simples equívoco na enumeração das Emendas, levou o consagrado mestre a manifestar-se contra a Emenda nº 183, como se fora a de nº 184, nesses termos:

"Emenda nº 183. Prejudicada."

Justificação: Esta emenda deverá ser examinada quando da análise das eventuais emendas dos arts. 4 e 5 do Projeto, na Parte Geral. E conforme a orientação ali tomada repercutirá ou não nos demais setores do Direito Civil."

EMENDA Nº 184 (ao art. 1.554)
Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir, no § 1º do art. 1.554, a expressão "quando esta ocorrer durante a incapacidade da".

Justificação

Quid juris, se a morte ocorre após alcançar a maioridade, mas antes de decaído o titular do direito de propor a anulação? Pela redação do Projeto, é se induzido a crer que não haveria lugar para o exercício do direito pelos herdeiros necessários, pois não se indica, para a eventualidade, termo a quo. A supressão ora sugerida corrige a lacuna. Para os herdeiros pouco importa se a morte se deu durante a menoridade ou depois de ela cessada, salvo se já houver decadência do direito, hipótese por si mesma excluída.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

O artigo 1549 do Projeto da Câmara dos Deputados, em seu nº II, inclui entre os passíveis de anulação o casamento "do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal". O art. 1554 fixa o prazo de seis meses para a respectiva ação, "por iniciativa do incapaz, quando o deixar de ser, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários". E, em seu § 1º, dispõe que "o prazo será contado do dia em que cessar a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz, quando esta ocorrer durante a incapacidade". Sugerem os ilustres signatários da Emenda, os nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, ao endossar sugestão do Professor João Baptista Villela, a supressão das palavras finais "quando esta ocorrer durante a incapacidade". E argumentam que "para os herdeiros pouco importa se a morte se deu durante a menoridade ou depois dela cessada, salvo se já houver decadência do direito, hipótese por si mesma excluída". O Projeto retoma a orientação do Código Civil, fixando prazos diversos para a ação de anulação do casamento, o que merece aplausos, embora, nesta fase preliminar do estudo, caiba ao relator opinar somente sobre as Emendas de Plenário. Se o incapaz morre sem atingir a capacidade, o Projeto impede que os herdeiros, no prazo de seis meses, promovam a ação anulatória. Para os autores da Emenda, a morte pouco importaria aos herdeiros, ocorres-

se ela durante a menoridade ou depois de sua cessação, desde que não houvesse decadência do direito. É insusceptível de anulação o casamento do menor quando haja resultado gravidez. O Projeto preferiu igualmente impedir que os herdeiros tentassem anular o casamento do menor, quando dele não resultou prole. Creio que a solução se inspira na necessidade de fortalecer o casamento. Por que anular um casamento que a morte já dissolveu?

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA.

EMENDA Nº 185 (ao art. 1.554)

Autor: Senador José Fragelli

"Acrescentar ao art. 1.554 parágrafo do seguinte teor, entre os atuais 1º e 2º:

"Proposta a ação de anulação, transmite-se aos herdeiros necessários o direito de nela prosseguir, independentemente do prazo estabelecido no caput."

Justificação:

Se o interessado ou seus representantes legais fizerem uso tempestivo do direito, o prosseguimento na ação é consequência natural, submetida aos prazos gerais do processo, não cabendo, por conseguinte, os limites do caput, imaginados para a hipótese em que a faculdade pode ou não ser exercida, e não para aquela em que já o tenha sido. Parece conveniente deixá-lo expresso.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração desta ogrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
—José Fragelli."

PARECER

Ainda de autoria dos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, subscrevendo sugestão do Professor João Baptista Vilela, é a Emenda nº 185, que determina que "proposta a ação de anulação, transmite-se aos herdeiros necessários o direito de nela prosseguir, independentemente do prazo estabelecido no caput". Ao contrário do que persegue a Emenda anterior, não há negar aos herdeiros necessários do incapaz que iniciou ação de anulação, o direito de levá-la a termo, tal como ocorre com as ações de investigação de paternidade, quando morre o investigado. Mas só nesse caso. Daí o parecer.

O Professor Couto e Silva julga desnecessária a emenda, "porquanto se a ação foi proposta se permite a substituição processual":

"Emenda nº 185. Pela rejeição.

Justificação: A emenda propõe seja acrescentado entre o § 1º e 2º do art. 1.554 um parágrafo no qual se defina que proposta a ação de anulação transmite aos herdeiros necessários o direito de nela prosseguir. Mas é desnecessário

o artigo, porquanto se a ação foi proposta se permite a substituição processual, não havendo razão para explicitar-se o fato."

A explicitação não traz qualquer prejuízo e evita possíveis divergências.

PELA APROVAÇÃO

EMENDA Nº 186 (ao art. 1.559)

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Ao Art. 1.559.

Os prazos para a anulação de casamento, nas hipóteses do art. 1.559, devem ser os constantes da redação inicial do Código Civil, e não os fixados por lei posterior, que impõe a data da celebração como início do prazo de decadência para a propositura da ação."

"Ao art. 1.577.

Cancela-se.

Justificação

A relação é incompleta e desnecessária. As legislações modernas preferem a redação que consta do caput do art. 1.575 e consta do art. 5º da Lei do Divórcio.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984 - Nelson Carneiro."

PARECER

I - Os prazos do Projeto são, data venia, arbitrários. Melhor será voltar-se aos prazos fixados originariamente pelo Código Civil, e depois lamentavelmente unificados em dois anos, para atender a situações ocasionais. O nº IV do art. 219 do Código Civil foi em boa hora excluído do Projeto. O parecer não o ressuscita.

Pela aprovação da Emenda.

II - Assim não pensa, entretanto, o Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 186. Pela rejeição da 1ª parte ao art. 1.559.

Justificação: Os prazos constantes no art. 1.559 obedecem a um critério de relevância do vício de que decorre a anulabilidade. Nela contemplam-se hipóteses constantes no Código Civil. Não se vê porque a disposição não deva ser mantida; e nem a emenda dá razões fundadas para sua modificação. A data da celebração, como termo inicial para o prazo da ação, é critério necessário para evitar que essa matéria, ficasse na dependência de outros fatores de difícil comprovação."

EMENDA Nº 186-A (ao Art. 1.577)

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Ao Art. 1.577.

Cancela-se.

Justificação

A relação é incompleta e desnecessária. As legislações modernas preferem a redação que consta do caput do art. 1.575 e consta do art. 5º da Lei do Divórcio.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984 - Nelson Carneiro."

PARECER

I - A Emenda é de ser acolhida, por sua própria justificação.

II - Assim mesmo opina o ilustrado Professor Couto e Silva, informando inclusive que esse artigo não foi aprovado pela Câmara dos Deputados:-

Pela aceitação da 2.ª parte da emenda ao art. 1.577.

Justificação: Houve um erro de redação, porquanto adotado o sistema dos arts. 1.575 e segs. não haveria razão para ao art. 1.577. Esse artigo aliás não foi aprovado (ver Parecer do Relator-Geral na Câmara dos Deputados, Deputado Ernani Sátiro)."

EMENDA Nº 187 (ao Capítulo IX, Título I, Subtítulo I).

"Mudar, no Título I, Subtítulo I, a designação do Capítulo IX para "Dos Efeitos do Casamento".

Justificação

Eficácia diz respeito à aptidão generativa do ato jurídico. É termo que convém em sede de declaração de vontade e de sua subsistência. Para o de que trata o Capítulo a designação consagrada na tradição normativa e doutrinária é efeitos do casamento. Como o Projeto adotou no Livro IV extração fundamental dos conteúdos em direito pessoal e direito patrimonial, e é do primeiro que se cuida agora, deve dizer-se "Dos efeitos Pessoais do Casamento".

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
- José Fragelli."

PARECER

"Dos efeitos jurídicos do casamento". Assim denomina o Código Civil o Título II do Livro I do Direito da Família. Já o Ante-projeto Miguel Reale e o Projeto da Câmara dos Deputados preferem "Da eficácia do Casamento", título contra o qual se insurgem os nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos, acolhendo crítica do Professor João Baptista Vilela, favoráveis a "Dos efeitos do casamento", embora na Justificação refiram, como mais apropriado, "Dos efeitos pessoais do casamento". Ainda uma vez, acredito que melhor será manter o título do Código Civil, oferecido como Emenda Substitutiva:

Onde se diz -

"Da eficácia do casamento",

Diga-se

"Dos efeitos jurídicos do casamento".

APROVADA, NOS TERMOS DA EMENDA SUBSTITUTIVA

Vale, todavia, registrar a opinião do Professor

Couto e Silva;

"Emenda nº 187. Pela rejeição.

Justificação: Rebelou-se a emenda contra o termo eficácia definindo como sendo "a aptidão generativa do ato jurídico. Todavia, esse não deve ser o entendimento. A eficácia diz respeito aos fatos jurídicos e não apenas aos atos. E por outro lado, não se sabe o que se quis dizer com a expressão "aptidão generativa". Desde Otto Karlowa faz-se distinção entre existência e eficácia dos fatos jurídicos. Ao conjunto dos efeitos dos fatos jurídicos denomina-se de eficácia, estando certa a denominação, e corresponde ao termo francês "efficacité", ou "Wirksamkeit" do Direito Alemão."

EMENDA Nº 188 (reordena o art. 1.572)

Autor - Senador José Fragelli

"Antepon o art. 1.572 ao art. 1.567.

Justificação

O art. 1.572 contém, à evidência, a regra básica do Capítulo. A que lhe dá o tom e a filosofia. Deve preceder a qualquer outro.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
- José Fragelli."

Capítulo IX
Da Eficácia do Casamento

Art. 1.567. Criando a família legítima, o casamento legítimo os filhos comuns, antes de ele nascidos ou concebidos.

Art. 1.572. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de cônjuges, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Parágrafo único. A mulher, querendo, assume o nome patronímico do marido.

PARECER

Igualmente dos nobres Senadores José Fragelli e Alfredo Campos é a emenda em exame, elaborada pelo Professor João

Baptista Vilela. Sugere que o art. 1.572 seja colocado antes do 1567, renumerando-se os artigos. O parágrafo único do atual art. 1572 será examinado quando da apreciação das Emendas 189, 190 e 191. Com essa ressalva, meu voto é PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

EMENDAS NOS. 189, 190 e 191 (§ único do Art. 1.572).

Autores: Senadores Carlos Chiarelli, Nelson Carneiro, José Fragelli.

"Art. 1.572

Parágrafo único. "A mulher, querendo, assume o nome patronímico do marido."

"Emenda nº 189

Autor - Senador Carlos Chiarelli
Dê-se ao parágrafo único do art. 1.572 a seguinte redação:

"Parágrafo único. Ao casar, ambos os cônjuges conservam seus nomes patronímicos. Os filhos do casal receberão, por ocasião do registro, os patronímicos associados dos pais".

Justificação

O princípio inspirador do novo Direito de Família, vale dizer, a igualdade entre os cônjuges, está inscrito já no pórtico do Livro IV (art. 1.509). A adoção do patronímico do marido pela mulher casada é resquício patriarcal que não se coaduna com a nova ordem de idéias. De fato, não sendo parentes, nada faz pressupor que os cônjuges tenham o mesmo nome, a não ser a velha tradição que nos advém do Direito Romano, onde a mulher casada era situada loci filiae sujeita à autoridade marital, desvinculada de sua família de origem e sem personalidade individual.

Os efeitos negativos da continuidade dessa praxe se fazem sentir muito agudamente nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal. Nestes casos, são as mulheres submetidas a uma penalidade suplementar, vale dizer a perda do nome de casada, o que lhes acarreta, além da repercussão social, transtornos de ordem prática decorrentes da necessidade de refazer documentos, cadastros bancários, comerciais e outros registros.

Por isso, acreditamos deveras oportuna a emenda ora oferecida ao exame da Douta Comissão.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
— Carlos Chiarelli."

"Emenda nº 190

Autor - Senador Nelson Carneiro
Redija-se assim o parágrafo único do art. 1.572

"O Cônjuge, querendo, assume o nome patronímico do outro."

Justificação

O Projeto mantém resquício da pretensa superioridade masculina.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
— Nelson Carneiro."

"Emenda nº 191

Autor - Senador José Fragelli

Converter o parágrafo único do art. 1.572 em disposição autônoma e inseri-la entre os atuais arts. 1.509 e 1.510, com a seguinte redação:

"Art. Os nubentes poderão decidir que, com o matrimônio, um deles assumirá o sobrenome do outro, com ou sem perda dos apelidos próprios.

Parágrafo único. A decisão será manifestada em qualquer fase do processo de habilitação matrimonial ou no ato da celebração do casamento e é irrevogável, salvo a hipótese de desquite."

Justificação:

A sugestão pretende:

1º dar consequência ao espírito igualitário do Projeto, admitindo que também o marido possa ter o sobrenome da mulher;

2º tornar clara a possibilidade de eliminar apelidos anteriores, sem o que a formação de nomes demasiado longos seria inevitável: a regra hoje vigente não o admite (cf. Código Civil Brasileiro, art. 240, parágrafo único, com a redação que lhe deu o art. 50 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977) e o texto do Projeto não aparece suficientemente claro no particular;

3º estabelecer o tempo e o modo de fazer efetiva a vontade dos nubentes em matéria de nome conjugal;

4º fixar o entendimento de que a opção pelo nome conjugal, uma vez tomada, é irrevogável, a não ser por superveniência do desquite.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
— José Fragelli."

PARER

"A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido", etc. Assim é a redação do art. 240 do Código Civil. O Anteprojeto Miguel Reale dispunha que "pelo casamento, a mulher assume o sobrenome do marido", etc. O projeto em exame acolhe, em parte, a reivindicação feminina: - "A mulher, querendo, assume o patronímico do marido". Resta, agora, examinar as Emendas 189, 190 e 191, que todas elas tratam do nome dos cônjuges. A de nº 190 impede que um cônjuge some aos seus o patronímico do outro. A de nº 191 também não distingue entre os cônjuges, mas permite que qualquer possa perder os apelidos próprios. A de nº 190 pretenda varrer os resquícios de uma já desmoralizada superioridade masculina, e dispõe: - "O cônjuge, querendo, assume o nome patronímico do outro". Excluída, por desnecessária, a expressão "nome", pensa-se que esta Emenda merece preferência. E, da Emenda nº 191, dos Senadores José Fragelli e Alfredo Campos (sugestão do Professor João Baptista Vilela) se deveria aproveitar a afirmação de que "a decisão será manifestada em qualquer fase do processo de habilitação ou no ato da celebração do casamento". Não será necessário referir que pode haver alteração pelo desquite (ou separação judicial) ou pelo divórcio, neste dispositivo. Ao comentar o art. 1.677 do Código português, Antunes Varela, embora consi-

dere "lamentável" a alteração, Antunes Varela exemplifica: - "A mulher pode adotar os apelidos do marido, tal como o marido pode acrescentar os da mulher, nada impedindo, em face do agnosticismo intitucional da lei que o façam simultaneamente, podendo assim a mulher aditar os apelidos do marido, enquanto este acrescenta os da mulher. A Rosa da Silva, que casa com José dos Santos, pode passar a chamar-se Rosa dos Santos, enquanto simultaneamente, sob o acicate desagregador da nova lei, o José dos Santos pode envergar o nome de José da Silva" (Direito da Família, pág. 298). Acolhida que fosse a Emenda nº 189, do ilustre Senador Carlos Chiarelli, não se poderia registrar criança que devesse perpetuar o nome do pai ou da mãe. Acabariam os "F. Filho", "S. Filha", "B. Neto", etc. Em consequência, aproveitando as três emendas, e acolhendo a sugestão de que a matéria deveria constituir objeto de disposição autônoma, somos pela aprovação da seguinte Emenda Substitutiva:

- Art. - Em qualquer fase do processo de habilitação ou no ato da celebração do casamento, o nubente poderá assumir o patronímico do outro.

PELA APROVAÇÃO, nos termos da SUBEMENDA SUBSTITUTIVA

EMENDA Nº 192 (ao Art. 1.574)
Autor: Senador José Fragelli

"Substituir pela seguinte a redação do art. 1.574."

"Art. A Sociedade conjugal termina:

I - Pela morte de um dos cônjuges.

II - Pela anulação do casamento.

III - Pelo desquite.

IV - Pelo divórcio.

V - Por novo casamento do cônjuge de quem foi declarado ausente por decisão judicial passada em julgado.

Parágrafo Único. O desquite não dissolve o casamento válido.

Justificação

A proposta opera três mudanças do Projeto:

1º Onde se falava em "nulidade ou anulação do casamento", fala-se agora em anulação do casamento *tout court*. A razão é simples: nulidade é o estado, a condição, o predicado de ser nulo ou inválido. É uma deficiência que não opera por si mesma, ipso jure, o desfazimento do vínculo. Requer sempre a intervenção judicial. Esta é que tem o condão de desconstituir o estado aparente de casado, à ocorrência de causa de invalidade, tanto absoluta como relativa. Anulação, ao contrário, é o ato, a operação de decretar a nulidade. Convém, assim, para a hipótese dos vícios mais graves, que configuram a nulidade *stricto sensu*, como para a hipótese de vícios menos graves, que definem a figura da anulabilidade. É necessária em ambos.

2º Restabelece a terminologia anterior à Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em que desquite é a dissolução da sociedade conjugal, sem dissolução do casamento. Expressão, a todos os títulos preferível a separação judicial, além de ter em seu favor longa tradição no direito pátrio. O fato de a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ter usado separação judicial não é impedimento ao retorno da linguagem antiga. A constituição obriga o legis-

lador ordinário pelo seus conteúdos, não pela sua terminologia.

3º Finalmente, dá solução humana e razoável à declaração judicial de ausência, não fazendo dela, por si só, uma causa de dissolução do casamento, como ocorre na República Democrática Alemã (cf. *Familiengesetzbuch der DDR*, § 37), mas possibilitando que novo matrimônio seja contraído pelo cônjuge do presumido morto, quando então a dissolução se torna um efeito consequencial inevitável.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli."

PARECER

A primeira alteração proposta pela emenda refere-se ao inciso II onde seria substituída a expressão "pela nulidade ou anulação do casamento" por "pela anulação do casamento".

Nulidade seria o estado, a condição a exigir sempre a intervenção judicial para o seu reconhecimento, e anulação é o ato de decretar a nulidade, daí a impropriedade da expressão adotada pelo Projeto.

A nulidade é de direito público, imprescritível e, para obter a sua declaração, qualquer interessado pode promover a competente ação, inclusive o Ministério Público.

A anulação do casamento é prescritível, mas consulta aos interesses privados posto que somente pessoas autorizadas, conforme o motivo invocado, podem promover a ação.

As ações de anulação são atingidas por prazos decadenciais, sendo as causas de anulação sanáveis e permitida a ratificação do casamento.

As causas em que se fundam a nulidade e a anulabilidade são diversas, como diversos os efeitos.

A exigência da intervenção judicial, através da ação ordinária, para obter o reconhecimento da nulidade, é exceção à regra de que a nulidade pode ser decretada de ofício, tendo em vista a natureza do contrato que se procura invalidar.

Convém, assim, fosse mantida a distinção, tal como ela é colocada no art. 315 do Código Civil e foi mantida na Lei do Divórcio (art. 2º).

A segunda alteração pretende a substituição da expressão - "separação judicial" pela palavra "desquite".

A palavra desquite, como a significar a separação *quoad thorum et mensam*, foi introduzida em nossa legislação pelo Código Civil de 1916. (Cfr. Edgard de Moura Bittencourt, *FAMÍLIA*, 4ª edição, págs. 55/56). Na Comissão dos 21, Andrade Figueira, ao manifestar seu profundo pesar sobre o título que tratava de direitos da família, tal como oferecido pelo Projeto Clovis Bevilacqua, declarou "Sempre que empregar esta expressão 'o divórcio' entenda-se 'com dissolução do vínculo' porque, quando tratar de simples divórcio com separação do *thorum*, empregará a frase 'separação' ou 'desquite ou outra equivalente'" (Ferreira Coelho, *Código Civil*, vol. XXIV, pág. 99).

A partir de então ficou certo que divórcio significava a dissolução do vínculo, e desquite a simples dissolução da sociedade conjugal.

Com a Lei do Divórcio foi substituída a palavra desquite pela expressão separação judicial, o que não veio a merecer aplausos unânimes, antes críticas de alguns renomados juristas,

v.g., Orlando Gomes, Arnoldo Wald, Cêio Mário da Silva Pereira e Sílvia Rodrigues, entre outros.

As críticas se assentam, basicamente, no fato de não ter havido qualquer vantagem na substituição de uma palavra por uma expressão, que sequer guarda correspondência com outras legislações, quando a primeira já se encontrava perfeitamente integrada no nosso direito e, mais que nele, no entendimento do nosso povo, até mesmo os menos esclarecidos.

Recomenda, no entanto, a melhor técnica, o uso adequado de palavra ou expressão que defina determinada situação jurídica.

Desquite e divórcio são palavras que guardam sinônima, podendo a primeira, como a segunda, traduzirem a dissolução do casamento como da sociedade conjugal.

Dai se afigurar mais adequada a terminologia do Projeto.

A terceira alteração visa à inclusão da declaração de ausência, por sentença transitada em julgado, como permissão para novo casamento.

A permissão é concedida em muitas legislações mas não há porque adotá-la na nossa.

País de dimensões continentais e de marcada pobreza, que se reflete nos meios de comunicação de qualquer forma, na deficiência do judiciário e no analfabetismo de grande parte do povo, a proposta, se adotada no Brasil, ensejaria um sem número de fraudes.

Aqueles que militam por largo tempo nos juízos de família não ignoram que, ao tempo do desquite por abandono voluntário do lar (art. 317, IV do Código Civil), eram frequentes as ações com tal fundamento e em que eram publicados os editais de citação do réu, no Diário da Justiça ou em jornal de reduzida publicação, dando como ignorado o endereço do réu quando, por muitas vezes, era ele do conhecimento da parte autora, ou o citando, por ignorância ou por não se dedicar à leitura do Diário ou do jornal, não vinha a juízo se defender.

Não fica descartada, ainda, a possibilidade de, por turno do ausente, criando situação que, mesmo convenientemente disciplinada, exigiria das partes nova e demorada demanda.

A situação do ausente é, de resto, acolhida pelo parágrafo 1º do art. 1.575, que permite ao requerente um posterior divórcio e um novo casamento sem os percalços do aparecimento do ausente assim declarado.

Isso, por fim, na proposta, uma alteração ao parágrafo único que não se justifica, ou foi justificada.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

Idêntico à o parecer do Professor Couto e Silva.

Nota da Revisão — A expressão "separação judicial" foi acolhida pelo Art. 226, § 6º, da Constituição Federal.

EMENDA Nº 193 (ao Art. 1.574)

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Acrescente-se no artigo 1.574 o parágrafo segundo, com a seguinte redação:

"Art. 1.574
§ 1º
§ 2º Dissolvido o casamento por morte do marido, a viúva terá direito à manutenção do nome de casada."

Justificação

Andou bem o projeto ao incluir, entre os direitos da personalidade, o direito ao nome (art. 16), solucionando assim antiga disputa travada, em sede doutrinária e jurisprudencial, a respeito da natureza jurídica daquele instituto.

Cuida o projeto, igualmente, do nome da mulher em caso de separação ou divórcio (art. 1.582), mas é omissa no que tange ao nome da viúva, incidindo assim ao mesmo erro do Código Civil.

Urge, destarte, sanar a omissão do texto projetado, pondo fim a dissonâncias jurisprudenciais e doutrinárias a respeito da questão.

A solução preconizada na presente emenda encontra respaldo, quer na mais autorizada doutrina pátria (cf. Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito de Família, volume 8, § 854, p. 134 e Serpa Lopes, Tratados de Registros Públicos, vol. I, nº 81, p.p. 193 e 194, entre outros), quer na orientação legal adotada nos mais importantes textos legais, alienígenas (v.g. Código Napoleão, art. 311, Código Civil Italiano, artigo 143-bis e Código Civil de Portugal, art. 1.675º, I, entre outros).

Sala das Comissões, 17 de setembro de 1984. — Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

O uso do nome patronímico do outro cônjuge, sem distinguir entre marido e mulher, foi a solução encontrada pela emenda substitutiva que aproveitou as emendas números 189, 190 e 191, inspirada no princípio da igualdade entre os cônjuges.

Autorizada a mulher, como no Projeto, ou qualquer dos cônjuges, como na emenda substitutiva referida, ao uso do nome do outro cônjuge, por norma expressa, a sua perda só poderá ocorrer por força de outra disposição legal, como nas hipóteses do art. 1.582 caput e § 1º, em que ela é obrigatória, e dos §§ 2º e 3º, em que ela é facultativa.

A emenda se afigura desnecessária por resultar sobre o direito da viúva ou viúvo continuar usando o patronímico do outro cônjuge.

No direito português (art. 1.677), "falecido um dos cônjuges ou decretada a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou de sua família" (Art. 1.677, I). O nº II relaciona quem tem legitimidade para o pedido de privação em cada caso. Antunes Varela esclarece que "é o patrimônio moral do clã familiar do ex-cônjuge que a lei pretende acautelar". E Leonor Belexa ressalva que, ao contrário de antigamente, quando se falava em indignidade da mulher em virtude de seu comportamento, "o problema já não é hoje colocado nos mesmos termos. Não se trata de ser ou não digno do nome, mas antes de saber se o uso deste é prejudicial à família do cônjuge ou ex-cônjuge" (Cfr. Abílio Neto e Herlander Martins, ob. cit., pág. 899, notas 3 e 4).

Pela prejudicialidade

Emenda nº 194

— Acrescentar, após o art. 1.574, o de seguinte teor:

"Art. Na hipótese do inciso V do artigo anterior, o casamento precedente permanece dissolvido, ainda quando a declaração de ausência seja levantada.

§ 1º Levantada a declaração de ausência, o cônjuge que contraiu novo casamento poderá demandar-lhe a anulação, salvo se ao tempo da respectiva celebração soubesse que o cônjuge anterior sobrevivia.

§ 2º É de noventa dias, contados da data em que a declaração de ausência for levantada,

o prazo para exercício da faculdade prevista no parágrafo anterior.

§ 3º Anulado o novo casamento, fica o cônjuge requerente impossibilitado de contrair matrimônio com pessoa diversa da do seu ex-cônjuge cuja declaração de ausência foi levantada, enquanto este se mantiver solteiro e capaz.

§ 4º A anulação do casamento prevista neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no Capítulo VIII."

Justificação

A proposta tem por fim disciplinar as situações subseqüentes ao casamento em caso de declaração de ausência. Apartou-se da orientação do direito italiano, que também permite o novo casamento, mas o torna nulo com o aparecimento do ausente ou a certificação de sua existência (cf. Código Civil Italiano, arts. 65 e 68). Antes, preferiu-se a orientação do novo direito francês, que mantém dissolvido o casamento anterior (cf. Código Civil Francês, art. 132, com a redação da Lei nº 77-1.447, de 28 de dezembro de 1977). No mesmo sentido é a solução que prevalece na República Federal da Alemanha, em cujo modelo se inspirou basicamente a presente emenda (cf. Ehegesetz, de 20 de fevereiro de 1946, §§ 38 e 39).

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli."

PARECER

A emenda está prejudicada com a rejeição da de número 192.

Anote-se, como a acentuar a dificuldade da disciplina, que a emenda não concede ao declarado ausente qualquer direito, a não ser o de poder se casar outra vez com o antigo cônjuge.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

Da mesma forma opina o Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 195 (ao Art. 1575, canut)
Autor: Senador José Fragelli

"Qualquer dos cônjuges pode propor ação de desquite, demonstrando grave e irremediável deterioração da vida conjugal."

Justificação

"A proposta exclui a hipótese de desquite por culpa, sob geral descrédito na doutrina moderna. A tendência na matéria, já concretizada em várias legislações, é no sentido do completo abandono do Verschuldensprinzip e a adoção do Zerrüttungsprinzip como fundamento único para as separações. De fato: além de ser altamente problemática a identificação de culpado e de inocente em relacionamento tão interativo como é o conjugal, a pesquisa de ofensas aos deveres do casamento importa intromissão odiosa do Estado na intimidade do casal: cf. Villela, João Baptista, Separação, Divórcio e Concubinato. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, nº 152, out./dez. 1979, p. 189-90.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli."

PARECER

A emenda visa a exclusão da idéia de culpa na separação judicial.

Tal idéia, desacreditada na doutrina moderna, resulta, ainda, de problemática identificação e a sua pesquisa importa intromissão odiosa do Estado na intimidade do casal.

Ainda, no entanto, que se queira abolir a culpa na separação judicial, restringindo-a à falência ou deterioração do casamento, sua idéia, porém, permanecerá, quando forem ditadas as consequências da separação.

Embora se diga generalizado o descrédito da idéia de culpa, ela não foi excluída das mais recentes legislações, como a francesa, italiana, espanhola e portuguesa. (Vide Anexos - A Separação Judicial por culpa de um ou de ambos os cônjuges..).

Não há como se evitar, por outro lado, a intromissão do Estado na intimidade do casal, pois a grave e irremediável deterioração precisa ser comprovada e, contestada, levará à mesma dificuldade na sua apuração.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

Também pela rejeição da Emenda opina o Professor Couto e Silva.

NOTA DA REVISÃO - O art. 226, § 6º, da Constituição Federal excluiu o exame da culpa na separação de fato, revogando, nesse caso, o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.515, de 1977.

EMENDA Nº 196 (Substitui expressão)
Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, onde couber, "separação judicial", por "desquite".

Justificação

As razões estão apontadas no item 2º da Emenda nº 16.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal

ral de Minas Gerais, constituindo assim valio
sa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto
do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de
1984 - José Fragelli."

PARECER

A alteração já foi proposta na emenda nº 192, que
mereceu parecer pela sua rejeição.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

É no mesmo sentido a opinião do Professor Couto e
Silva.

EMENDA Nº 197 (ao Art. 575, § 3º)
Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o § 3º do art. 1.575.

O preceito reflete concepção punitiva do
requerimento de desquite e, por isso, não deve
prevalecer. Além do mais é esdrúxulo do ponto
de vista da organização do regime de bens.

Esta emenda, que apresento por solici-
ção do eminente Senador Alfredo Campos, foi
elaborada pelo Professor João Baptista Vilela,
da Faculdade de Direito da Universidade Fede-
ral de Minas Gerais, constituindo assim valio-
sa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Cód-
igo Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 -
José Fragelli."

PARECER

O preceito não pode ser encarado, como pretende a
justificação apresentada para a emenda, como tendo concepção punitiva.

O dispositivo deve ser encarado como tendo um sen-
tido de proteção ao cônjuge que não pediu a separação judicial e evi-
tar que aquele que a requereu venha dela se beneficiar.

As hipóteses que autorizam a aplicação do disposi-
tivo da ruptura da vida em comum e doença mental grave - não cuidam da
culpa de qualquer das partes na separação, pois se limitam à constata-
ção de um fato.

Com efeito, a que não deu causa é que não foi por
ele invocado, mas que determinará a separação judicial, não poderá e
nem deverá resultar prejuízo para o cônjuge requerido ou vantagem para
o cônjuge requerente.

Como anota Pedro Sampaio:

"Em verdade, visa o dispositivo ora comen-
tado proteger o cônjuge requerido, provendo-o de
maior acervo de bens, desde que ocorra a situação
em lei prevista, ao tempo em que, em contrapartida,
evita que o cônjuge autor venha a ser beneficiado
com os bens que para ele seriam destinados se a
norma positiva não dispusesse em contrário."
(Divórcio e separação judicial - p. 82)

Entendendo o sentido protetor do legislador ordina-
rio, ao dispor de forma semelhante na Lei nº 6.515/77, leciona, Silvio
Rodrigues:

"O cônjuge que solicita dissolução da
sociedade conjugal por seu consorte se encon-
trar acometido de grave doença mental está,
sem dúvida, fugindo ao dever de caridade, tal
vez mesmo ao dever de mútua assistência, em re-
lação ao seu consorte. A lei, tendo em vista o
seu interesse, consente na separação judicial,
que é o passo inicial do divórcio e do novo ca-
samento. Mas cria um sistema de proteção ao
enfermo, dando-lhe, além de sua meação, tudo
o que remanescer dos bens que trouxe para o
casamento."

(O divórcio e a lei que o regulamenta - 1ª ed.
p. 87).

Disposição semelhante se encontra no Código Civil

Francês:

"Quand le divorce est prononcé en
raison de la rupture de la vie commune, celui
qui a pris l'initiative du divorce perd de
plein droit les donations et avantages que
son conjoint lui avait consentis. L'autre
époux conserve les siens."
(art. 269)

Ainda o Código Civil de Portugal impõe penalidades
da mesma natureza ao culpado no divórcio (arts. 1.790 e ss.).

O preceito deve ser encarado, portanto, como visan-
do à proteção do cônjuge que não requereu a separação judicial e, mes-
mo, como desestímulo aos pedidos verificadas nas hipóteses que acolhe.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

Ainda uma vez coincide com o do parecer, a opinião
do Professor Couto e Silva.

EMENDAS Nºs 198, 199 e 200 (ao Art. 1.577)
Autores: Senadores Carlos Chiarelli e José
Fragelli

EMENDA Nº 198

Autor - Senador Carlos Chiarelli

"Exclua-se da redação do caput do art.
1.577 a expressão "tão-somente".

Justificação

Em nosso modo de entender, a inclusão
da expressão "tão-somente" inserida no caput
do art. 1.577 torna taxativa a relação que se
pretendia fosse meramente exemplificativa das
causas que impossibilitam a continuidade da
vida conjugal.

Desta forma, fazer numerus clausus daque-
le rol significa impedir o julgador de encon-
trar adequado enquadramento para inúmeras hipó-
teses outras em que se verifique ruptura dos
deveres do casamento, como, por exemplo, a
recusa ao entendimento do debitum conjugale ou
o descumprimento dos deveres de assistência re-
cíproca.

Por isso, defendemos ponto de vista se-
gundo o qual é de bom alvitre que se suprima
a expressão supracitada do artigo sob exame.
Sala das Comissões, 18 de setembro de
1984 - Carlos Chiarelli."

EMENDA Nº 199

Suprima-se o art. 1.577.

Autor — Senador Carlos Chiarelli

JUSTIFICAÇÃO

As causas arroladas no art. 1.577 como impeditivas da continuidade da vida conjugal se submetem, ou estão todas compreendidas nas disposições amplas do art. 1.575, sendo em consequência plenamente despicando o art. 1.577 sob exame. Com efeito, nas expressões amplas do art. 1.575, "conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum", podem e devem caber todas as hipóteses inseridas no artigo que ora propomos seja suprimido.

Nosso entendimento é de que a enunciação do artigo, mormente porque restrita e, quem sabe, não exaustiva, deverá criar graves problemas de interpretação pois, seguramente, muitos casos se apresentarão aos tribunais quando se encontrem na estreita relação do art. 1.577 mas que, indubitavelmente constituem grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

Por isso, propomos que, em nome de uma melhor técnica legislativa, todos os casos arrolados no art. 1.577 sejam resolvidos pelas disposições amplas do art. 1.575, perfeitamente válido aos objetivos a que se destina.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. — Carlos Chiarelli."

EMENDA Nº 200

"Suprimir o art. 1.577.

Autor — Senador José Fragelli

Justificação

O artigo, além de se inscrever na teoria da separação por culpa, limita indevidamente a liberdade de apreciação do juiz.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim válido a colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

A emenda merece aprovação.

De fato e como nelasse justifica, as causas arroladas no dispositivo como impeditivas da continuidade da vida conjugal, estão compreendidas nas disposições do art. 1.575, verdadeira norma em branco e que amplia a livre apreciação do juiz.

A formulação analítica, sobre criar problemas de interpretação, restringiria os poderes do juiz e, por certo, não seria exaustiva.

O dispositivo, sobre desnecessário, traria os problemas já assinalados.

A aprovação da emenda nº 186-A, já examinada, impõe que se dê como prejudicadas as de números 198, 199 e 200.

Em face da aprovação da Emenda nº 186-A, ficaram PREJUDICADAS AS DE Nºs 198, 199 e 200.

EMENDA Nº 201 (ao Art. 1.578)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.578.

"Art. 1.578. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano, manifestado perante o juiz e devidamente homologada pelo juiz.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, inclusive no direito de visita."

Justificação

O texto proposto inclui a disposição do art. 34, § 2º, da Lei do Divórcio. A referência ao direito de visita é recolhido do art. 151 do Projeto Orlando Gomes e deve ser entendido como o direito dos pais ver, visitar e receber os filhos nas condições determinadas pelo juiz. (art. 151).

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda pretende a inclusão de um parágrafo ao artigo 1.578 que dispõe sobre a separação judicial por mútuo consentimento.

O parágrafo, cujo texto já compõe a lei do divórcio — art. 34, § 2º — com o pequeno acréscimo final, excetuado ele, é cópia fiel do art. 232 do Código Civil Francês e merece ter aprovada a sua inclusão.

É certo que a separação judicial consensual exige partes capazes e que, através a livre manifestação das suas vontades, dispõem, em regra, do que melhor atende aos seus interesses e dos filhos do casal nas cláusulas que a compõem.

Daí poderia resultar a conclusão que se afigura lógica de que a interferência do juiz nos termos da livre convenção, poderá configurar simples arbítrio e verdadeiro veto ao pedido de separação.

O texto proposto não contém inovação, pois ainda antes da lei do divórcio, que o consagrou, eram possíveis exigências dos juizes para que esclarecidas fossem cláusulas obscuras, de sentido duvidoso, omissas ou que contivessem evidente prejuízo para uma das partes ou para os filhos do casal.

Não lhes era defeso, então, recusar a homologação do desquite amigável, como a própria recusa poderia resultar do Tribu

nal, ao qual era o feito remetido obrigatoriamente. (Cfr. entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, relator Des. Souza Carneiro, in Coleção de Jurisprudência do Código Civil — 1950).

As partes nem sempre têm o mesmo nível cultural, a mesma capacidade de discernimento ou a tranquilidade necessária para, em ocasiões como tais, examinar as cláusulas que integram o seu pedido de separação e decidir do acerto e da conveniência das mesmas.

Cabe ao juiz, agora e como antes já lhe era permitido, não apenas alertar aquele cônjuge que, sem recursos, aceita o recebimento de simbólica pensão, ou se excede na oferta ao outro, que, na partilha dos bens, recolhe parte substancialmente inferior ao do outro e sem razão plausível, que é prejudicado com relação à guarda dos filhos ou à sua visitação, mas impedir que se consuma o seu prejuízo se reiterado o seu propósito. Vale invocar o art. 1778, do Código Português, no mesmo sentido.

A decisão não será, obviamente, arbitrária, pois não pode deixar de ser fundamentada, de sorte a ensejar recurso das partes, se assim entenderem.

Nos juizes de família proliferam as ações de modificação de cláusula justamente porque o tardio arrependimento de uma das partes nelas busca o remédio para sua precipitação, nem sempre logrando êxito, este por vezes impossível de ser conseguido, quando se trata de uma partilha de bens.

Parece dispensável, no entanto, a inclusão da expressão final: inclusive no direito de visita e recolhida do projeto Orlando Gomes.

A expressão já está embutida no texto ao se referir ao interesse dos filhos e dos cônjuges e deve sugerir aos menos avisados a obrigatoriedade da inclusão do regime de visitas.

Não se trata, porém, de cláusula obrigatória, senão facultativa, eis que entre os deveres dos pais avulta o de visitar os filhos, assim como destes o de receberem a visita dos pais.

Dai, a seguinte subemenda:

"Art. 1578. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de dois anos.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos incapazes ou de um dos cônjuges."

Vale conhecida a impugnação do Professor Couto e

Silva:

Justificação

"A emenda visa a acrescentar um parágrafo único ao art. 1.578, que trata da separação judicial por mútuo consentimento. O parágrafo único concede ao juiz o poder de recusar a homologação da separação se entender que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, inclusive o direito de visitas. Observe-se, porém, que, no caso, se trata de separação por mútuo consentimento, matéria em que as partes são soberanas. E, por outro lado, as estipulações a respeito do direito de visitas não produzem coisa julgada, podendo haver modificações. Ora, se os próprios interessados regularam de uma certa forma esse direito não parece oportuno que o

juiz se negue a homologar o acordo, sob o argumento de que esses direitos não estariam sendo preservados, e não se prova que tenha havido qualquer vício da vontade, o que ensejaria uma solução diversa. Se fosse de atribuir esse poder ao juiz, muitas separações por mútuo consentimento não seriam homologadas ainda quando as partes estivessem de acordo, sob o fundamento de que certos direitos não estariam suficientemente preservados, o que não parece conveniente."

Não há, outrossim, razão para reduzir o prazo atual,

de dois anos.

Pela aprovação nos termos da subemenda.

EMENDA Nº 202 (ao Art. 1.579, caput)

Autor: Senador José Fragelli

"Redigir como se segue o caput do art. 1.579:

"A sentença de desquite autoriza a separação de corpos e a partilha dos bens comuns."

Justificação

São estes os efeitos que convém, a propósito, registrar. Não é certo que a sentença importe na separação de corpos e menos ainda na partilha de bens, esta, não raro, deixada para depois. Ela as autoriza, o que é diverso.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim válida colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

A emenda pretende a alteração da expressão separação judicial pela palavra desquite, o que já foi repellido.

Pretende, ainda, acrescentar a palavra comuns após partilha dos bens e, neste passo, não merece acolhida.

Os bens partilhados só poderão ser os comuns, posto que aqueles reservados ou pertencentes a cada um dos cônjuges não poderão ser levados à partilha.

Correta, por fim, a sugestão no sentido de ser modificada a palavra importa por autoriza.

O Código Civil, em seu art. 322, assim já dispõe:

"A sentença do desquite autoriza a separação dos cônjuges ..."

Ora, a sentença do desquite não importa na partilha dos bens que, até por conveniência dos cônjuges, pode ser deixada para fase posterior, o que é expressamente autorizado, na separação judicial por mútuo consentimento, pelo Código de Processo Civil (art. 1.121, parágrafo único).

E proposta, assim, a seguinte subemenda:

"A sentença de separação judicial autoriza a separação de corpos e a partilha dos bens."

PELA APROVAÇÃO COM SUBEMENDA

E igualmente o parecer do Professor Couto e Sil

va:

"A redação proposta para o "caput" do art. 1.579 substitui o termo "separação" por "desquite", e acrescenta o termo "comum" de "partilha de bens". Quanto à primeira proposição, não foi ela aceita; e a segunda carece de sentido, pois quanto somente os bens comuns é que podem ser partilhados."

EMENDA Nº 203 (ao Art. 1.580, caput)
Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir, no art. 1.580, caput, a expressão "como se o casamento fosse dissolvido".

Justificação

Os efeitos enunciados pelo caput do artigo não guardam relação de tipicidade com a dissolução do casamento. O acréscimo constitutivo da expressão impugnada é, portanto, perfeitamente dispensável.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

A separação judicial põe termo à sociedade conjugal, só se dissolvendo o casamento com o divórcio.

Os deveres do casamento, todos eles, não subsistem com a decretação da separação judicial.

Entre o divórcio e a separação judicial apenas uma diferença é de ser considerada, a de que no primeiro se permite um novo casamento.

A expressão que se quer retirar e que já continha o Código Civil (art. 322) guarda típica relação com a dissolução do casamento, pois seus efeitos, com relação aos deveres do casamento, são comuns.

Impõe-se, no entanto, se substitua, no parágrafo único do artigo 1.580 a palavra procedimento por "pedido de".

De fato, procedimento é a marcha dos atos do juízo coordenados sob formas e ritos, para que, atinjam os fins compositivos do processo, como leciona FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual, Civil - vol. I - pág. 31 - 3ª ed.).

O parágrafo único deve ser assim redigido:

O pedido de separação judicial caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador ou ascendente."

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA E APROVAÇÃO DA SUBEMENDA AO § ÚNICO DO ART. 1.580

Pela rejeição da emenda também se manifesta o Professor Couto e Silva.

Justificação

A emenda exclui a expressão constante no art. 1.580, "caput", em seu final, "como se o casamento fosse dissolvido". O art. 1.580

cuida dos efeitos da separação, que é menos do que o divórcio; é uma fase intermediária, sem a qual o divórcio, via de regra, não pode ser decretado. É preciso estabelecer quais são os efeitos que decorrem da separação; e é necessário esclarecer que todos os deveres resultantes do casamento, especialmente o da fidelidade, não subsistem, razão pela qual o casamento é havido como se tivesse sido dissolvido. Na verdade, a dissolução só ocorrerá com o divórcio; mas, com a separação, se extinguem, praticamente, todos os efeitos do casamento, exceto um, o relativo ao impedimento de contrair novo matrimônio, pois este último depende da decretação do divórcio. É necessário esclarecer a eficácia da separação. Como é tradicional em nosso direito, com a separação o casamento é considerado para que se todos os efeitos como se tivesse sido dissolvido, porquanto só lhe falta o último e definitivo efeito, o desfazimento do impedimento para novo casamento, dependente da sentença de divórcio."

EMENDA Nº 204 (ao Art. 1.581, caput)

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir, no art. 1.581, caput, a expressão "nos termos em que fora constituída."

Justificação

Nada há que recomende manter a exigência, que constava do art. 325 do Código Civil vigente e que a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, manteve (cf. art. 46). Ao contrário: é de toda conveniência que aos ex-casados entre si se devolva a faculdade de reconstruir em bases novas uma experiência que não deu certo.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

O Projeto mantém, no seu artigo 1.667, parágrafo único, a irrevogabilidade do regime de bens no casamento.

Nessa hipótese, a reconstituição da sociedade conjugal em outros termos que não aqueles da sua constituição, estaria se autorizando a violação do princípio da irrevogabilidade do regime de bens. O relator, entretanto, acolhe a revogabilidade, ao opinar sobre as Emendas nºs 283 e 284, pelas razões que expõe.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

1- Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 204. Pela rejeição.

Justificação: A emenda suprime a expressão "nos termos em que fora constituída", e se relaciona com o art. 1.581, que trata da circunstância de as partes terem, depois da separação, restabelecido a sociedade conjugal. Por força de não se adotar o princípio da revogabilidade dos regimes de bens, não se admite que esta possibilidade ocorra no caso de restauração da sociedade conjugal, pois, de outra forma, se teria descoberto a maneira de alterar o regime de bens."

EMENDA Nº 205 (ao Art. 1.582)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.582:

"Art. 1.582 - O cônjuge responsável pela separação judicial perde o direito de usar o nome de outro.

§ 1º - Aplica-se ainda o disposto neste artigo ao cônjuge que tiver a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 1.575.

§ 2º - Nos demais casos caberá ao cônjuge separado judicialmente optar pela conservação do nome de casado.

§ 3º - Responsável um dos cônjuges pela separação judicial, poderá o outro renunciar, a qualquer tempo, ao direito de usar o nome de casado.

Justificação

O novo Código Civil deve transpor o século XX, quando já estarão, acreditado, vencidos os últimos resquícios da pretensa superioridade masculina. Por que só as mulheres devem usar o nome do marido?

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda proposta tem relação com a emenda substitutiva apresentada às de nºs 189, 190 e 191, assim redigida:

"Art. - Em qualquer fase do processo de habilitação ou no ato da celebração do casamento, o cônjuge poderá assumir o patronímico do outro."

Além de consagrar, em mais um dispositivo, a igualdade que deve existir entre marido e mulher, a emenda retira a palavra "condenada", que se contém no Projeto, preferindo o emprego da palavra "responsável".

Afigura-se justa a substituição da palavra "condenada" por "responsável".

A palavra é contundente e se, na terminologia processual, ela traduz a situação de todo aquele vencido em uma demanda, razão não há para que ela persista no Direito de Família.

A responsabilidade reconhecida na separação judicial dará, como consequência, a condenação, entre outras, à perda do direito ao uso do nome.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2- Prefere o Professor Couto e Silva a expressão "condenado", em lugar de "responsável".

"Emenda nº 205. Pela aceitação com substitutivo.

Justificação: Nessa emenda visa-se a alterar o art. 1.582 e seus parágrafos, substituindo-se a expressão "a mulher condenada, pelo "cônjuge responsável"; no caput do mencionado artigo; e no § 3º, a expressão "condenado o marido" por "responsável um dos cônjuges". Parece-me que o substitutivo deveria ter a seguinte redação:

Art. 1.582. "O cônjuge condenado pela separação judicial perde o direito de usar o nome de outro.

§ 1º: Aplica-se ainda o disposto neste artigo ao cônjuge que tiver a iniciativa da separação judicial, com fundamento nos parágrafos primeiro e segundo do art. 1.575.

§ 2º: Nos demais casos, caberá ao cônjuge separado judicialmente optar pela conservação do nome de casado.

§ 3º: Condenado um dos cônjuges pela separação judicial, poderá o outro renunciar, a qualquer tempo, ao direito de usar o nome de casado."

EMENDA Nº 206 (ao Art. 1.582)

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir o art. 1.582 pelo seguinte teor:

"Com o desquite, restabelece-se o nome anterior da parte que o teve mudado em razão do casamento."

Justificação

O uso do sobrenome comum é sinal de união. Não se justifica mantê-lo quando o casamento

se inviabilizou, pouco importa a causa. A restituição ao estado anterior deve, pois, expressar-se também na recuperação do nome eventualmente alterado. Na hipótese de viuvez, é razoável conservar-se o nome em homenagem ao cônjuge falecido na constância do casamento. O artigo do projeto perturba as noções quando faz do nome matéria de prêmio ou castigo. Não deve, assim, prevalecer.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração desta egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

Seguindo tradição do nosso direito, já inscrita no Decreto 181, de 1.890, o direito ao uso do nome do marido só era retirado da mulher, se responsável pela separação judicial.

Assim foi disposto no Código Civil (art. 324), bem como na Lei do Divórcio (art. 17 e §§).

O Código Civil de Portugal autoriza a conservação dos apelidos do outro cônjuge após decretada a separação de pessoas e bens e, no caso de divórcio, com a autorização do ex-cônjuge ou do próprio Tribunal, em razão dos motivos invocados (art. 1.677-B).

Somente com o divórcio, na Itália, a perda do nome é automática, mas a doutrina vem admitindo a possibilidade de continuar a mulher com o nome do marido, se tal nome a distingue no comércio ou em atividades artísticas, como anotam ALFONSO e VICENZO PALLA DINO (Il divorzio - Giuffrè - p. 226).

No direito francês voltam os cônjuges ao uso dos seus nomes de solteiro, mas a mulher terá o direito de continuar usando o nome do marido nos casos em que ele requeira o divórcio com fundamento na ruptura da vida em comum ou por grave doença mental (art. 264).

Sem embargo, em qualquer outro caso, a mulher:

"... pourra conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants." (art. 264).

Também na Inglaterra não perde a mulher, com o divórcio, o direito ao uso do nome do marido:

"By custom, on marriage a wife assumes her husband's surname, if he is a peer, his title and rank.

She is entitled to retain this name after the marriage has been terminated either by death or by divorce ..." (Bromley's Family Law - 4^a ed. - p. 95)"

A Lei do Matrimônio, de 20 de fevereiro de 1946, da Alemanha, dispunha:

"§ 54. A mulher divorciada conserva o nome de família do marido."

A conservação do nome de casado, ainda nos países em que sua perda é automática com a decretação do divórcio, é autori-

zada em casos especiais a que atendam aos interesses do cônjuge ou dos filhos do casal, como se verifica em Portugal, Itália e França.

Tais interesses, que se quer protegidos, são que facultam, em nosso direito, o uso ou não do nome de casado após a separação, tal como dispõe o art. 1.582.

A emenda está, de resto, prejudicada pela de nº 205.

PELA PREJUDICIALIDADE DA EMENDA

2 - Também o Professor Couto e Silva julga prejudicada a Emenda.

EMENDA Nº 207 (ao § 1º do Art. 1.582)

Autor: Senador Álvaro Dias

"Art. único. Suprima-se o parágrafo primeiro do artigo 1.582, referente à perda de direito de usar o nome do marido pela mulher que toma a iniciativa de separação judicial, tornando opcional a continuidade do uso deste nome conjugal."

Justificação

O artigo 1.582 do Projeto de Lei 634/B de 1975, estabelece: "A mulher condenada na ação de separação judicial perde o direito a usar o nome do marido."

"§ 1º. Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo quando é da mulher a iniciativa da separação judicial, com fundamento nos §§ 1º e 2º do artigo 1.575."

Ora, o mencionado do § 1º do artigo 1.575 do Projeto do Código Civil, assim consigna: "A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição".

Tal artigo, copiando o artigo 5º e §§ da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), novamente incorre na extrema e absurda posição de punir a mulher que toma a iniciativa judicial de pleitear sua liberdade. Assim, a esposa fiel que, abandonada pelo marido há mais de cinco anos, requer em juízo a separação judicial prevista no texto legal, é apenas, não obstante inocente e honesta, com a perda do uso do nome do marido.

Data venia, tal hipótese é absurda e altamente machista, opondo uma regra unilateral, uma vez que se for o homem a requerer tal pedido de separação, não sofre ele qualquer penalidade.

E porque fixar-se uma sanção à pessoa que, diante da irreversível, impossibilidade de refazimento da vida em comum, obtém pela via judicial, sua separação legal.

A redação atual do mencionado artigo é profundamente injusta, estabelecendo como regra geral, a punição à mulher que toma iniciativa em promover a medida judicial cabível para separar-se do marido que a abandonou há mais de cinco anos.

Outro ponto que merece destaque no estudo da matéria, diz respeito à pessoa dos filhos no

nores. Estes, na maioria das vezes, são os beneficiados com a separação dos pais, vale dizer, em seu interesse é que é tomada a iniciativa judicial.

Desta forma, também quanto a este aspecto não procede o dispositivo legal, agora condenando a mulher que, com a iniciativa judicial procura o benefício dos filhos.

Sala das Comissões, 14 de setembro de 1984. — Álvaro Dias."

PARECER

A emenda não se justifica e está prejudicada pela de número 205.

O cônjuge abandonado pelo outro não invocará, se pretender a separação judicial, a regra do § 1º do art. 5º, mas o seu caput, imputando-lhe grave violação dos deveres do casamento.

Terá, como consequência, a opção pelo uso do nome do outro cônjuge.

A regra do § 1º do art. 5º é de ser invocada, por exemplo, pelo cônjuge que abandonou o lar conjugal e a ele não quer retornar, mas põe termo à anterior resistência do cônjuge sem culpa, em aceitar uma realidade que dura cinco anos.

É a ação do culpado, e daí a sanção. Por outro lado, de nada valerá manter-se um casamento que se dissolve em de fato.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA.

2 - Não diverge o professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 208 (ao § Único do Art. 1.583)
Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, no parágrafo único do art. 1.583, a expressão "imputará" por "importará".

Justificação

Trata-se com toda a certeza de um mero cochilo. Como quer que seja, a correção se impõe.

Esta emenda, que apresento por solicitação do eminente Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

Trata-se de erro de redação, devendo ser aceita a substituição proposta.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

EMENDA Nº 209 (introdução entre artigos 1.583 e 1.584)

Autor: Senador José Fragelli

"Introduzir, entre os arts. 1.583 e 1.584, a seguinte disposição:

"Art. Decorridos três anos do trânsito em julgado da sentença que decretou o desquite, poderá qualquer das partes requerer sua conversão em divórcio."

Justificação

O Projeto passa abruptamente da separação judicial ao divórcio, sem definir a natureza da mudança e sem indicar a titularidade da iniciativa. A emenda procura corrigir esses inconvenientes e estabelece com rigoroso afinamento constitucional o respectivo termo a quo.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

A emenda envolve o problema de colocação dos artigos 1.583 a 1.586, cuja ordem deve ser alterada, sem a pretendida modificação do texto dos mesmos.

O art. 1.585, que cuida da transformação da separação judicial em divórcio e das suas condições, por ser mais geral e referir-se à mudança de uma situação para outra, deverá tomar o número 1.584.

Em seguida deverá vir aquele que cuida da titularidade da iniciativa, o de número 1.586, que passaria a ter o número 1.585.

O de número 1.584, por fim, teria o número 1.586, pois ali se cuida já da decretação do divórcio.

PELA ALTERAÇÃO DA ORDEM DOS ARTIGOS CITADOS, SUBSTITUÍDA A EXPRESSÃO "TRÊS ANOS" POR "UM ANO" (CONSTITUIÇÃO, ART. 226, § 6º).

2- Dita alteração é preconizada igualmente pelo Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 210 (ao art. 1.584)

Autor: Senador José Fragelli

"Redigir como se segue o art. 1.584:

"Não se decretará o divórcio estando pendente a partilha."

Justificação

A primeira parte do artigo, tal como redigido no Projeto, é ociosa. A segunda, mal posta: exige que a sentença decida sobre a partilha, simplesmente. Ora, o mero fato de se decidir sobre,

não alcança o efeito que se deseja, isto é, a liquidação patrimonial definitiva do casamento.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrêgia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

A emenda pretende, em primeiro lugar, que ociosa a parte inicial do art. 1.584, que veda a decretação do divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial.

A disposição, no entanto, está em harmonia com o art. 1.585, do mesmo modo que o art. 31 da Lei do Divórcio está com os artigos 89 e 44 da mesma Lei, como já anotara J. Saulo Ramos (Diário do Congresso Nacional — p. 39).

De fato, o que se pretende afirmar é que nenhum efeito produzirá a sentença de separação judicial enquanto não transcrita em julgado, definitivamente.

Pendente, assim, recurso extraordinário ou agravo do indeferimento do mesmo, não será possível a conversão da separação judicial em divórcio.

Afirma-se, ainda, que mal posta a parte final do dispositivo, desde que decidir sobre a partilha não alcança o efeito que se deseja.

Na verdade, assim não é.

A partilha é a repartição dos bens e nela se declara os que pertencem a cada qual dos cônjuges.

Decidida a partilha, com sentença transitada em julgado, está definida a situação patrimonial dos ex-cônjuges, uma vez que a sentença declarou a parte de cada um, definitivamente.

A necessidade posterior de regularização dos bens, imóveis, principalmente, com o pagamento de eventuais impostos e registro imobiliário, em nada poderá alterar o que ficou definitivamente decidido, ainda que desinteressadas uma ou ambas as partes.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA.

2- Assim também opina o Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 211 (ao art. 1.585)

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir o art. 1.585 pelo de seguinte teor:

"Da sentença que converter o desquite em divórcio não constará a causa daquele."

Justificação

A redação do Projeto é dúbia quanto ao termo a quo. Para o mais que do artigo se elimina, cf. emenda nº 27.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrêgia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

A emenda proposta seria complemento da de nº 209, ambas desdobrando o art. 1.585.

Acolhida, no entanto, a alteração da colocação dos arts. 1.584 a 1.586, fica prejudicada a presente emenda.

PELA PREJUDICIALIZAÇÃO DA EMENDA.

EMENDA Nº 212 (ao art. 1.585)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Inclua-se como parágrafo único do art.

1.585:

"Art. 1.585

Parágrafo único. Quando a separação de fato houver sido anterior a 28 de junho de 1977 e tiverem decorridos cinco anos sem reconciliação, a decretação do divórcio independe de prévia separação judicial.

Justificação

É possível que tal disposição devesse figurar entre as do Livro Complementar, arts. 2.034 e seguintes. Mas, embora se esgote provavelmente em breve tempo, inclusive por uma previsão do texto constitucional que instituiu o divórcio, a hipótese merece figurar no futuro Código Civil.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro."

PARECER (Revisto)

A emenda deve figurar, como sugere seu autor, no Livro Complementar, pena de se ter, no Direito de Família e dentro de breve espaço de tempo, disposição inútil. Mas é de esperar que o constituinte torne possível o divórcio direto após cinco anos de separação de fato, sem referência à data da Emenda nº 9. O Código português considera fundamento do divórcio litigioso "a separação de fato por seis anos consecutivos" (art. 1.781, al. 1.ª). Pela remessa ao relator do livro complementar.

Nota de Revisão — Face ao art. 226, § 6º, da Constituição, a Emenda deve ser aceita, com a seguinte redação: — "O divórcio será também decretado se os cônjuges estiverem comprovadamente separados de fato por mais de dois anos ininterruptos.

EMENDA Nº 213 (ao art. 1.588, caput) Autor: Senador José Fragelli

"Substituir o caput do art. 1.588 pela seguinte disposição:

"Decretado o desquite e não havendo entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la."

Justificação

A sugestão afasta o critério da atribuição com base na culpa, que, de resto, não mais se apurará (cf. emenda nº 18) e estabelece como idêntica-norte o interesse dos filhos ou Kindeswohl, na linha da melhor doutrina moderna.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli."

PARECER

Não é possível abolir a idéia de culpa, ou responsabilidade, de uma das partes na separação judicial e, com isso, ignorar a inocência da outra.

Em termos de guarda de filho menor deve ele, em princípio, ficar com o cônjuge que não houver dado causa à separação ou inocente, seguindo-se a lição de CLOVIS BEVILÁQUA:

"Sendo um dos cônjuges inocente, é de justiça que se lhe confie a guarda dos filhos comuns, pois ele soube observar, com dignidade, os deveres que lhe impunha a lei do matrimônio, que o outro infringiu." (Código Civil - vol. 2 - p.289)

A emenda que se propõe encontra, de resto, correspondência com a regra do art. 1.590 que permite ao juiz regular a situação do menor da maneira que for mais conveniente a este e em qualquer caso.

PELA PREJUDICIALIDADE DA EMENDA

EMENDA Nº 214 (ao art. 1.588)

Autor: Senador José Fragelli

"Eliminar o § 1º do art. 1.588 e fazer único o respectivo § 2º, com a seguinte redação:

"Verificado que não devem os filhos permanecer em poder do pai ou da mãe, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, preferentemente da família de qualquer dos cônjuges."

Justificação

Ao contrário do Projeto, admite-se desde logo, que a guarda possa ser deferida a estranho.

Dê-se preferência a parente, mas a atribuição a estranho não chega a ter o caráter marcadamente excepcional do art. 1.590. Quanto ao direito de visita, já está garantido alhures, não havendo, portanto, necessidade de reiterá-lo.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli."

PARECER

A emenda propõe, em primeiro lugar, a exclusão do § 1º do art. 1.588 que, em caso de culpa de ambos os cônjuges, concede à mulher o privilégio de deter a guarda dos filhos menores e de que tal não resulte em prejuízo para os mesmos.

Ninguém recusaria tal privilégio à mulher, em se tratando de criança menor de 7 anos de idade ou em fase de amamentação e por motivos que, por óbvios, dispensam comentários. (Cfr. Edgard de Moura Bittencourt, Guarda de Filhos, nº 63-A, pág. 46).

Se ela, no entanto, não fizer jus a esse privilégio, ele pode não lhe ser concedido, como está expresso no dispositivo. (Na França, refere Carbonnier, em 84% dos casos os filhos são confiados à guarda materna - Droit Civil, 2, nº 75, pág. 232).

A guarda a pessoa notoriamente idônea encontra-se prevista no art. 1.590 e não se trata, como pretende a justificação, de medida excepcional, pois este dispositivo com que se sobrepõe aos demais a visa, precipuamente, o bem dos filhos.

A guarda do menor, por pessoa da família ou notoriamente idônea mas que não é parente, se ambas em igualdade de condições, deve ser atribuída à primeira, pelos naturais laços de afetividade que unem os parentes.

A guarda por pessoa notoriamente idônea é a opção derradeira à falta de quem, pais ou familiares, tenha condições de se incumbir da guarda do menor, não ficando descartada a possibilidade de internação em estabelecimento educacional.

O direito de visita está garantido pelo art. 1.593, em qualquer hipótese, justificando-se a exclusão da parte final do § 2º, que deverá ter a seguinte redação:

"Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, ainda que não mantenha relações sociais com o outro".

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA E APROVAÇÃO DA SUBEMENDA.

2- O Professor Couto e Silva é pela rejeição da Emenda.

EMENDA Nº 215 (ao art. 1.589)

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o art. 1.589.

Justificação

A disposição impugnada privilegia a mãe, relativamente ao pai, no deferimento da guarda. Re

flete uma visão patriarcal da família. em cujos quadros a educação constitui essencialmente um em cargo da mulher. É orientação hoje amplamente con testada. Opõem-se-lhe mesmo achados da Psicologia Experimental. Deve ceder o passo ao princípio maior e único que em boa doutrina preside à atribuição da guarda. Isto é, o bem estar do menor: cf. Vilela, João Baptista. O Outro Lado de Kramer vs. Kramer: A Falência da Justiça da Família. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 4 de maio de 1980, (Cad) Especial, p. 4.

Esta emenda, que apresento por solici ta ção do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Di reito da Universidade Federal de Minas Gerais, cons tituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

Não se trata de conceder privilégio à mulher, se não à própria criança que, em razão da tenra idade, não tem melhor agasalho que o regaço materno.

O renomado VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA afirma, em pala vras candentes:

"O papel do homem na propagação da espê cie é secundário, o da mulher, primacial. Fisiolo gicamente a paternidade é, e socialmente pode ser, para o homem um episódio; para a mulher, a materni dade é um acontecimento — o maior da sua vida.

Criar o filho é função que a natureza im põe à mulher porque é mãe, e neste particular a lei coloca no mesmo pé de igualdade a mãe natural e a legítima. Os seus direitos sobre os filhos de veriam ser maiores que os do pai." (Direito de Fa mília — 2ª ed. — p. 421)

Até certa idade não há como se recusar que a pre sença materna junto à criança é muito mais importante e necessária do que a do pai.

Em igualdade de condições, portanto, não se pode deixar de levar em conta a idade do menor para atribuir à sua guarda à mãe e desde que não se pode deferi-la a ambos os pais.

É uma preferência de ordem prática e ditada pelo interesse do menor, não um privilégio da mulher.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA.

2- Assim o Professor Couto Silva justifica a rejei ção dessa Emenda:

Emenda nº 215. Pela rejeição.

Justificação: Não se cuida de privi lé giar a mãe em relação ao pai em matéria de filia ção. Sucede que em todo o mundo, e o Brasil não é exceção, tem a mãe um certo privilégio, resul tan te, decerto, da moderna psicologia, que sustenta dever, a criança até certa idade ficar, preferente mente, com a mãe. Não seria curial pretender aqui

aplicar a regra da igualdade, igualdade formal, não atendendo à circunstância de que, para a crian ça, a mãe exerce uma função indelegável e insubsti tuível, pelo menos até certa idade; por isso, para ce da mais alta conveniência a manutenção do art. 1.589, na sua redação, porquanto o juiz, no caso de homologação, ou de simples decretação de separa ção de corpos, medida cautelar, deve examinar as circunstâncias em que vivem os cônjuges e até mes mo suas famílias. Havendo uma certa equivalência de situação, deferirá a guarda à mulher. É necessá rio fazer uma opção, uma vez que não é possível atribuí-la a ambos os pais. O artigo tem a sua ra zão prática e a emenda deve ser rejeitada.

EMENDA Nº 216 (Ao art. 1.592)

Autor: Senador JOSÉ FRAGELLI

"Excluir do Art. 1.592 a expressão "qualquer deles".

Justificação

A proposição refere-se disjuntivamente ao pai ou à mãe. Portanto, a hipótese de que os filhos não se jam tratados convenientemente liga-se também a um ou a outra, e não a qualquer deles promiscuamente. Tal como está redigido o artigo, legitimar-se-ia a retirada dos filhos ao pai, quando a mãe não os tratasse bem, e vice-versa, o que é francamente absurdo.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa cola boração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — Jo sé Fragelli."

PARECER

O pai ou a mãe que detém a guarda do filho menor, ao se casar de novo, não perde esse direito, salvo se não o tratar convenientemente.

A proposta visa a exclusão da expressão "qualquer deles", contida no art. 1.592, pois a mesma pode sugerir que aquele que não de têm a guarda estaria sujeito, também à perda do direito que não tem.

A expressão, no entanto, não pode merecer a interpreta ção desejada na justificação da emenda.

"Qualquer deles" se refere ao pai ou a mãe que detém a guarda do menor.

Adavia, a parte final do dispositivo parece ociosa.

A sentença, ou acordo por ela homologado, que autoriza a guarda do filho, pelo pai ou pela mãe, é suscetível de alteração.

Dessa forma, se a guarda do menor não revela conveniê n cia para o mesmo ou lhe é, até, prejudicial, o direito daquele que a de têm pode ser retirado e determinar, ainda, a suspensão ou perda do pá trio poder.

Regula-se, a qualquer tempo e no interesse do menor, a sua situação, como reza o art. 1.590.

Dá ser proposta a seguinte suhemenda:

"O art. 1.592 passa a ter a seguinte redação:

Art. 1.592 - O pai ou a mãe, que contrair novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos."

PELA APROVAÇÃO DA SUBEMENDA.

da Emenda.

O Professor Couto e Silva sugere simplesmente a rejeição

"Emenda nº 216. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa suprimir a expressão "qualquer deles" constante do art. 1.590. Dá-se na justificação uma interpretação que não se ajusta à espécie. "Qualquer deles" está no artigo como alusão tanto ao pai quanto à mãe, não se podendo deduzir ou interpretar da maneira como se fez na justificação."

EMENDA Nº 217 (Ao art. 1.593)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.593:

"Art. 1.593 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, terão direito de vê-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo Único - O juiz fixará o regime de visitas e responderá disciplinarmente pelos excessos que praticar em detrimento injustificável do direito de um dos pais."

Justificação

Na matéria tão delicada, porque diz respeito à necessidade da convivência dos filhos com os pais, o uso exagerado de arbítrio do juiz, em favor de um e em prejuízo do outro, deve exigir punição disciplinar.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda visa a aplicação de medida de natureza disciplinar contra o juiz que, na fixação do regime de visitas, se exceder com seus atos em detrimento injustificável de uma das partes.

Os excessos injustificáveis do juiz, seja nesta matéria, como em qualquer outra, podem merecer as penalidades previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional que, no seu Título III, cuida da disciplina Judiciária e, nos arts. 40 a 49, determina as penalidades de natureza disciplinar e a responsabilidade civil do magistrado.

Os Códigos de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados também cuidam da aplicação de penalidades ao juiz. A emenda não cabe, de resto, no Código Civil. Infelizmente, os abusos às vezes praticados conseguem, no máximo, a revisão das decisões.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

Outra não é a opinião de Couto e Silva.

EMENDA Nº 218 (Ao art. 1.593)

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Dá-se ao artigo 1.593 a seguinte redação:

"Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com os pais, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

Justificação

Aqui se abstraiu o acordo entre as partes, da constância que não pode ficar pretensamente subsumida na redação do artigo, tendo em vista os relevantes interesses das partes e dos filhos; seja na separação consensual ou em acordo de guarda de filhos havidos ou não na constância da sociedade conjugal.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984. - Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

O regime de visitas aos filhos tanto pode ser imposto pelo juiz, como acordado pelas partes, o que é frequente nas separações consensuais.

Impõe-se, portanto, a aceitação da emenda, desde que o dispositivo omitiu o acordo das partes, limitando-se a referir à fixação das visitas pelo juiz.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

Igualmente favorável é a manifestação do Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 219 (Ao art. 1.593)

Autor: Senador José Fragelli

"Redigir como se segue o art. 1.593:

"Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que houver sido acordado ou, à falta de acordo, segundo o que houver fixado o juiz, bem como acompanhar-lhes o sustento e a educação."

Justificação

A fonte primária para as condições de exercício do direito de visita é o acordo dos que detêm o pátrio poder. Só em falta de consenso é que o juiz intervirá. É fundamental que a lei observe essa gradação. De outra parte, se aquele dos pais que não tem a guarda, fosse dado o direito de fiscalizar a "manutenção e educação" dos menores, estar-lhe-iam sendo assegurados poderes em certo sentido superiores ao de quem mantém e educa, frequentemente o outro genitor, o que é tanto mais estranho quanto é certo que este último tem a guarda precisa - mente por ter sido considerado mais apto ao exercício dos atributos que ela envolve. Ademais, a fiscalização importaria, não raro, em conflitos com o titular da guarda e estabelecerá, com certeza, clima permanente de tensão, com inevitáveis e prejudiciais repercussões sobre os menores. Fiscalizar é termo, aqui, decididamente infeliz. A substituição proposta, salvo melhor juízo, aprimora o texto. Finalmente, com sustento em lugar de manutenção, evita-se o eco, sem sacrifício do peso semântico.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

Pelas razões expostas no parecer anterior, deve ser aceita a presente Emenda.

Pela aprovação

EMENDA Nº 220 (Ao art. 1.594)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Inclua-se como art. 1.594, renumerando-se os demais.

"Na fixação de visitas, o juiz levará em consideração o interesse dos avós em manter com os netos os laços de parentesco e amizade."

Justificação

Os avós são responsáveis pela prestação de alimentos aos netos, na falta ou impossibilidade dos pais. No entanto, no dissídio conjugal dos pais, sofrem os avós dificuldades, às vezes insuperáveis, de conviver com os netos. A lei deve assegurar-lhes esse direito, próprio de visitar e ser visitado pelos netos, fortalecendo assim os laços de parentesco e amizade. A presente emenda resulta de minha longa vivência nos juízos de Família.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro."

PARECER

A justificação à emenda impõe, por si só, a sua aceitação. Resulta de mais de 50 anos de militância nas Varas de Família.

Além das diversas obrigações impostas aos avós com relação aos seus netos e herdeiros necessários, avulta, sem dúvida alguma, o lado afetivo.

Como escreveu MOURA BITTENCOURT:

"A afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice."
(Guarda de filhos — p. 107)

São laços de afetividade e amizade que não podem ser cortados pela intransigência daquele que ficou com a guarda do filho.

O direito de visitas recíprocas deve ser assegurado pelo legislador, de sorte a evitar a ruptura desses laços e o sofrimento daquelas a quem só se concedem deveres.

— "Uma jurisprudência reiterada há reconhecido o direito de visita aos avós — escreve Guilherme A. Borda. A solução é humana e respeita sentimentos e vínculo tão fortes como são os existentes entre ascendentes e descendentes" Tratado de Direito Civil Argentino, Família pag. 382).

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

Assim não pensa o Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 220. Pela Rejeição.

Justificação: Nesta emenda pretende-se um novo artigo em que se afirma: "Na fixação de visitas, o juiz levará em consideração o interesse dos avós em manter com os netos laços de parentesco e amizade". É óbvio que ao fixar o direito de visitas, os avós não deixem de ser considerados, porquanto integrantes da família. Todavia, o interesse que sobreleva é o dos pais; estes, sim, são os titulares do pátrio-poder. E os avós, ao adotar-se essa disposição, teriam legitimação para intervir, inclusive, no direito de visitas dos pais, o que não é admissível."

EMENDA Nº 221 (Ao Título I e Subtítulo II)

Autor: Senador José Fragelli

"A acrescentar, no Título I, à designação do Subtítulo II a expressão "e da afinidade".

Justificação

A emenda visa a conformar o nome com o conteúdo do Subtítulo, que, na verdade, cuida também da afinidade. Contribui-se, desse modo, para não reforçar o equívoco de que os afins sejam também parentes e a idéia de um parentesco por afinidade, incompatível com o sistema do projeto, como já o é do Código em vigor.

Esta emenda, que apresenta por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

O Subtítulo II, do Título I é designado pela expressão "Das relações de parentesco".

Cuida o mesmo, no entanto, da afinidade, nos artigos nºs 1.593 e 1.660.

O acréscimo proposto contribui, assim e como está na justificação da emenda, para não reforçar o equívoco de que os afins são parentes, como pode sugerir a redação original.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

EMENDA Nº 222 (Ao Art. 1.597)

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, no art. 1.597, "procede" por "proceda".

Justificação

Ou bem se dirá "segundo proceda" e "conforme resulte", ou "segundo proceda" e "conforme resulte". Como se trata de juízo hipotético, melhor será a segunda opção.

Esta emenda que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

A emenda propõe alteração na redação do dispositivo e evidentemente mais adequada, como esclarece a sua justificação.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDAEMENDA Nº 223 (Ao Capítulo II, Subtítulo II)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Substitua-se, no Livro IV, Subtítulo, Capítulo II, as expressões "Da filiação legítima" por "Dos filhos havidos no casamento".

Justificação

O novo Código Civil não pode conservar a distinção entre os filhos, punindo-os com a discriminação que os tempos tornaram odiosa.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

PARECER

O propósito da emenda é abolir o conceito legal da legitimidade e da ilegitimidade dos filhos, adotando uma concepção unitária.

É a tendência do moderno direito que, rompendo as tradições jurídicas conservadoras, evita a distinção que ainda persiste em alguns Códigos.

O Código Suíço não faz a distinção referindo, em seus artigos 256 a e 256 b, ao filho "... conçu pendant le mariage" e "... conçu avant le mariage ou pendant la suspension de la vie commune".

Da igual modo o Código Civil de Portugal que, no Título III "Da filiação", cuida dos filhos "... concebido na constância — do matrimônio (art. 1.810º)", "... concebidos antes do casamento (art. 1.828º)", "... concebidos depois de finda a coabitação (art. 1.829º)" e, "do reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimônio (art. 1.847º)", em passo algum se referindo a filho legítimo ou ilegítimo.

Tal concepção unitária, adotada pelo Código português, foi trazida pela reforma de 1977 e justificada por F. BRANDÃO FERREIRA PINTO com palavras que vale transcrever:

"A concepção dualista anterior assentava na predominância da filiação legítima, baseada no casamento que se caracterizava por dois traços fundamentais: não haver filhos legítimos sem casamento e este dar à presunção pater is est quem nuptiae demonstrant em relação ao marido da mãe.

Querendo-se proteger a filiação em função do casamento para se protegerem simultaneamente os filhos e o matrimônio, esquecia-se que muitas vezes se alcançavam soluções falsas, uma vez que o marido da mãe podia gabiamente não ser o pai e ineficazes com a cada vez mais "facilitada separação dos cônjuges pelo divórcio e a conseqüente falta de amparo familiar dos filhos. Separados os pais, pouco ou nada difere, no aspecto de proteção, a situação dos filhos nascidos de progenitores casados entre si ou que o não sejam.

A actual concepção unitária preocupa-se essencialmente com a igualdade e com a verdade.

Todos os filhos são iguais, tanto os nascidos de pais casados ou que posteriormente se casaram um com o outro, como os nascidos de pais que não estão, nem nunca vêm a estar, ligados entre si pelo matrimônio; procura-se a filiação verdadeira, real, biológica, preferentemente à filiação fictícia de que por vezes se abusava no sistema jurídico anterior."

(Filiação natural — Livraria Almedina, 1983 pg. 35/36).

Em 1979, na Inglaterra, como se vê no "Annual Survey of Family Law — 1982", da "Internacional Society on Family Law", a Law Commission:

"... recommended the total abolition of illegitimacy as a legal concept and the consequent assimilation of the rights of the illegitimate child and his father to those of legitimate children and their parents (Family Law: illegitimacy, Working Paper nº 74)."

Preciso é que se retire da lei a distinção odiosa pois, como observa CÂIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"As vezes, a repulsa que fere os filhos ilegítimos existe mais na lei que nos costumes, acontecendo mesmo que os parentes procurem desfazer pela afeição o que a lei friamente sanciona..."

(Do reconhecimento da paternidade e seus efeitos, pg. 202).

O Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados ainda mantém a cruel e injusta distinção entre filhos legítimos, legitimados, naturais, adulterinos e incestuosos, esquecidos de que cumpre dotar o País de legislação que para perdurar pelos próximos decênios, projetando-se sobre o Século XXI, necessita superar os preconceitos, alguns dos quais já estigmatizados na elaboração do Código vigente, e todos, ou quase todos, abandonados pelas legislações modernas.

A luta pelo reconhecimento dos filhos de qualquer natureza tem vencido etapas importantes, e altas vozes em sua defesa, neste quase um século decorrido, por ela se fizeram ouvir, desde Clóvis Beviláqua, no profligar o texto do art. 358, quando da elaboração do estatuto civil em vigor, proclamando que nem o projeto primitivo nem o revisado acolhiam tal disposição, menos liberal que a legislação filipina, escrevia o mestre: — "Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela. A indignidade está no fato do incesto ou do adultério, e a lei procede como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas" (Comentários, II, art. 358). Lembra ainda Clóvis que o Código colocava o espúrio (adulterino e incestuoso) à margem da lei, feria os direitos fundamentais do homem, declarados na Constituição e na Carta das Nações Unidas. Seria longo recordar a evolução do Direito Brasileiro, destruin-

do não só o art. 358, mas igualmente o art. 405, o último dos quais o Projeto ainda inclui, ao se referir aos incestuosos (art. 1.631). Vale recordar, nesse passo, o Decreto-lei nº 3.200, de 19.4.19, o art. 126 da Carta Constitucional de 1937, o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 e a Lei nº 7.250, de 1984. E de justiça referir ainda o Projeto de Lei nº 268, de 1980, de autoria do saudoso Senador Adalberto Sena, aprovado unanimemente pela Comissão de Constituição e Justiça desta Casa. (Nelson Carneiro, Palavras, levas-se o vento..., vol. VIII, págs. 216/222).

Mas, ao lado do clamor da doutrina, que muito contribuiu para essa evolução, justo será que se destaque a jurisprudência dos tribunais, atenta à necessidade de superar os obstáculos que ainda se opõem ao reconhecimento de todos os filhos, afastando injustas discriminações.

Ainda que, em alguns de seus dispositivos, o Projeto incorpore os resultados do novo enfoque, certo é que se faz necessário uma alteração substancial em todos os capítulos referentes à filiação.

A malograda Emenda Constitucional oferecida pela Presidente João Figueiredo ao exame do Congresso Nacional, e retirada antes da votação, assim redigia o art. 175 da atual Carta Constitucional, em minhando um passo em favor da equiparação legal de todos os filhos: "Os valores da família serão salvaguardados com a proteção dos Poderes Públicos. Os pais são obrigados a manter e educar os filhos, ainda que nascidos fora do casamento. A lei proverá no sentido de que, na falta ou incapacidade dos pais, os filhos menores recebam assistência social".

Em erudita monografia Pedro Mauro Cabral pesquisa a evolução do Direito de Família, em matéria de filiação, em várias legislações modernas. Estuda inicialmente as legislações russa, polonesa, chinesa e cubana, para assinalar que nas quatro últimas os filhos nascidos fora do casamento têm os mesmos direitos dos nascidos do casamento. Refere a seguir o mestre brasileiro a legislação vigente na Escandinávia, para destacar como grande novidade na dinamização "a perquirição da paternidade dos filhos nascidos fora do casamento", que passa a ser "uma direta preocupação do Estado". E informa: - "Já antes do nascimento da criança, a mãe tem o direito de solicitar que uma ação seja intentada contra o homem que ela designa como sendo o pai de seu filho. Mas, não é só. O médico ou a parteira que assistem ao nascimento da criança nascida fora do matrimônio deverão, dentro de quinze dias, fazer um relatório a respeito ao Instituto de Assistência Maternal. Reunidos todos os elementos possíveis, a mãe é convocada a, dentro de um mês, indicar quem é ou pode ser o pai da criança. O caso então é entregue ao Comissariado da Polícia, que convoca o indigitado pai. Se este assume a paternidade, o assunto se encerra. Quando não, o caso é entregue à justiça, para apreciação e decisão final". Também na Finlândia funcionam escritórios de bem-estar social, que "tomam a si as sindicâncias para a determinação da paternidade, se não há o reconhecimento. E todos os filhos têm a mesma posição". O mesmo ocorre na Noruega. Na Suécia, desde 1917, os suecos substituíram a expressão illegitimate por children born out wedlock. E desde 1970, não há distinção sobre direitos de filhos à sucessão (Cfr. Paternidade Illegítima e Filiação, Ed. Saraiva, 1983, págs. 15 a 22). No Direito português, a averiguação oficiosa tanto pode ser da paternidade (art. 1.808º, a 1.813º), como da paternidade (art. 1.864º a 1.866º), assegurado à mãe o direito de intervir como assistente. Abílio Neto e Herlander Martins, Código Civil Anotado, 5ª Ed., 1984, pág. 1.015, notas 2 e 3. Também o § 1.723 do BGB, da Alemanha Ocidental, "a pedido do pai, um filho ilegítimo pode ser declarado legítimo pelo Tribunal de Tutelas, toda vez que a declaração de legitimidade corresponda ao bem do filho e nenhum motivo sério a isso se oponha". E o filho ilegítimo pode ser declarado legítimo, nos termos do § 1.740 do BGB, se os pais estiverem noivos, e o casamento não se realizasse por morte de um deles. Ajunta ainda Pedro Manso Cabral que "a declaração de legitimidade deve ser recusada, desde que não corresponda ao interesse do filho" (ob. cit., pag. 23, nota 13). A lei italiana de 19 de maio de 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia) procurou adaptar o Código de 1942 às exigências da evolução do Direito de Família, sem riscar, entretanto, a distinção entre filho legítimo e natural. Já a lei francesa de 3 de janeiro de 1972 incluiu no Código Civil dispositivos reguladores da filiação legítima, legitimada (pelo casamento dos pais ou por autoridade da justiça) e natural (arts. 312 a 314-8). O reconhecimento do filho natural será feito por ato autêntico, quando não o haja sido no ato do

nascimento (art. 335). E o art. 334 declara que "o filho natural tem em regra os mesmos direitos e os mesmos deveres dos filhos legítimos em relação a seu pai e sua mãe. Ele entra na família de seu autor". Jacques Massip, Georges Morin e Jean-luc Aubert comentam: - "Esta dupla regra - assimilação ao filho legítimo, entrada na família - constitui uma mudança radical face ao direito anterior, inteiramente dominado pela inferioridade do estatuto do filho natural e o princípio de sua exclusão da família. Ensinava-se que o instituto da filiação natural não criava laço jurídico senão no primeiro grau, entre o filho e seu pai e sua mãe. O filho natural não tinha juridicamente nem avós, nem tios, nem tias, nem primos. Quando muito irmãos e irmãs, desde que fossem, como ele, naturais. Era um filho sem família" (La réforme de la filiation, 2a., ed., 1973, pág. 73). Antes já haviam assinalado aqueles mestres que a reforma visava atender "a um dever de consciência à vista dos filhos inocentes e de dar seu pleno efeito a nossos princípios constitucionais, segundo os quais os homens nascem iguais em direitos. Convinha colocar nossa legislação civil em harmonia com as recomendações da O.N.U.", que prescreve "toda discriminação fundada sobre o nascimento, sobre a raça ou sobre a religião" (*idem*, pág. 18).

A Lei nº 11, de 1981, também modificara, no Código Civil espanhol, todo o Título V (De la paternidad y filiación), e assim afirmava em seu art. 108: - "A filiação pode ter lugar por natureza ou por adoção. A filiação por natureza pode ser matrimonial e não matrimonial. É matrimonial quando o pai e a mãe estão casados entre si. A filiação matrimonial, assim como a adotiva plena, surtem os mesmos efeitos, conforme as disposições deste Código".

Na introdução ao Código Civil suíço, editada por Chapalay & Motier S.A., 3ª edição, 1983, Gilles Petitpierre, professor da Universidade de Geneve, destaca: - "O livro segundo, Direito da Família, envolveu mais depressa em razão da evolução rápida dos costumes e das relações familiares. A adoção (arts. 264 e seguintes) desde 19 de abril de 1973, a filiação (artigos 252 a 277) desde 19 de janeiro de 1978 são objetos de novas regras que asseguram praticamente a igualdade do direito de todos os filhos, sejam nascidos no casamento, fora do casamento ou que tenham sido adotados. Ela instaura uma melhor proteção dos menores contra os abusos daqueles que exercem autoridade sobre eles. A igualdade dos pais está inscrita quando da modificação de 1978". Convém reproduzir, como síntese, o art. 252: - "1. Em relação à mãe, a filiação resulta do nascimento. 2. Em relação ao pai, ela é estabelecida por seu casamento com a mãe, por reconhecimento ou por decisão judicial. 3. A filiação resulta além do mais da adoção". O título VII, divide-se em três capítulos: - Disposições Gerais (arts. 252 a 254), Da paternidade do marido (arts. 255 a 259), Do reconhecimento e do julgamento da paternidade (arts. 260 a 263) e da adoção (art. 264 a 269).

Não discrepa a legislação portuguesa. Reza o art. 369, nº 4, de sua atual Constituição: - "Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação". O Decreto-lei n. 496, de 25 de novembro de 1977, dispõe, em seu nº 11: - "Foi no domínio do direito da família que os novos princípios proclamados pela Constituição impuseram alterações mais vastas e profundas. A igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, nomeadamente no que toca à manutenção e educação dos filhos (artigo 369, nº 3, da Constituição) e os princípios de que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação (art. 369, nº 4) desde logo importavam a revisão de largos setores da disciplina do casamento e de praticamente toda a disciplina da filiação. Deve, de resto, notar-se que na última década se tem assistido em quase todos os países europeus a profundas alterações do direito da família, determinadas pelo triunfo do princípio da igualdade entre os cônjuges e pela revisão de muitas das soluções tradicionais em matéria de filiação. As soluções agora adotadas puderam assim basear-se em larga e recente experiência de sistemas jurídicos próximos do nosso".

Minucioso é o Código Civil português, ao tratar do "Estabelecimento da Filiação" (artigos 1.796 a 1.873), antes de examinar

seus efeitos. Entre outros, justo que se destaquem os já citados dispositivos que tratam da "averiguação oficiosa da paternidade". Se registro de nascimento do menor é lavrado apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registro, a fim de se averiguar oficialmente a identidade do pai" (art. 1.864) e, existindo provas seguras da paternidade, ordenará o Tribunal "ao agente do Ministério Público, junto ao tribunal competente que promova a respectiva ação investigatória (art. 1.865º, n. 5).

Também o art. 1884, dando maior realce à disposição vigente desde 1.910 e que procurei, vai por muitos anos incluir na legislação brasileira, mas que afinal se perdeu no redomolho da Câmara dos Deputados, dispõe: - 1. O pai não unido pelo matrimônio à mãe do filho é obrigado, desde o estabelecimento da paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, sem prejuízo das indenizações a que por lei ela tenha direito. 2. A mãe pode pedir alimentos na ação de investigação de paternidade e tem direito a alimentos provisórios se a ação foi proposta antes de decorrido o prazo a que se refere o número anterior, desde que o tribunal considere provável o reconhecimento.

Acentuou José da Costa Fimenta, que o vigente princípio constitucional português "afasta uma proibição absoluta da investigação da filiação, e não admite sequer uma proibição relativa, ou seja, um sistema de orientação restritiva ou de investigação condicionada, como a anterior à Reforma de 1977", examina as três hipóteses de cessação da presunção de paternidade: a) filhos concebidos antes do casamento; b) filhos concebidos na constância do matrimônio mas depois de finda a coabitação dos cônjuges; c) declaração no registro de nascimento, feita pela mulher casada, de que o filho não é do marido, com posterior declaração judicial de que o filho não beneficiou da posse de estado". Nesse último caso, tratar-se-ia de "uma solução a vários títulos revolucionária, que se aplica em qualquer caso, quer o filho tenha sido concebido antes quer depois do casamento" (Filiação, Coimbra Editora, 1986, nº 1, 78/82).

Na longa exposição visa a demonstrar o passo tardio do Direito de Família brasileiro e, o que é pior, como o Projeto em exame não atentou para a legislação dos povos civilizados, não só no interesse dos filhos, mas igualmente no amparo à mãe solteira.

Acredito, por tudo isso, em face das Emendas nºs. 223 a 248, que se faz necessária a apresentação de uma ampla revisão dos textos da Câmara dos Deputados, a fim de que se acompanhe, quanto possível, a citada evolução, sem perder de vista a lição da doutrina e da jurisprudência nacionais. Daí a distinção, que se supe, de filhos nascidos no casamento e fora do casamento, como pretendia Levi

Carneiro. Mas sem discriminações odiosas que ainda pesam sobre os que não pediram para nascer e carregam a vida inteira, a cruz dos pecados alheios. O rigor da lei servirá para tornar responsável a paternidade, se os tribunais aplicarem os futuros textos legais com a mesma preocupação que deve inspirar ao legislador.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

O Professor Couto e Silva tem opinião divergente: -

"Emenda nº 223. Pela rejeição.

Justificação: O conceito de filho legítimo é um conceito jurídico e com isto não se que dizer que os filhos ilegítimos não estejam a eles equiparados. Mas há uma distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, como resultante necessário do conceito de casamento. O que a emenda pretende é fazer uma distinção que tornaria incompreensível todo o capítulo. O Capítulo II, do Casamento, trata dos que nasceram na constância do casamento, com todas as suas presunções; depois, cuida da legitimação, e do reconhecimento dos filhos ilegítimos. Com a adoção da terminologia da emenda, não se modifica a situação, pois em todas as legislações, o Direito distingue uns e outros, sendo filhos legítimos os nascidos na constância do

casamento, e ilegítimos, os nascidos fora dele. O que desapareceu foi o tratamento discriminatório, mas a terminologia deve permanecer, porquanto senão não haveria como determinar os efeitos do casamento sobre a filiação. (ver justificação à rejeição da emenda nº 167)."

Nota da Revisão - Assim dispõe a Constituição (art. 227, § 6º): - "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". O Senado Federal aprova o Projeto nº 188, do Senador Nelson Carneiro, revogando o art. 338 do Código Civil, e ora aguardando decisão da Câmara dos Deputados.

EMENDA Nº 224 (ao art. 1.602)

Autor: Sen. José Fragelli

"Acréscitar ao art. 1.602, parágrafo único do seguinte teor:

"Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial após a morte do marido, da mulher ou de ambos, empreendida com células reprodutivas que delas procedem, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha viúvo e observadas, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta."

Justificação

O Projeto, que aspira a ser a nossa lei básica às vésperas de se completar o segundo milênio, nem sequer tomou conhecimento da fecundação artificial e continua pensando a procriação de acordo com as categorias tradicionais do direito. A emenda tem por fim suprir a omissão em uma de suas dimensões mais significativas, estabelecendo, nos parâmetros que especifica, a legitimidade do filho por essa via concebido.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.

- José Fragelli."

Opinião do Prof. Couto e Silva.

"Emenda nº 224. Pela rejeição

Justificação: Nesta emenda procura-se estabelecer a filiação legítima também dos filhos resultantes da fecundação artificial mesmo após a morte de um dos cônjuges. Todavia, esta matéria deve ficar à discrição da Jurisprudência, que pode extrair do Código regras a respeito. Não se deveria estabelecer um artigo fechado, como se propôs na emenda para a normatização da matéria."

Pela aprovação da Emenda, sujeita, no curso dos debates na Comissão Especial, à melhor redação. (Vide, Anexos,).

EMENDA Nº 225 (ao art. 1.603)

Autor: Sen. Nelson Carneiro

"Redijam-se assim o art. 1.603.

"Art. 1.603. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I - Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.

II - Os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal;

III - Os havidos por inseminação artificial, desde que tenha havido prévia autorização do marido."

Justificação

O texto evita a distinção superada. E inclui os nascidos no casamento dos filhos havidos por inseminação artificial, desde que dela tenha conhecimento antecipado e acordado o cônjuge masculino.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda retira, do inciso II a sua parte final, onde são diferenciadas as causas de dissolução da sociedade conjugal.

Tal distinção, no entanto, é desnecessária, pois superada pela regra estabelecida no art. 1.574.

Inclui, ainda, um outro inciso no dispositivo e que visa aos filhos havidos por inseminação artificial, presumidos como concebidos na constância do casamento, desde que havendo prévia autorização do marido.

A inseminação artificial, prática que se há de avolumar com o correr dos tempos, facilitada que será com o progresso da ciência e a redução de seus custos, é matéria que não pode deixar de merecer o cuidado do legislador, daí o acerto da proposição.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2 - Também favorável à emenda se manifesta o Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 225 (ao Art. 1.604)
Autor: Sen. Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.604, "caput":

"Art. 1.604. A paternidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o nº 1 do artigo antecedente não pode entretanto, ser contestada."

Justificação

O que o marido contesta é a paternidade, que resulta do casamento, melhor dito da presunção decorrente do casamento. O texto proposto atende a esse objetivo.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda pretende a substituição da palavra "legitimidade" por "paternidade", desde que o que se contesta é a última.

Indiscutível o acerto da proposição.

O que se impugna é a paternidade, não a legitimidade, que é uma consequência da primeira.

A contestação da paternidade se referem os modernos códigos, assim o francês: "... le mari peut, par tous moyens, contester sa paternité..." (art. 326); o espanhol: "El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad..." (art. 136); o português: "A paternidade presumida nos termos do artigo 1826 não pode ser impugnada..." (art. 1838), e, o italiano: "L'azione per il disconoscimento di paternità del figlio concepito durante il matrimonio..." (art. 235).

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA CANCELADA A EXPRESSÃO "ENTRETANTO"

2 - Ainda uma vez diverge o Professor Couto e Silva:

EMENDA Nº 227 (ao Art. 1.606 "caput").
Autor: Sen. Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.606 "caput":

"Art. 1.606. Somente se pode contestar a paternidade do filho concebido na constância da sociedade conjugal, ou presumido tal (art. 1.603), provando-se."

Justificação

O que o marido pretende é excluir a paternidade. Não há portanto, que falar em legitimidade ou ilegitimidade.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

O que se impugna é a paternidade.

A ilegitimidade resultará, necessariamente, do reconhecimento voluntário ou forçado, não havendo como impugná-la, salvo a afirmativa de erro ou de outro vício de vontade no reconhecimento voluntário e aí não seria, na verdade, uma impugnação.

O que se contesta é a paternidade do filho havido na constância da sociedade conjugal, ou presumido tal e, como decorrência, a sua legitimidade.

Reportamo-nos ao parecer emitido na emenda de nº

226.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2 - Novamente dissente o Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 227. Pela rejeição.

Justificação: Tendo em vista que se adotou no Projeto o conceito de filho legítimo e, portanto, o de legitimização e o de legitimidade, pelas razões expostas na Rejeição das emendas nºs. 167, 223 e 226, deve ser rejeitada a emenda nº 227, porque se trata de impugnação à legitimidade, que é a impugnação à paternidade mais à da concepção do filho na constância do casamento, como expressamente afirma o art. 1.602. A regra não é somente sobre impugnação de paternidade; e, sim, também de impugnação de uma paternidade qualificada, ou seja, a dos filhos nascidos na constância do casamento, que são, em consequência, legítimos. Parece mais exata a redação do Projeto, portanto se qualifica, e necessariamente se dá

ve qualificar, o tipo de paternidade e de filiação no art. 1.602, ao afirmar-se: "são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento", a legitimação esta que pode ser, em certos casos impugnada. O termo certo é de impugnação da legitimidade e não, simplesmente, a de impugnação da paternidade."

EMENDA Nº 228 (ao Art. 1.606)

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Acrescente-se o inciso III ao art. 1.606, com a seguinte redação:

"Art. 1.606.
I -
II -
III - a impossibilidade da filiação com prova através de prova pericial."

Justificação

Além dos processos tradicionais da prova hematológica pelos sistemas "ABO", "MN" e "RH", para efeito de investigação e negação de paternidade, tem-se o exame de sangue pelo sistema "HLA" - "Human Leukocytes Antigens", há mais de dez anos realizado na Europa e Estados Unidos da América do Norte e há aproximadamente cinco anos no Brasil, elevando consideravelmente o número de exclusões de paternidade discutidas e a probabilidade de afirmação em outros casos.

Referidos exames, plenamente reconhecidos pela Organização Mundial de Saúde, o são também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante anotado nos venerandos Acórdãos prolatados nas Ap. Cíveis nºs 10.176-1, 8.969-1, 29.127-1, 3.447 e 8.169-1, este último publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nº 74/150.

O direito deve acompanhar a evolução da medicina legal, o que não ocorre, nesta parte, com o Código Civil vigente nem com a atual redação do artigo supra do Projeto.

Não se trata de inovação legislativa, de vez que o Código Civil Italiano, em seu art. 235, nº 3, estabelece:

"Se nel detto periodo la moglie ha commesso adulterio o ha tenuto celata al marito la propria gravidanza e la nascita nel figlio. In tali casi il marito è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, o ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità."

Querendo proteger a família legítima, não poderá o legislador abstrair as ciências paralelas, sob pena de admitir a bastardia no seio daquela mesma família.

Ademais, a ciência médica evolui, se projetando necessária e imperiosa a previsão pericial na hipótese em análise.

Indiscutível, em face do exposto, a inclusão do inciso III ao art. 1.606 do Projeto.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984.
- Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

A emenda propõe a inclusão de mais um fundamento em que se pode basear o marido para contestar a sua presumida paternidade, e não previsto no Projeto.

Trata-se da impossibilidade da filiação, comprovada através de prova pericial.

Não é a impotência, de que cuida o art. 1.608, pois a proposta prevê a hipótese do marido potente mas a quem não se pode atribuir a geração do filho que foi concebido de sua mulher, o que se poderá comprovar por perícia especializada.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2 - Outra é a conclusão do Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 228. Pela rejeição.

Justificação: A regra do inciso III, no art. 1.606, tendo-se como causa da impugnação da legitimidade "a impossibilidade da filiação comprovada através de prova pericial", já se encontra claramente expressa no art. 1.608, não sendo necessário afirmar que a prova tenha de ser pericial, como se prevê no artigo. A prova pericial é um dos tipos de prova; não há de ser a única. Esse aspecto deve ficar à discreção do juiz, e a jurisprudência atenderá aos dados da ciência. Por esse motivo, parece mais adequado manter a solução dada pelo Projeto."

EMENDA Nº 229 (ao Art. 1.608)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Art. 1.608:

Substitua-se as expressões "a presunção da paternidade do filho" por "a presunção do art. 1.603."

Justificação

É consequência das alterações propostas a este Capítulo II.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda é consequência das alterações propostas pelas de números 226 e 227, por cuja aprovação já se manifestou o relator.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2 - Contrária a opinião do Professor Couto e Silva.

Emenda nº 229. Pela rejeição.

Justificação: O projeto manteve, como teria de manter, a distinção entre legitimação e legitimidade

de (a respeito ver a justificação da rejeição das emendas n.ºs. 167, 223, 226 e 227).

EMENDA Nº 230 (ao Art. 1.609)
Autor: Senador Nelson Carneiro

"Art. 1.609:

Substitua-se as expressões "a presunção legal da legitimidade da prole" por "a presunção legal da paternidade".

Justificação

O texto do projeto contém uma presunção legal de paternidade. É exatamente o dito na redação proposta, em consonância com as alterações sugeridas anteriormente.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
— Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda é consequência das alterações propostas pelas de números 226, 227 e 229, por cujas aprovações já opinou o relator:

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2 - Continua divergindo da conclusão o Professor Couto e Silva:

Emenda nº 230. Pela rejeição.

Justificação: No Projeto, faz-se a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, como conceito jurídico; e consequentemente é rejeitada a emenda ao art. 1.609, porquanto, segundo o que nela se contém, esta distinção não existiria. Se não existisse essa distinção, seria difícil tratar da legitimação, prevista no Projeto, art. 1.618 a 1.620, ou mesmo do reconhecimento dos filhos ilegítimos previsto no art. 1.621. (Ver a justificação à rejeição das Emendas n.ºs. 167, 226 e 227).

EMENDA Nº 231 (ao art. 1.610 caput)
Autor: Senador Nelson Carneiro

"Art. 1.610, "caput":

Substitua-se a expressão "legitimidade" por "paternidade".

Justificação

O que visa o marido, com a contestação prevista no artigo, é excluir a paternidade.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
— Nelson Carneiro".

PARECER

A emenda é consequência das alterações propostas pelas de números 226, 227, 229 e 230, por cujas aprovações já opinou o relator.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

2 - Couto e Silva: - pela rejeição

EMENDA Nº 231. Pela rejeição
Justificação: A mesma dos artigos anteriores.

EMENDA Nº 232 (ao art. 1.610 caput)
Autor: Senador José Fragelli

"Incluir no art. 1.610, "caput", antes da expressão "ao marido" o termo "privativamente".

Justificação

A emenda restabelece a orientação saudável do Código em vigor, da qual o projeto, aparentemente, não pretendeu afastar-se. O fato de se dar aos herdeiros o direito de "tornar eficaz a contestação" iniciada pelo marido (cf. art. 1.611) não exclui a propriedade da limitação que o termo introduz. De uma parte, pode-se ver a hipótese como exceção diante da regra, de outra, continuadores da iniciativa, os herdeiros, em rigor, não estariam exercendo, no mesmo plano o direito que se defere ao marido.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilalta, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
— José Fragelli."

PARECER

A emenda pretende restabelecer o que dispõe o art. 1.611 do Código Civil em vigor e que atribui ao marido, privativamente, o direito de contestar a paternidade, aqui se referindo o Código à legitimidade.

A inclusão da palavra "privativamente" se afigura, no entanto, desnecessária.

De fato, a regra do art. 1.611 espanca qualquer dúvida com relação à legitimidade ativa do marido, exclusivamente, para propor a ação, pois só com a sua morte é que os herdeiros assumem a legitimação para tornar eficaz a contestação.

Essa privatividade do marido é reafirmada nos §§ 1º e 2º do dispositivo e que assinalam, para ele, os prazos de decadência.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

2 - No mesmo sentido, opina o Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 233 (aos arts. 1.613, 1.615, 1.622)
Autor: Senador Severo Gomes

"Os artigos 1.613, 1.615 e 1.622 do Código Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 1.613. Na Classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos e netos de irmãos.

Art. 1.615 Se com tio ou tios concorre
ram filhos e netos de irmão unilateral ou bilate
ral, terão eles, por direito de representação, a
parte que caberia ao pai ou a mãe, se vivessem.

Art. 1.622. Na linha transversal dá-se o
direito de representação em favor dos filhos e ne
tos de irmãos do falecido, quando entre os chama
dos a suceder houver diversidade de graus."

Justificação

A vocação hereditária vai na linha trans
versal até o quarto grau (Código Civil, art. 1.612).

No entanto, o direito de representação res
tringe-se nela o filho de irmão do falecido, quando
com irmãos deste concorrem (art. 1.622).

Não há razão para a restrição.

Se a vocação hereditária vai, na linha
transversal, ao quarto grau, ao quarto grau deve ir
o direito de representação.

Nã, no Direito comparado, exemplos de re
presentação, na linha colateral, em muito maior am
plitude do que a admitida pelo nosso.

Confiram-se, e. g., o Código francês (art.
742), o italiano (arts. 468 e 469) e o argentino
(arts. 3.560 e 3.561), que estendem o direito de re
presentação aos descendentes de irmãos, sem limita
ção de grau.

O projeto faz coincidir a representação,
na linha colateral, com o limite da vocação hereditá
ria, isto é, como o quarto grau.

Respeita-se, por outro lado, o sistema de
sucessão por cabeça, quando haja igualdade de graus,
e por estirpe, quando sejam diversos os graus.

Sala da Comissão, 17 de agosto de 1984. -
Severo Gomes."

PARECER

Deve ser incluída entre as Emendas relativas ao Di
reito das Sucessões e enviada ao exame do respectivo Relator.

2 - Diz o Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 233. Pela rejeição.

Justificação: Observa-se que esta emenda
não diz respeito ao direito de família e, sim, ao
Direito das Sucessões, porque ela remete aos arts.
1.613, 1.615 e 1.622, a que correspondem os art. 1.867,
1.868 do Código Civil. Ninguém ignora que existem
sistemas jurídicos em que o sistema de representação
é mais amplo, havendo não só na linha descendente
como também na ascendente. Todavia, no direito bra
sileiro a representação sempre foi concebida numa
forma mais restrita. Parece necessário manter o sis
tema tradicional do direito brasileiro, porquanto nun
ca houve crítica nesse particular, e não seria con
veniente agora alterar uma matéria considerada pací
fica; se fosse o caso de modificar o direito bras
ileiro nos termos propostos, porque não admitir tam

bém representação na linha ascendente, como fazem al
guns Códigos; e independentemente de graus? Todavia,
a orientação melhor é a do Código Civil Brasileiro,
mantida pelo Projeto.

EMENDA Nº 234 (ao art. 1.615)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Art. 1.615:

Cancela-se a expressão "legítima"

Justificação

Todo o Capítulo II refere-se aos filhos
nascidos na constância do casamento. Assim, a expre
são "legítima" é desnecessária.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.

- Nelson Carneiro."

PARECER

A aprovação da emenda se justifica, tendo em vista
a aprovação da emenda nº 223, que substituiu a expressão "Da filiação
legítima" pela expressão "Dos filhos havidos no casamento".

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

EMENDA Nº 235 (ao art. 1.616)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.616:

"Art. 1.616. Transmite-se aos herdeiros
o direito de iniciar, ou continuar, a ação de prova
de filiação promovida pelo filho havido no casamen
to."

Justificação

Tratando-se de filiação na constância do
casamento, não se justifica, a meu ver, o disposto
no art. 1.616 do projeto, e que reproduz texto do
atual Código Civil. Tal disposição, como sugerida
pelo projeto, deve regular apenas o direito de ação
dos filhos havidos fora do casamento.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.

- Nelson Carneiro."

PARECER

Abolido do Projeto o conceito legal de legitimida
de, com a concepção unitária de filiação, não se justifica a redação
do art. 1.616.

Para melhor entendimento, desde que a emenda fala
em iniciar ação promovida, sugere-se a seguinte redação:

"Transmite-se aos herdeiros o direito de
promover a ação de prova de filiação do filho havido
no casamento, ou de nela continuar."

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA, COM SUBEMENDA.

2 - Coerente com sua posição doutrinária, o Profes
sor Couto e Silva é pela rejeição da Emenda.

"Emenda nº 235. Pela rejeição.

Justificação: Deve-se manter o texto do Projeto art. 1.616, porquanto a emenda diz respeito a ação de filiação legítima. A emenda não adota a distinção entre filiação legítima e ilegítima. (A respeito ver justificação à rejeição das emendas nºs. 167, 226 e 227)."

EMENDA Nº 236 (ao art. 1.616)

Autor: Senador José Fragelli

"Excluir do art. 1.616 as palavras "menor ou".

Justificação

Incapaz é gênero que engloba o menor. Se todo menor é, em regra, incapaz, a expressão "menor ou incapaz" parece redundante. Em regra, porque o emancipado, enquanto continue menor, tem capacidade plena. Mas não é de se presumir que o artigo tenha querido alcançar a hipótese em que o filho tenha menor de idade, porém no gozo da capacidade plena por força de emancipação, para, também nesse caso, fazer passar aos herdeiros a ação de prova da filiação legítima. Literalmente, porém, é o que está dizendo o texto impugnado. Daí a correção proposta.

Esta Emenda que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, com a valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
- José Fragelli."

PARECER

PREJUDICADA, com a aprovação da emenda nº 235.

EMENDA Nº 237 (ao art. 1.617)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Art. 1.617:
Cancela-se.

Justificação

O artigo parece desnecessário, em face da redação ao antecedente.

Sala das Comissões; 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

PARECER

O art. 1.617 prevê a continuação da ação de prova de filiação, pelos herdeiros, ressalvadas as hipóteses de desistência e de instância perempta.

A parte primeira da emenda já está prevista na redação do art. 1.616, com a redação dada pela emenda nº 235, afigurando-se desnecessária a segunda parte.

Com a desistência ou com a perempção, extinto ficará o processo e, fazendo a decisão coisa julgada, não há como se continuar na ação, ou mesmo outra se iniciar.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

Em face da posição doutrinária em que, de referência a legitimidade e ilegitimidade dos filhos, se coloca o Prof. Couto e Silva, sua opinião é pela rejeição da Emenda, como expõe:

"Emenda nº 237. Pela rejeição.

Justificação: Como foi rejeitada a emenda nº 235 ao art. 1.616, na qual se mencionava que o direito de continuar a ação competia aos filhos do herdeiro pré-morto, o que não se contém no art. 1.616 do projeto, o art. 1.617 não é desnecessário e visa explicitar a situação decorrente do fato de haver falecido aquele que propõe a ação vindicatória do estado de filho legítimo. É preciso observar que a ação de declaração de filiação legítima é personalíssima, e somente pode ser proposta pelo próprio filho ou pelo herdeiro, se ele houver falecido menor ou incapaz. Uma vez proposta a ação, ela não se extingue pela morte do autor, pois, como sucede em muitos casos, o seu aspecto personalíssimo desaparece, razão por que os herdeiros são substitutos processuais do autor. Esta situação deve, entretanto, ficar clara."

EMENDA Nº 238 (ao art. 1.617)

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"põe-se ao artigo 1.617 a seguinte redação:

"Art. 1.617 Se a ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continuá-la os herdeiros, salvo se o autor desistiu ou se o processo foi julgado extinto."

Justificação

O Código de Processo Civil não trata mais de "perempção da ação", ao menos com essa terminologia, logo, não há que se falar em "ação perempta" "expressão vetusta". Ou o processo foi extinto ou continua tramitando. O problema é de boa técnica legislativa.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984.
- Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

A Emenda ficou prejudicada com a aprovação da de nº 237 que cancela o art. 1.617.

PELA PREJUDICIALIDADE**EMENDA Nº 239 (ao art. 1.617)**

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Cancelam-se o Capítulo III e o Subtítulo "Da Legitimação" incluindo-se como art. 1.617 (ou que outro nome venha a tomar) quanto se dispõe nos arts. 1.618 e 1.619 do Projeto."

Justificação

Não há filhos ilegítimos, que necessitem legitimação. Ilegítimos, no caso, são os pais, sempre

impunes. E os filhos não devem responder pelas consequências de atos que não praticaram.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.

- Nelson Carneiro.

Razão tem o Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 239. Pela rejeição.

Justificação: Esta emenda parte do pressuposto de não mais existir no direito brasileiro a figura da legitimação. No entanto, ainda que se admita, como ninguém de certo desconhece, a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, o conceito de filiação legítima perdura e conseqüentemente o de legitimação. (Ver a justificação à rejeição das Emendas nºs 167, 226 e 227)."

PELA REJEIÇÃO.

EMENDA Nº 240 (aos arts. 1.618 e 1.619)

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redijam-se assim os atuais arts. 1.618 e 1.619:

"Art. 1.618. Equiparam-se aos nascidos no casamento, para todos os efeitos legais, os filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente se casaram.

§ único - O disposto neste artigo aproveita aos descendentes dos filhos falecidos."

Justificação

Não há filhos ilegítimos, que necessitem legitimação. Ilegítimos, no caso, são os pais, sempre impunes. E os filhos não devem responder pelas consequências de atos que não praticaram.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

Os filhos devem ser havidos, para efeitos legais, como havidos no casamento, fora do casamento e, equiparados aos primeiros, aqueles que nascidos ou concebidos antes do casamento dos seus pais.

Razão não há para que se diga filhos legítimos, ilegítimos e legitimados.

Daí o acerto da emenda, que reitera a abolição do conceito legal de legitimidade e ilegitimidade.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

2 - Pela rejeição da Emenda é o pronunciamento do Professor Couto e Silva:

"Emenda nº 240. Pela rejeição.

Justificação: Nesta emenda formula-se um artigo que englobaria os arts. 1.618 e 1.619 do Projeto e que teria a seguinte redação: "equiparam-se aos

nascidos no casamento, para todos os efeitos legais, os filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente se casaram.

§ Único: O disposto neste artigo aproveita aos descendentes dos filhos falecidos".

Esta emenda equipararia, como aliás faz o art. 1.619, os filhos nascidos anteriormente ao casamento aos filhos concebidos durante o casamento. Mas está na própria emenda o conceito de filho legítimo e ilegítimo, porquanto não haveria razão nenhuma para equiparar se o conceito de legítimo e ilegítimo não existisse. A própria emenda é a confissão de a distinção existir, embora não haja disparidade, porquanto os filhos legítimos e ilegítimos são iguais."

EMENDA Nº 241 (ao art. 1.621)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.621:

"Art. 1.621. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente."

Justificação

Não há filhos ilegítimos, que necessitem legitimação. Ilegítimos, no caso, são os pais, sempre impunes. E os filhos não devem responder pelas consequências de atos que não praticaram.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda substitui a palavra ilegítimo pela expressão "havido fora do casamento", na linha do princípio esposado na emenda de número 223 e ratificado em outras.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

EMENDA Nº 242 (ao art. 1.623)

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Substitua-se, no art. 1.623, as expressões "filho ilegítimo" por "filho havido fora do casamento".

Justificação

Não há filhos ilegítimos, que necessitem legitimação. Ilegítimos, no caso, são os pais, sempre impunes. E os filhos não devem responder pelas consequências de atos que não participaram.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

PARECER

A emenda reitera o princípio esposado na emenda de número 223 e por outras ratificado.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

EMENDA Nº 243 (ao art. 1.624 e seu parágrafo)

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Suprime-se o art. 1.624 e seu parágrafo".

Justificação

O reconhecimento do filho, pelos pais é direito que não pode ser subtraído dos mesmos ou dos filhos.

Sala das Comissões, 17 de setembro de 1984.
- Fernando Henrique Cardoso.

PARECER

O artigo 1.624 do Projeto veda o reconhecimento dos filhos adulterinos antes de dissolvida a sociedade conjugal.

Já se afirmou, no parecer da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 268, de 1980, "que dá nova redação ao art. 358 do Código Civil", a resistência do texto referido à natural evolução do Direito de Família.

No parecer consta a justificação do Projeto, de autoria do Senador Adalberto Sena, que promunha a seguinte redação para o art. 358 do Código Civil:

"Todos os filhos ilegítimos podem ser reconhecidos, mesmo na vigência do casamento, cabendo-lhes ainda, o direito de propor a competente ação investigatória."

São suas as seguintes palavras:

"Este projeto pretende ser o elo fim de longa e lenta evolução do nosso Direito, no que tange ao reconhecimento dos filhos ilegítimos.

O texto atual do art. 358 (aliás já derrogado) consagra uma aberração, que nem o direito das ordenações perfilhava. É o próprio CLOVIS, nos seus comentários, quem informa: antes do Código Civil, os filhos espúrios podiam ser reconhecidos. Apenas o reconhecimento não lhes atribuída direitos à sucessão (Ord. 2, 35, 12). Quando se elaborava o Código, o "projeto primitivo" e o revisado não abrigavam o texto do art. 358. Segundo ainda CLOVIS, o retrocesso operado pela aprovação do art. 358, menos liberal do que a própria legislação filipina, se deu pela influência reacionária de ANDRADE FIGUEIRA e outros, no Congresso Nacional. Escreve CLOVIS:

"Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, e a lei procede como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas." (Comentários, II art. 358)."

Pensamos que aí está exposta a verdadeira doutrina que deve predominar no assunto (Cfr. "Palavras, leva-as o vento...", vol. VIII, pag. 216/222).

Os motivos, já invocados por CLOVIS e bem expostos no parecer ao Projeto do Senador Adalberto

Sena, justificam a aprovação da emenda, que repara grave injustiça.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA.

EMENDAS NºS 244, 245 e 246 (ao art. 1.624).

Autores: Senadores Nelson Carneiro, Fernando Henrique Cardoso e José Fragailli.

EMENDA Nº 244.

"EMENDA Nº 244:

Autor - Senador Nelson Carneiro

Cancele-se o art. 1.624.

Justificação

Embora resulte das emendas anteriores, vale invocar parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, de minha autoria, ao Projeto de Lei nº 268, de 1980, do Senador Adalberto Sena (in "Palavras, leva-as o vento...", vol. VIII, págs. 216/222).

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro."

EMENDA Nº 245.

Autor - Senador Fernando Henrique Cardoso

"Suprime-se o art. 1.624".

Justificação

O Projeto se refere a filhos ilegítimos em vários artigos. Ilegítimo é gênero do qual são espécies os naturais, adulterinos e incestuosos. Desnecessária a distinção, porque filho é filho, qualquer que seja a natureza da filiação. Tanto isso é verdade que a legislação em vigor como o Projeto admitem a igualdade do direito sucessório.

No momento em que se edita um novo Código Civil, consentâneo com a realidade e necessidade modernas, há que se encarar a frequente ocorrência dos fatos sociais. As separações de fato, via de regra, sugerem uniões livres, delas advindo filhos, cuja regularização jurídica não pode e não deve ficar ao sabor do decurso de tempo.

O Projeto admite o reconhecimento do adulterino na esteira da lei vigente, de vez que esta (Lei nº 883/49) o admite "para efeito da prestação de alimentos" (art. 4º), podendo o filho, após a dissolução da sociedade conjugal do genitor adúltero, se valer do decisorio para inscrição no Registro Civil.

Ademais, "ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio" (parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 883/49) - vide, também, caput do art. 1.623 do Projeto.

A distinção reflete hipocrisia legislativa, na procura de acomodar situação reconhecida existente, camuflando-a. O que é lamentável!!!

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984.
- Fernando Henrique Cardoso."

EMENDA Nº 246

Autor - Senador José Fragelli
 "Eliminar o art. 1.624."

Justificação

Impedir o reconhecimento dos filhos adulterinos constitui injustificável e odiosa restrição de direitos. É postura incompatível com o texto constitucional, quando afirma este o princípio da isonomia (art. 153, § 1º), que nem por ter caráter programático deixa de vincular o legislador ordinário: cf. Anschütz, Gerhard, Verfassung des deutschen Reichs, Nachdr., H. der 14. Aufl., Bad Homburg vor der Höhe, H. Gentner, 1960, S. 560.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.

- José Fragelli."

Parecer

Pela aprovação das Emendas 244, 245, e 246

EMENDA Nº 247 (ao art. 1625)

Autor - Senador José Fragelli
 - "Suprimir o art. 1625".

Justificação

O testamento é, por excelência, negócio jurídico que só produz efeitos com a morte do testador. Até que ela sobrevenha, qual que disposição nela contida está por natureza sujeita a revogação, sem que o testador sequer esteja adstrito a justificá-lo. Não há qualquer razão jurídica ou moral para excluir dessa regime o reconhecimento de filho. Até porque a ele pode ter sido induzido o testador com base em indicações que posteriormente venha a apurar serem falsas ou inconcludentes.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
 José Fragelli.

PARECER

A idéia da possibilidade do reconhecimento do filho nascido fora do casamento através testamento cerrado é velha. Figurava no Projeto Nelson Carneiro (nº 196/47, da Câmara dos Deputados), sem lograr acolhida (Cfr. Orlando Gomes e Nelson Carneiro. Dos Reconhecimentos dos Filhos Adulterinos, vol. I, pag. 244, nota 170). Resurgiu no art. 51 do Projeto de

Lei nº 156, de 1977, apresentado pelos Senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho, visando a regular a Emenda Constitucional nº 9, daquele ano. Aproveitavase a oportunidade para dar ao art. 2º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, a seguinte redação: "Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá

reconhecer o filho ilegítimo em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e nessa parte irrevogável". Dita redação foi acolhida inteiramente pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. A Emenda visa à exclusão do art. 1.625 do Projeto, assim redigido: - "O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento". A razão, entretanto, para a rejeição da Emenda está explicitada na opinião do Professor Couto e Silva, nesses termos: - "Na justificação desta emenda afirma-se: 'que o testamento é, por excelência, um negócio jurídico que só produz efeitos com a morte do testador. Até que ela sobrevenha, qualquer disposição nele contida, está, por natureza, sujeita à revogação, sem que o testador sequer esteja adstrito a justificá-la'. Aparentemente esta afirmação é verdadeira. Todavia, não leva na devida conta o fato de existirem negócios testamentários e negócios não testamentários. Ninguém ignora que o testamento pode ser revogado e com ele se revogam os negócios testamentários nele contidos. Contudo, se um testamento contiver negócio de outra natureza, e o reconhecimento de filho é negócio de direito de família, isto não quer dizer que se possa renová-lo, como sucede aqui com o reconhecimento. Uma vez reconhecido o filho, é instantânea a sua eficácia, e não se poderá depois revogá-lo. A regra, além disso, é duplamente moralizadora, e deve ser mantida; a emenda parte do pressuposto errôneo de que tudo que se contém no testamento pode ser revogado."

O voto é pela rejeição da Emenda nº 247.

Emenda nº 248

Autor - Senador Nelson Carneiro

- Cancele-se no art. 1626 a expressão "ilegítimo".

Justificação

Todo o Capítulo refere-se ao filho nascido fora do casamento.

Parecer

Todo o Capítulo IV trata do "Reconhecimento dos filhos ilegítimos", que em pareceres anteriores se prefere intitular de "filhos nascidos fora do casamento". Não há razão, destarte, para repetir-se no art. 1626 a expressão "ilegítimo". Assim não pensa, entretanto, coerente com todos seus pronunciamentos, o Professor Couto e Silva, in verbis: - "Pela Rejeição. Justificação: A mesma dada às emendas anteriores por força de haver admitido o Projeto o conceito de filho legítimo e ilegítimo, e, conseqüentemente, de legitimação e legitimidade".

Pela aprovação da Emenda.

EMENDA Nº 249

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redija-se assim o art. 1.630:

"Art. 1.630. Os filhos havidos fora do casamento têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar a filiação o reconhecimento da filiação:

I - Se ao tempo da concepção os pais viviam em estado de casados;

II - Se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

III - Se a concepção do reclamante coincidir com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela

IV - Se existir declaração daquele a quem se atribui a paternidade.

Parágrafo Único. A ação de prova de filiação, em qualquer dos casos, será privativa do filho, enquanto viver, passando aos herdeiros se por ele iniciada."

Justificação

O estado de casado (tão comum num país onde o matrimônio religioso não registrado é forma de união generalizada) deve ser distinta do concubinato que exige prova mais complexa. Também a declaração (nº IV) não deve exigir reconhecimento expresso da paternidade. A prática forense afasta esse rigor exigido, acolhendo provas escritas que, mesmo indiretamente, ajudam o juiz a formar sua convicção. Somente para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento deve vigorar a norma do art. 1.616, que o Projeto recolhe do atual Código Civil.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

PARECER

Contra a aprovação da Emenda insurge-se o ilustre professor Couto e Silva, pelas razões assim expostas: — "Pela rejeição. Justificação: Procura a emenda instituir a expressão "estado de casado" constituindo o item primeiro. Entretanto, não existe distinção entre "estado de casado" e concubinato. Ainda quando o casamento no religioso possa produzir efeitos uma vez inscrito, é forçoso reconhecer que, antes da inscrição, a situação daí existente é de concubinato, não havendo um suposto "estado de casado". O parágrafo único da aludida emenda nº 249 substitui o parágrafo único do art. 1.630, para explicitar a regra de a ação de prova de filiação ser privativa do filho, passando após a sua morte para seus herdeiros. Esta explicitação não é necessária, porquanto é óbvio que, se foi movida ação de investigação de paternidade os herdeiros dos autores da ação podem continuar no processo e assim tem-se entendido de modo uniforme."

Não tem razão, desta vez, o consagrado mestre. Há uma distinção, por mais tênue que pareça, entre concubinato e estado de casado. Autores e julgadores são acordes em afirmar, por exemplo, que o fato de não residirem sob o mesmo teto os concubinos; não impede o reconhecimento do concubinato. O estado de casado é um pouco mais. Requer que a mulher tenha o trato, o nome e a fama de esposa, o que pode ocorrer mesmo quando não exista casamento religioso. O art. 1871 do Código português faz a distinção, ao relacionar as hipóteses em que se presume a paternidade: — "a" — Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido co-munhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai". E Pereira Coelho doutrina: — "Comunhão duradoura pressupõe comunhão permanente e, normalmente, um comportamento social idêntico ao do cônjuge. A única diferença entre esta união e um verdadeiro matrimônio, será a falta do vínculo formal do casamento. O concubinato duradouro: Nela não se verifi-

ca a comunhão do tipo atrás referido, mas há uma relação inatável, que se prolonga no tempo, assumindo um caráter de exclusividade. Não é necessário que essa relação se prolongue para além do nascimento, nem sua notoriedade" (Cfr. Pereira Coelho, Filiação, 1978, 123).

O Código Civil francês inclui expressamente entre as presunções relativas à filiação, a posse de estado: "Art. 311.1 — La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. La possession d'état doit être continue". O artigo seguinte enumera os principais fatos em que se apoia a referida presunção.

Sugere ainda o Professor Couto e Silva a supressão do parágrafo único da Emenda em exame, por entender que, sendo a ação de prova de filiação privativa do filho, desnecessário será explicitar que a podem continuar os herdeiros. Também isso ocorreria na hipótese da ação de prova da filiação legítima, e no entanto essa explicitação é feita pelo art. 351 do Código Civil e figura como art. 1617 no Projeto da Câmara. Nem o fato de ter sido "entendido de modo uniforme" justifica a exclusão do parágrafo. Nem faltará quem busque arrimo na opinião escoteira, mas nem por isso esquecida, de Carlos Maximilia no. Nem sempre o que abunda, merece ser excluído da lei, tanto mais quando se trata de ação iniciada por filho havido fora do casamento, sem a presunção legal que resulta do próprio matrimônio.

Pela aprovação da Emenda e de seu § Único.

EMENDA Nº 250

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso.

"Suprima-se o parágrafo único do art. 1.630".

JUSTIFICAÇÃO

"Reportamo-nos à justificativa à Emenda oferecida quando sugerimos a supressão do art. 1.624".

EMENDA Nº 251

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o parágrafo único do art. 1.630".

JUSTIFICAÇÃO

Excluída a proibição de reconhecimento dos filhos adulterinos (cf. supra, emenda nº 40), o parágrafo único do art. 1.630 não tem razões para subsistir.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa do Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARECER

O artigo 1624 somente permitia o reconhecimento do filho adulterino após a dissolução do casamento, a ela equiparada a separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos, devidamente comprovada em juízo. Tais hipóteses já figuram na legislação em vigor (Leis 883, de 1949, 6.515, de 1977, e 7.020, de 1979). O pare-

cer acolheu as Emendas nºs 243 (Senador Fernando Henrique Cardoso), 244 (Senador Nelson Carneiro), 245 (Senador Fernando Henrique Cardoso) e 246 (Senador José Fragelli), eliminando o art. 1.624 e seu parágrafo único. Consequentemente, pela mesma razão não pode figurar no Código, com meu voto, o parágrafo único do art. 1.630, muito embora a opinião contrária do Professor Couto e Silva:

"Justificação: É de maior importância a manutenção do parágrafo único do art. 1.630 que a Emenda nº 250 visa a extinguir, pois pelo sistema do Projeto será possível propor ação de investigação durante o casamento, desde que os cônjuges estejam separados de fato por 5 anos."

Pela aprovação das Emendas nºs 250 e 251.

EMENDA Nº 252

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Cancele-se o art. 1.631"

JUSTIFICAÇÃO

Desde 1949 (Lei nº 883, art. 4º) o direito de alimentos do filho incestuoso não mais depende dos rigores do Código Civil e agora reproduzidos no Projeto. Veja-se ainda a redação que a esse dispositivo deu a Lei do Divórcio.

EMENDA Nº 253

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Suprima-se o art. 1.631"

JUSTIFICAÇÃO

Reportamo-nos a justificativa à Emenda oferecida quando sugerimos a supressão do artigo 1.624.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984 - FERNANDO HENRIQUE CARDOSO.

PARECER

Realmente, constituirá injustificável retrocesso a manutenção, no futuro Código, do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, in verbis: - "A filiação incestuosa, reconhecida em sentença irrecorrível não provocada pelo filho, ou quando comprovada por confissão ou declaração escrita do pai, faz certa a paternidade para efeito de alimentos". Copia-se o texto do Código atual, de 1916, como se leis posteriores não houvessem derogado disposição tão injusta, que entregava a sorte do incestuoso à vontade exclusiva do pai, mesmo para o efeito de alimentos. Ainda uma vez o inocente, até para sobreviver, ficava sujeito aos humores paternos. Ora, o art. 4º da Lei nº 883, desde 1949 não distinguia, inclusive para pleitear alimentos, entre filhos de qualquer condição, já que a todos se referiu, sem exceção. Vale relembrar o dispositivo velho de quase quarenta anos.

Isso mesmo acentuaram os que estudaram, ao tempo, o texto citado. (Cf. Orlando Gomes e Nelson Carneiro, Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos, 2ª ed., Vol. II págs. 639 e segs; Arnol de Medeiros da Fonseca, Investigação de Paternidade (pág.); Moura Bitencourt, Família, 2ª ed., 140). Estranhável, conseqüentemente, é o pronunciamento do Professor Couto e Silva, ao pleitear a rejeição da Emenda, pelas razões que sintetiza:

"Justificação: O art. 1.631 faculta, mesmo na relação incestuosa, atribuir alimentos ao filho, dependendo da sentença "irrecorrível", não provocada para o filho", ou ainda quando houver confissão ou declaração escrita do pai. Em razão disso, tem o filho a oportunidade de que lhe sejam prestados alimentos. Não se cogita, ainda, de uma investigação de paternidade. Trata-se, apenas, de atribuição de alimentos na situação especialíssima pré-figurada. Pela Rejeição."

O filho incestuoso, que desde 1949 deixou de depender do arbítrio paterno para pleitear alimentos, não está, ao menos a partir de 26 de dezembro de 1977, impedido de ser reconhecido, inclusive para recolher a herança paterna. É o que dispõe o art. 2º e o pará-

grafo único do art. 4º da Lei nº 883, alterada pelo art. 51 da Lei nº 6.515. Já Pontes de Miranda entendia ser inconstitucional o art. 2º da Lei nº 883, em sua redação original, quando aos filhos ilegítimos concedia apenas metade da herança recolhida pelos legítimos. O texto agora vigente a todos os filhos iguala: - "Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições". Já o parágrafo único do art. 4º a todos os filhos ilegítimos que obtiveram o direito a alimentos, dispensa de propor ação de investigação, quando dissolvida a sociedade conjugal do alimentante: - Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação". O texto, de autoria do eminente Senador Heitor Dias, relator do Projeto nº 156, de 1977, não encontrou resistência para ser aprovado. Acolhia-se assim, tantos anos transcorridos, o que Orlando Gomes incluiu em 1963 em seu Projeto de Código Civil: "Art. 233 - Alimentos - para o efeito de prestação de alimentos, o filho adulterino pode acionar o pai em segredo de justiça, estando este casado. Parágrafo único - Dissolvida a sociedade conjugal pela morte do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor a ação de investigação de paternidade para ser reconhecido, mas interessados podem impugnar a filiação". A lição de Eduardo Espínola, repetida em 1954, vale recordar para justificar a inatualidade do texto do Projeto, que, em 1984, ainda discriminava os incestuosos. Depois de anotar "a forte divergência quanto ao reconhecimento dos filhos espúrios, sejam adulterinos ou incestuosos", previa o insigne civilista: - "As modernas legislações tendem a extinguir a grave injustiça de fazer recair sobre a prole inocente a culpa dos pais e assim também de fazer que dependa da boa fé dos genitores a sorte dos filhos espúrios, como, aliás, também acontece em relação aos que procedam do casamento nulo ou anulado" (A Família do Direito Civil Brasileiro, 1ª ed., pág. 527, nota 13).

Nota da Revisão - Antes que o afirmasse a Constituição de 1988, já o proclamara a de Portugal. Ali, escreve José da Costa Pimenta, seria também contrária à Constituição "norma que proibisse o estabelecimento da filiação dos filhos incestuosos" (Filiação, Coimbra Editora, 1986, pág. 10).

Vários projetos de Nelson Carneiro, apresentados em diversas legislações, consideravam legítimos os filhos havidos ainda quando ambos os pais tenham contraído casamento de má fé. Até que assim dispusesse o art. 1.631, da Lei do Divórcio. Seria imperdoável, por tudo isso, a manutenção, na lei civil, do texto superado do art. 1.631.

Pela aprovação das Emendas nºs 252 e 253.

EMENDA Nº 254

Autor: Senador Nelson Carneiro

- Redija-se assim o art. 1.632:

"A investigação de paternidade só não se permite quando tenha por fim atribuir à mulher casada filho havido fora do casamento."

Parágrafo único. Admite-se, porém, a investigação se a mulher casada estiver, à data da concepção, separada de fato do marido."

JUSTIFICAÇÃO

A redação que a Lei do Divórcio (art. 51) deu ao art. 4º da Lei nº 883, de 1949, supera a sugerida pelo Projeto. Como, pelas emendas anteriores, o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido

mesmo na constância da sociedade conjugal do pai, não há como manter o texto do Projeto. A comprovação da separação de fato é indispensável e não necessita figurar no texto do Código. Vide ainda "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos", Orlando Gomes e Nelson Carneiro, Revista Forense, Vol. II, págs. 337 e seguintes.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1948. — Nelson Carneiro.

PARECER

I — Pela rejeição, opina o Professor Couto e Silva: "a emenda da visa, em primeiro lugar, alterar a expressão: "a investigação da paternidade" por investigação de paternidade", e, ainda, excluir a expressão "prole legítima" substituindo por "atribuir à mulher casada filho havido fora do casamento" e suprimir a expressão "ou incestuosa a solteira". No parágrafo único, a emenda reduz a simples separação de fato à data da concepção à hipótese em que a propositura da aludida investigação é possível. No Projeto, o parágrafo único do art. 1.632, prevê duas hipóteses: a) se o filho legítimo de mulher tiver sido concebido depois da dissolução da sociedade conjugal; b) ou da separação ininterrupta do casal por mais de 5 anos, devidamente comprovados em juízo". Conforme se verifica, a separação de fato, pelo período de 5 anos, equivale, para vários efeitos, à verdadeira separação, facultando a investigação de paternidade e maternidade. No sistema adotado pelo Projeto, o artigo é importante e deve ser mantido; e além disso, harmoniza-se com a jurisprudência dos tribunais".

II — Há evidente equívoco na redação da Emenda. Onde se diz equivocadamente "a investigação de paternidade", deveria constar "a investigação de maternidade", já que dela cuida o art. 1.632 do Projeto. A simples leitura da Emenda, inclusive de seu parágrafo único, leva a essa conclusão inevitável. E a idêntico entendimento conduz a justificação oferecida.

O Professor Couto e Silva, a quem escapou o erro datilográfico, opõe-se à Emenda, para manter as expressões "prole legítima" e conservar a impossibilidade da investigação se visa a atribuir à solteira "prole incestuosa". O Relator repela todas essas qualificações, no exame de várias outras emendas. Também não há razão para as duas hipóteses previstas pelo parágrafo único. Se o filho da mulher casada houver sido concebido depois da dissolução da sociedade conjugal, não tem a seu favor a presunção de filho havido na constância do casamento. E não há mais razão, pensa o autor da Emenda e hoje o relator do livro da Família, para que se exija a separação ininterrupta do casal por cinco anos, conquista duramente obtida no futuro, mas transposta pela prova da impossibilidade do convívio sexual entre cônjuges notoriamente separados de fato.

As opiniões sobre as Emendas nºs. 255 e 256, outras razões aduzidas.

Pela aprovação.

EMENDA Nº 255

Autor — Senador Fernando Henrique Cardoso

Dá-se ao caput do art. 1.632 a seguinte redação, suprimindo-se ser parágrafo único:

"Art. 1.632. A investigação de maternidade de se permitida na constância da sociedade conjugal."

JUSTIFICAÇÃO

No momento em que se objetiva a plena igualdade de direitos entre mulher e marido, nada mais justo do que se admitir a possibilidade jurídica da pretensão investigatória de maternidade na constância do casamento, sem se fazer restrições à natureza da

filiação, consoante anotamos na justificativa ao artigo 1.624, a qual ora nos reportamos.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984. — Fernando Henrique Cardoso.

EMENDA Nº 256

Autor — José Fragelli

Suprimir o art. 1.632.

JUSTIFICAÇÃO

As razões da emenda são as mesmas argüidas em favor da supressão do art. 1.624 (cf. supra, Emenda nº 40).

Esta emenda, que apresenta por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

I — O art. 1.632 do Projeto da Câmara dos Deputados está assim redigido:

"Art. 1.632 — A investigação da maternidade de se não se permito quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira."

Parágrafo único — Admite-se, porém, a investigação, se o filho ilegítimo da mulher casada tiver sido concebido depois da dissolução da sociedade conjugal, ou da separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos devidamente comprovada em juízo."

O parágrafo único abre exceção à regra do caput do artigo, ou seja, admite a investigação de paternidade mesmo quando, não havendo separação legal, ou seja dissolução da sociedade conjugal, ocorrer separação de fato do casal por cinco anos ininterruptos, devidamente comprovada em juízo. Assim, permitindo o casamento, permitida estaria a ação investigatória de paternidade. Quando do advento da Lei nº 883, de 1949, que não distinguia entre cônjuges masculino e feminino, foi objeto de largos debates a adulterinidade a matre, afinal acolhida pela doutrina e pela jurisprudência (Cfr. Orlando Gomes e Nelson Carneiro, Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos, vol. I, págs. 337/415). A Lei nº 7.020, de 1982, editou o art. 1º da Lei um parágrafo, o 2º, assim redigido: "Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos". A jurisprudência, em sua função criadora, tem admitido que o registro de nascimento do filho havido fora do casamento, feito antes da dissolução da sociedade conjugal, não padece de nulidade, arguida depois de sua morte. Seria apenas um ato sem eficácia enquanto perdurasse o vínculo ou a sociedade conjugal do autor do respectivo evento. Com a morte deste, o mencionado ato, com vida latente até então, passa a ter eficácia" (RT, 457/216).

Entre tantos julgados, vale referir o da 2ª Câmara Civil do Tribunal de São Paulo (RT 568/72), e de que foi relator o Des. João Del Negro: — Filiação ilegítima — Reconhecimento de filhos havidos em concubinato quando casados ambos os concubinos — ato praticado através escritura pública — ação de anulação — Improcedência e procedência da ação declaratória — Matéria não mais convertida — Separação de fato entre a mãe e o partido ao tempo da concepção ou do nascimento — O reconhecimento

Os filhos adulterinos amare, que antes constituía matéria controvertida, não o é mais, diante do disposto na Lei (6.515/77). Fora do caso prefigurado nessa lei os tribunais têm admitido reconhecimento na constância do casamento, desde que comprovada a separação de fato entre a mãe e o marido ao tempo da concepção ou do nascimento". Valem referidas, nesse passo, notável sentença do então Juiz Goulart Fries, 1952, e as propositivas do saudoso Desembargador Guilherme Estelita, no distante ano de 1949 (Cfr. Orlando Gomes e Nelson Carneiro, ob. cit., pags. 370 a 383, notas 233 n e 233-g).

Entendo que as duas emendas, como redigidas, não podem ser aceitas. Há necessidade de referir-se o Código Civil à investigação da maternidade, o que exclui a aceitação da Emenda nº 256. Embora o novo estatuto deva objetivar "a plena igualdade de direitos entre a mulher e o marido", fundamento da Emenda nº 255, há que levar em conta a presunção que resulta do casamento, relativamente aos filhos nascidos na sua constância. A solução talvez resida em afirmar-se quando a maternidade da mulher casada pode ser investigada, e não quando tal não se admite. O prazo de cinco anos já não se justifica. O principal é que se demonstre a separação (de fato) da mulher casada ao tempo da concepção do filho nascido fora do casamento. Quanto ao reconhecimento voluntário, não há qualquer restrição no art. 1.621 do Projeto, que repete o art. 355 do Código Civil, ao dispor que o "filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente". E a ação investigatória, tal como a jurisprudência tem assentado, seria possível sempre houvesse "separação de fato entre a mãe e o marido", mas somente ao tempo da concepção.

As razões que levam o Professor Couto e Silva a opinar pela rejeição das duas emendas são as seguintes: - "A emenda (nº... 255) tem como finalidade substituir o art. 1.632 pela regra: "a investigação de maternidade é permitida na constância da sociedade conjugal". Ainda que teoricamente fosse defensável esta idéia, na prática ela criaria situações insustentáveis e altamente embaraçosas, e serviria a fins que não se recomendam".

As duas Emendas (nºs 255 e 256) estão prejudicadas, face à aprovação da de nº 254, corrigida no caput do art. 1.632 as expressões "a investigação de paternidade" por "investigação de maternidade".

EMENDA Nº 257

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.636:

"Art. 1.636. Só o maior de trinta anos pode adotar.

Parágrafo Único. Nenhum dos cônjuges pode adotar sem o consentimento do outro, salvo se for legalmente impossível obtê-lo."

Justificação

Não há motivo para o uso do plural, que pode ensejar o entendimento de que o viúvo, por exemplo, não pode adotar. Ou o solteiro maior de trinta anos. O parágrafo constava do Projeto Orlando Gomes.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. - NELSON CARNEIRO."

Parecer do (Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 257. Pela rejeição.

Justificação: A expressão "só os maiores de 30 anos podem adotar" está no plural genérico, abrangente de toda a categoria das pessoas que sejam maiores, não havendo razão nenhuma para pô-la no singular. Não é necessária a regra do parágrafo Único proposto pela emenda do art. 1.630, porquanto, pelo sistema do Projeto, se o adotante for casado é óbvio que será necessário o

consentimento do outro cônjuge, não sendo curial que se ressalve a hipótese de ser impossível obtê-lo."

PARECEER

Cinge-se o parecer, como tem sido observado na apreciação das emendas anteriores, a examinar se a sugestão oferecida deve ou não substituir o texto aprovado pela Câmara dos Deputados. Trabalho preliminar, não cabe ao relator, nesta etapa, ir além. Depois que a Comissão se manifestar sobre este pronunciamento inicial, então cumprirá ao relator um trabalho mais árduo, o de sistematização, de tal sorte que lhe seja possível oferecer à consideração de seus ilustres pares um substitutivo de todo o Livro, que disciplina o Direito de Família.

Tudo não obstante, nem sempre o parecer se poderá cingir à simples opinião contrária ou favorável à emenda em exame. Se parece irrelevante, em face dos dispositivos seguintes, a expressão maior em lugar de maiores, ganha de relevo, no pórtico do exame do instituto da adoção, a idade do adotante. O Código de 1916 referia-se aos "maiores de cinquenta anos" (art. 368), posteriormente reduzido para trinta (Lei nº 3.133, de 1957), aceita pelo Projeto Orlando Gomes (art. 235). O Código de Menores (Lei nº 6.697, de 1980), determina, em seu art. 27, que "a adoção simples de menor em situação irregular rege-se pela lei civil, observado o disposto neste Código" (art. 27). O Projeto da Câmara dos Deputados mantém os 30 anos (art. 1.636), assim como a emenda ora em debate. Emenda oferecida pela Associação Brasileira de Juízes e Curadores do Rio de Janeiro propõe que essa idade seja diminuída para 25 anos, tal como ocorre na Austrália (Queensland), Grã-Bretanha e Países Escandinavos, como informa o Professor Antônio Chaves. ("Adoção, Adoção Simples e Adoção Plena", 2ª ed., pág. 56). As razões que excluiriam, por exemplo, a maioridade como bastante para adotar em vigor no Canadá, Colômbia, Hungria, Japão, New York e algumas unidades dos EUA, a Tcheco-Eslováquia e a URSS, ressaltou inconveniente ao hoje Ministro Oscar Corrêa - como recorda o mestre paulista - porque com ela (maioridade) surge, efetivamente, a experiência da vida, com resoluções próprias, convido aguardar mais tirocínio e conhecimento.

Insurge-se o Professor Couto e Silva, com razão, contra a substituição da expressão "só os maiores" por "só o maior". eis que se trata de plural genérico, abrangente de toda a categoria das pessoas que sejam maiores, não havendo razão nenhuma para pô-la no singular". Já, entretanto, no que diz respeito ao parágrafo Único, o ilustre civilista não tem razão, quando afirma: "Não é necessária a regra do parágrafo Único do art. 1.630, porquanto pelo sistema do Projeto, se o adotante for casado é óbvio que será necessário o consentimento do outro cônjuge, não sendo curial que se ressalve a hipótese de ser impossível obtê-lo". Tão curial não pareceu a hipótese ao legislador suíço: "Une personne mariée, âgée de 35 ans révolus, peut adopter seule lorsqu'une adoption conjointe se révèle impossible parce que le conjoint est devenu incapable de discernement de manière durable, ou qui il est absent depuis plus de deux ans sans résidence connue, ou lorsque la séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois années". E a Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Família sugere ao art. 1.636 se acrescente um parágrafo, o 3º, assim redigido: "Sendo casado o adotante, é indispensável o consentimento do outro cônjuge, o qual só poderá ser judicialmente suprido em caso de ausência". Paulo Lúcio Nogueira diverge: - "O homem casado pode adotar sem o consentimento da mulher, pois trata-se de ato que não se encontra no elenco daqueles que o marido não pode praticar sem o consentimento da esposa (RT., 481:96, 475:96), mesmo que tenha filhos (Comentários ao Código de Menores, pág. 71)".

Em consequência, mantido o § único, dá-se ao caput da Emenda, a seguinte redação:

"Só os maiores de trinta anos podem adotar."

Pela aprovação, na forma da Emenda Substitutiva.

EMENDA Nº 258

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Dê-se ao Capítulo V do Subtítulo II do Título I do Livro IV do projeto a seguinte redação:

"CAPÍTULO V
Da Adoção
Seção I
Disposições Gerais

"Art. 1.636. Podem adotar os maiores de vinte e cinco anos, respeitado o limite de sessenta anos.

§ 1º Além dos sessenta anos, só podem adotar se o adotado tiver vivido em sua companhia por mais de dez anos.

§ 2º Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos dois anos de casamento.

Art. 1.637. Os adotantes não de ser pelo menos dezoito anos mais velhos que o adotado.

Art. 1.638. Enquanto não der contas de sua administração e não saldar eventual débito, não poderá o tutor, ou curador, adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 1.639. A adoção depende do consentimento dos pais, ou dos representantes legais de quem se deseja adotar.

Art. 1.640. A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada desde que um deles tenha completado 25 anos de idade.

§ 1º Se os adotantes forem os concubinos, a união concubinária deverá ser estável e contar com, no mínimo, 5 anos.

§ 2º Os cônjuges separados judicialmente ou divorciados poderão requerer a adoção do menor que tenha estado sob sua guarda na constância do matrimônio.

§ 3º As pessoas viúvas, solteiras ou divorciadas, com mais de 25 anos de idade, poderão requerer a adoção de menor integrado em seu lar há mais de um ano.

§ 4º — É permitida a adoção póstuma se o falecido já praticou todos os atos destinados à sua formalização ou manifestou expressamente por escrito sua vontade de adotar.

SEÇÃO II
Da Adoção

Art. 1.641. É permitida a adoção do maior cuja convivência familiar com o adotante seja contínua, por dez anos, no mínimo.

Art. 1.642. A adoção será constituída mediante processo judicial.

§ 1º Os pais podem dar o seu consentimento formal, por antecipação, sem designar o adotante.

§ 2º Esse consentimento é revogável no primeiro ano de sua manifestação.

Art. 1.643. Não há necessidade de consentimento do representante legal do menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder, sem nomeação de tutor.

Art. 1.644. O pedido da adoção será concedido sempre em benefício do adotando.

Art. 1.645. A adoção atribui a situação de filho legítimo ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais ou parentes.

Art. 1.646. A adoção confere ao menor o nome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, a pedido do adotante ou do adotado.

Art. 1.647. Os efeitos da adoção começam a partir da homologação da sentença.

Art. 1.648. A sentença concessiva da adoção é coisa julgada, devendo ser inscrita no Registro Civil como registro fora de prazo no qual serão consignados os nomes dos pais adotivos e seus ascendentes.

§ 1º O mandado será arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidão.

§ 2º Nas certidões do registro nenhuma observação poderá constar sobre as origens do ato.

Art. 1.649. O estrangeiro domiciliado fora do país somente poderá requerer a adoção, observadas as formalidades exigidas pela lei.

SEÇÃO III
Da adoção restrita

Art. 1.650. A adoção restrita far-se-á por escritura pública autorizada por alvará judicial.

Art. 1.651. O parentesco resultante da adoção restrita limita-se ao adotante e ao adotado.

Art. 1.652. 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. 1.653. Cessada a interdição ou a menoridade, o adotado poderá desligar-se da adoção no ano imediato."

Justificação

Aprovado pela Câmara dos Deputados, que instituiu o novo Código Civil, embora tenha dado à adoção novos contornos, ainda não garantiu ao instituto suficiente flexibilidade para o adaptar às condições da realidade brasileira, sobretudo em relação à premente questão social e humana do menor abandonado e/ou carente.

Ele dá maior amplitude ao campo de aplicação da adoção, porém, mantém a denominação de adoção para diferentes institutos, tais como a adoção plena e a adoção simples, ora chamada de "restrita".

Melhora a situação do instituto quando estende para 16 anos de idade máxima do adotado, no caso de adoção plena, que hoje está limitada aos 7 anos. Contém inovação positiva na equiparação expressa do adotado ao filho legítimo para efeito de sucessão, mas retrocede ao manter a restrição de herdar dos avós, salvo se estes aprovarem formalmente a adoção.

O que de mais grave se apresenta no projeto do Código Civil é a introdução dos artigos 1.675, 1.676 e 1.677, que significam claro retrocesso ao fazer com que a sentença judicial que concede a adoção plena seja possível da revogação.

Na verdade o instituto da adoção deveria caminhar para um só tipo de adoção plena e irrevogável, for na perfeita de filiação civil. Os outros casos de proteção ao menor deveriam ficar contidos nos institutos de guarda e tutela.

No entanto, visando a uma conciliação entre os diversos conceitos, optamos por manter a atual adoção simples sob o nome de adoção restrita, como estímulo a formas de proteção a crianças carentes, com vínculos de parentesco mais amenos. Mantivemos, outrossim, a adoção, como meio de constituição de uma família civil, mais próxima possível do conceito de família biológica, abandonando a adoção plena, criada pelo Código do Menor. Entendemos que a paternidade e a maternidade adotivas não são de segunda classe, mas têm um teor de autodeterminação e liberdade a ser acentuado.

Reduziu-se o limite de idade dos adotantes e, em sendo casados, fixou-se um mínimo de dois anos, para o matrimônio.

O anteprojeto deferia a adoção aos concubinos, subordinada à idade mínima de um deles (25 anos) e à estabilidade de sua união, por mais de cinco anos. Também se estendeu a permissão aos cônjuges separados judicialmente ou divorciados, na forma proposta pelo § 2º do art. 1.640.

Mesmo a adoção póstuma deve ser permitida, quando o falecido terá praticado todos os atos destinados à sua formalização. É o que se contém no § 4º do mesmo artigo 1.640.

Estendeu-se a possibilidade da adoção no maior, subordinada, contudo, a uma exigência convivencial que há de ser, pelo menos, de dez anos. Este prazo funda sua origem na necessidade de obstar meras adoções de conveniência, quando deles se cuida.

A revogabilidade do consentimento formal da adoção, pelos pais naturais da criança, foi limitada a um ano, em virtude da definitividade que a emenda pretendeu resguardar.

No artigo 1.645 o texto do Código Civil aprovado pela Câmara dos Deputados foi modificado, para adaptá-lo ao direito vigente, no Código do Menor.

Sob a mesma orientação deu-se força de coisa julgada à sentença concessiva da adoção, integrando-se no registro a ser feito, os nomes dos pais adotivos de seus ascendentes.

Permitiu-se a adoção por estrangeiro, mesmo não domiciliado no país. Contudo, essa hipótese foi restringida à adoção e à observância das formalidades legais brasileiras, de maneira a resguardar os superiores interesses do menor, que, permanentemente, se acham ressaltados no anteprojeto. Por isso mesmo, a liberdade de adoção pelo estrangeiro não foi estendida à adoção restrita.

É essa a contribuição que entendemos de nosso de ver submeter ao Senado Federal. Um dos mais graves problemas da realidade brasileira contemporânea se filia ao drama das crianças abandonadas. Há que se ter presente, simultaneamente, a insuficiência dos meios dos poderes públicos de dar solução ao problema, que contudo está a exigir os esforços de toda a sociedade, para lhe pôr cobro às gravíssimas conseqüências. Pensamos que uma nova estrutura legislativa para a adoção

será compatível com esses graves objetivos. A que ora se propõe tem a pretensão de atingir tais propósitos.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984. — PER
NANDO HENRIQUE CARDOSO."

Por alcançar a Emenda agora examinada todo o Capítulo V do Subtítulo II do Título I do Livro IV do Projeto, relativo à adoção, natural que se reproduza, integralmente, para o mais amplo conhecimento da Comissão Especial, as razões que levaram o Professor Couto e Silva a opinar pela rejeição da aludida proposição, são, na íntegra, as seguintes:

Parecer do (Professor Couto e Silva)

"Emenda nº 258. Pela rejeição."

Justificação: Nessa emenda, formulam-se diversos artigos a respeito da adoção. Propõe-se nova redação para o art. 1.636 "de 30 para 25", havendo limite de 60 anos para o adotante. Questão de idade é sempre arbitrária: a idade adotada pelo Projeto parece adequada. De outra forma, dever-se-ia baixar o limite da simples maioridade. Exigiu-se uma idade específica para o adotante, e situou-se em 30 anos, não havendo razão para reduzi-la à 25 anos para o adotante. A idade de 30 anos, prevista no Projeto, parece própria a uma estabilidade emocional e econômica, sem a qual a adoção não subsiste. Por outro lado, exige-se uma diferença de 16 anos entre o adotante e o adotado, não podendo ser adotadas pessoas com mais de 16 anos, a menos que desde essa idade tenham estado aos cuidados do adotante, embora não possa ultrapassar os 21 anos, e nem ser emancipado (art. 1.641). Além disso, contém-se na Emenda, um limite máximo para adoção, fixado em 60 anos. Todavia, não parece conveniente essa limitação, porquanto o juiz, ao examinar o pedido na adoção plena, que são as que mais importam, verificará se a adoção beneficia o adotado, não havendo, assim, razão para estabelecer uma idade máxima para o adotante. No § 2º, do art. 1.633, formula-se a regra de que "ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos dois anos de casamento". Esta disposição reproduz o que se contém no parágrafo único, do art. 1.636 do Projeto, reduzindo, entretanto, o prazo de 5 para 2 anos. Parece preferível o período de 5 anos. Ele configura-se como juízo presumível da estabilidade do casamento, e 5 anos parecem atender a este requisito. No art. 1.637, usa-se a expressão "o adotante" ao invés de "os adotantes", como está na emenda. As duas formas se equivalem, parecendo, entretanto, mais exato e elegante que se use no singular e não no plural, como está no Projeto. O art. 1.638 da Emenda tem a mesma redação do art. 1.638 do Projeto. No art. 1.639, a emenda exclui, a parte final, "e, também, da concordância deste, se contar mais de 14 anos de idade", se o adotado tiver mais de 14 anos de idade, embora seja absolutamente incapaz, possui condições de ajuzar se deseja, ou não, ser adotado, razão pela qual o Projeto, nos termos, aliás, do novo Código Civil Português, permitiu que ele pudesse participar do processo de adoção, manifestando a sua concordância. Justifica-se o fato porque, em geral, a idade máxima para ser adotado é de 16 anos, idade, aliás, em que cessa a incapacidade absoluta. Por esse motivo, deu-se oportunidade a que, aos 14 anos de idade, ele manifestar a sua concordância.

O art. 1.640 da Emenda prevê "a adoção pelos cônjuges ou pelos concubinos". Não parece admissível que a adoção possa ser feita por concubinos. Nesse caso, estar-se-ia a equiparar o casamento, ao simples concubinato, em matéria em que tal equiparação não cabe. Em razão do divórcio, a importância do concubinato tende a esmaecer, porquanto, na generalidade dos casos, é possível restabelecer a união conjugal através de novo

casamento. No § 2º do art. 1.640, nos termos da Emenda, permite-se que os cônjuges separados judicialmente ou divorciados possam adotar menor que tenha estado sob a sua guarda na constância do matrimônio. Mas, neste caso, um ou outro deveria adotar. A adoção por parte de cônjuge divorciado ou separado perde grande parte de sua finalidade, porquanto só um deles deveria, então, adotar. Parece correta a regra do art. 1.640 do Projeto em que se afirma: "ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher". Admitir a adoção em conjunto por cônjuge divorciado ou separado seria multiplicar os problemas, ao invés de resolvê-los. Cogita o § 4º da Emenda da adoção póstuma. Todavia, a adoção é um ato que deve referir-se ao futuro. A adoção póstuma teria apenas efeitos patrimoniais, que poderiam ser estabelecidos pelo interessado através de testamento. Admitir-se, entretanto, a adoção póstuma, poderia configurá-la como instituto de efeitos meramente pecuniários, o que tem sucedido em muitos países. A adoção deve configurar-se através de critérios exatos para evitar-se que, através dela, se estabeleçam fraudes à legítima dos ascendentes, e se estabeleçam adoções puramente econômicas. Por todos esses motivos, a adoção póstuma não parece ser uma ideia feliz.

Na seção II, a aludida Emenda formulou uma regra, no art. 1.641, permitindo "a adoção do maior cuja convivência familiar com o adotante tenha sido de 10 anos, no mínimo". Todavia, a adoção plena é instituto que se endereça em geral a menores. Seria difícil que ela abrangesse maiores. Quanto a estes, haveria, se o problema fosse apenas estabelecer um vínculo hereditário, sempre a possibilidade de realizar testamento, com a instituição de herdeiro. Não é essa a finalidade da adoção.

O art. 1.642 do Projeto modifica um pouco a redação do Projeto afirmando, apenas, que a "adoção será constituída mediante processo judicial". A adoção é um ato misto. É necessário dizer como ela se constituirá. Não é, tão-somente, a sentença do juiz que constitui a adoção, pois ela depende do consentimento do adotado ou de seu representante legal, caso seja incapaz. Neste artigo segundo a emenda, incluiu-se a expressão "formal" depois do vocábulo consentimento. Não se entende, entretanto, o que se pretende dizer com o termo "formal". Prevê-se no § 2º, a revogação desse consentimento "no primeiro ano de sua manifestação". Todavia, parece mais exata a regra do § 2º do Projeto, em que se diz que a revogação é possível se chegar ao conhecimento do juiz antes de lavrada a sentença. Lavrada a sentença, não haveria como revogá-la. Enfim, não há na emenda o § 3º, porquanto ela não prevê o consentimento do próprio adotado. No Projeto, está previsto e parece necessário. O § 3º do art. 1.642 do projeto deve, assim, ser mantido. O art. 1.643 da emenda excluiu a parte final do art. 1.643 do Projeto "ou de irmão ou reclamado por qualquer parente por mais de um ano". Parece necessária essa proposição, porquanto, de outro modo, se tornaria muito difícil a adoção de órfãos. O art. 1.644 do Projeto é mantido com outra redação pela emenda: "O pedido de adoção será concedido sempre em benefício do adotando". E no art. 1.644 do Projeto tem-se a regra: "O pedido de adoção será concedido sempre em benefício do adotando", que parece melhor. O Projeto exige que haja efetivo benefício, o que exclui discussões a respeito do tipo de benefícios e se seria suficiente o benefício potencial, futuro ou hipotético.

O art. 1.645 do Projeto, ao disciplinar os efeitos da adoção, determina que ela desligará o adotado

de qualquer vínculo com seus pais e parentes, "salvo os relativos a impedimentos matrimoniais e a sucessão prevista no art. 1.681". Segundo a Emenda, esta última parte deveria ser excluída, entretanto, é necessário esclarecer que os impedimentos matrimoniais, apesar dos efeitos da adoção plena, persistem, pois não é possível admitir casamento em face de parentesco próximo, em qualquer hipótese. Houve, na verdade, no art. 1.645 do Projeto, um erro de remissão, porquanto o artigo que se refere à sucessão em matéria de adoção plena, é o art. 1.680 e não o art. 1.681, havendo, portanto, lugar para essa correção; mas a regra jurídica é exata, pois para vincular aos ascendentes do adotante é preciso o consentimento deles.

No art. 1.645, não houve, na verdade, uma imprecisão, ou erro de redação no Projeto, porquanto ali se menciona a "decisão confere ao menor" (etc.); e está certa a regra, uma vez que é a decisão no processo de adoção que confere os efeitos ali prescritos. Quanto ao art. 1.647, a Emenda reza o seguinte: os efeitos da adoção começam a partir da homologação da "sentença", enquanto que o projeto tem regras mais extensas. Estabelece os efeitos da adoção, esclarecendo o parágrafo único a circunstância de os efeitos somente se estendarem aos ascendentes do adotante se houverem aprovado, por ato inequívoco, a aludida adoção. Esse parágrafo único foi excluído na Emenda e parece ser da mais alta relevância a sua manutenção. Observe-se que no Direito brasileiro a legítima deve ser atribuída "in natura" e não corresponde ao Direito de outros países em que a legítima não tem essa amplitude; cuida-se, simplesmente, de um dever, de mera obrigação, podendo perfeitamente, ser atribuída toda parte hereditária a um só dos herdeiros, conferindo-se aos outros herdeiros apenas um crédito sobre a herança. A nossa concepção, mantida no Projeto, é tradicional, e assegura melhor os direitos sucessórios dos herdeiros necessários do que a de outros países, que não têm a mesma disposição; conseqüentemente, não é possível restringir o direito dos ascendentes. Fazendo com que se irradie contra os ascendentes os efeitos da adoção, limita-se-lhes, ao mesmo tempo, a faculdade de testar, porquanto se criou um herdeiro necessário. E para a sua criação, através da adoção plena, não se exigiu a concordância dos ascendentes. Não parece que isso se amolde ao espírito do direito brasileiro; especialmente, em razão do fato de termos o conceito material de legítima e um direito sucessório mais restrito quanto à amplitude do poder de testar do que outros sistemas jurídicos.

O art. 1.648 da Emenda qualifica o tipo de sentença e os efeitos dela resultantes. Não parece de boa técnica legislativa qualificar-se, no campo do Direito Civil, eficácia própria do Direito Processual; e, também, esclarecer como deverá ser feito o registro, porquanto esta última parte diz respeito ao Direito Registral, e deveria constar na Lei dos Registros Públicos e não no Código Civil.

Há uma regra da emenda, a respeito de estrangeiro, no art. 1.649. É evidente que uma adoção feita no Brasil, por estrangeiro ou nacional, tem de obedecer às leis do País; por isso esta regra de Direito Internacional Privado não deve constar no Código Civil. As demais disposições a respeito da rescisão da sentença e da possibilidade de ação de investigação de paternidade são excluídas, na Emenda; e, no entanto, parece ser da maior importância a manutenção dos arts. 1.648, 1.649 e 1.950 do Projeto, porque acentuam ser o direito ao reconhecimento da paternidade, em seus aspectos pessoais, um direito de personalidade, e não pode, assim, ser restringido pelos efeitos da adoção plena, sob

pena de se criarem situações absolutamente injustas, dando margem à todo tipo de fraude em matéria de filiação. Observe-se que no direito brasileiro, a ação de investigação da paternidade, quanto aos efeitos pessoais, é imprescritível (Súmula nº 149) com o que se acentua-se constituir em verdadeiro direito de personalidade.

O art. 1.651 da Emenda corresponde ao art. 1.651 do Projeto; e o art. 1.652 da Emenda corresponde ao art. 1.653 do Projeto. Por fim, o art. 1.653 da Emenda tem redação um pouco diversa da do art. 1.654, devendo ser mantida a do Projeto, pois se cuida do problema de redação e a do Projeto parece ser a mais adequada. Foram excluídas na Emenda as regras do art. 1.655, 1.656 e 1.657 que parecem, entretanto, das mais importantes. Em primeiro lugar, porque o art. 1.655 determina os casos em que se dissolve os vínculos da adoção restrita. O art. 1.656 diz respeito ao nome que terá o adotado, e finalmente, no art. 1.657, há uma regra de aplicação subsidiária de alguns princípios da adoção plena à adoção restrita, não havendo motivo para excluir esses princípios do regramento geral da adoção. Por esses fundamentos, foi rejeitada, em sua totalidade, a Emenda nº 258."

PARECER

Impõe-se ao relator examinar um a um os artigos da Emenda, para manifestar, em cada caso, sua opinião, na esperança de contribuir para mais fácil pronunciamento dos ilustres membros da Comissão Especial. E fa-lo-á artigo por artigo.

O caput do art. 1.636 fixaria em 25 anos a idade mínima do adotante e em 60 a máxima. No que tange à idade mínima do adotante, melhor será manter-se 30 anos, como já exposto no exame da Emenda nº 257, e que é o da Lei nº 3.133, de 1957, de autoria do Senador Mozart Lago, acolhendo a crítica da Professora Esther de Figueiredo Ferraz na Primeira Semana de Estudos sobre a Família, de 1951. E a do art. 368 do Código Civil, do art. 225 do projeto Orlando Gomes e do art. 1.663 do projeto da Câmara.

Já a fixação da idade máxima de sessenta anos para o adotante não parece digna de acolhida. A própria justificação assinala que se deve garantir "ao instituto suficiente flexibilidade para se adaptar às condições da realidade brasileira". Ao juiz caberá, em cada caso, verificar se a adoção atende aos interesses do adotando, tornando assim desnecessária a disposição do § 1º do art. 1.636, propugnado pelo Emenda. Mas a proposta convoca a Comissão a estudar a conveniência de fixar-se a idade máxima de 18 anos para o adotando, pondo termo — na advertência de Antônio Chaves — "ao uso da adoção de maiores, até mesmo casados e com filhos, ninho de imoralidades, falcaturas e crimes" (ob. cit., pág. 682). Guilherme A. Borda, ao comentar o art. 2º da Lei Argentina nº 13.252, é da mesma opinião: "Calquier menor hasta los 18 años puede ser adoptado. Ha quedado, por tanto, eliminada la adopción de mayores de edad, que admitían las leyes romanas. No se ve, en verdad, que en estos casos la institución pueda tener sentido ni utilidad práctica. Las finalidades de la adopción no pueden cumplirse cuando se trata de un hombre formado, que no necesita protección, y que no podrá desarrollar sentimientos que sólo nacen en la niñez" (Tratado de Derecho Civil, II, 116/7).

O § 2º do art. 1.636 reduz a dois anos o prazo de cinco sem qualquer explicação. Este é o texto do art. 31 do Código de Menores e a redação proposta pela Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores e do Código Suíço (art. 264²). Urge, entretanto, facilitar a adoção, com as devidas cautelas. Pela aprovação, nos termos da sugestão do Ilustre Juiz Liborne Siqueira: — três anos.

Ao art. 1.637, a Emenda usa o plural "adotantes" em vez de "adotante". Harmonizar-se-ia com o plural do art. 1.636 do projeto. Pela aprovação.

Os arts. 1.637 e 1.638 reproduzem o Projeto.

O art. 1.639 do Projeto exige a concordância do adotando, se contar 14 anos, como no direito espanhol (art. 173B, do Código Civil) providência que a Emenda suprime e a Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores mantém. Antônio Chaves recorda as vacilações jurisprudenciais (ob. cit., 108/111 e 394/401). O parecer adota a opinião do Professor Couto e Silva, e mantém o texto impugnado. Como adoção dependerá sempre de autorização judicial, acolhida está a lição do mestre paulista, ao propugnar que a homologação seja precedida de exame e verificação pessoal do juiz, "caso por caso" (ob. cit., pág. 677). Pela rejeição.

Maior exame reclama a Emenda nº 258 quando sugere nova redação ao art. 1.640 do Projeto, para incluir ao lado dos cônjuges os concubinos de mais de cinco anos de convivência. Projeto de minha autoria (nº) já possibilita a adoção por quem vive em estado de casado, inclusive levando em consideração a existência do grande número de lares constituídos apenas religiosamente. Preferível, consequentemente, a redação da Emenda nº 262, que exige, em vez de concubinato estável, um pouco mais, o estado de casado dos adotantes. Como já manifestado anteriormente, não vejo razão para reduzir-se a idade mínima do adotante, de 30 para 25 anos. Mas o prazo da união estável deve ser reduzido a três anos, como propõe o Juiz Liborne Siqueira. Com essas restrições opino favoravelmente à Emenda nº 258, relativamente ao art. 1.640 e seu § 1º, nos exatos termos da Emenda nº 262. Pela aprovação. (*)

O Projeto Jaedex Albergaria propunha a adoção pelos cônjuges desquitados (hoje se diria separados judicialmente), afinal aceita pela Câmara dos Deputados (relator o atual Ministro Oscar Corrêa) e que ora integra o Código de Menores (art. 34), in verbis: "Aos cônjuges separados judicialmente, havendo começado o estágio de convivência com três anos na constância da sociedade conjugal, é lícito requererem adoção plena, se acordarem sobre a guarda do menor após a separação judicial". A Emenda não exige o estágio de três anos, o que daria razão ao Professor Couto e Silva ao afirmar que a proposta poderia "multiplicar os problemas, ao invés de resolvê-los". Urge fixar um prazo menor, de um ano de convivência, atento à necessidade de facilitar a adoção, ainda que com as devidas cautelas. Na separação, ao contrário, entretanto, ao que pensa o mestre sulriograndense, só haveria um adotante, aquele a quem fosse deferida a guarda do adotado. Pela aprovação, com essas ressalvas.

(*) Nota da Revisão — A Constituição (art. 226, § 2º) estende a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher.

O § 3º do art. 1.640 prevê a hipótese de pessoas viúvas, solteiras ou divorciadas, maiores de 25 anos, adotarem menor integrado em seu lar há mais de um ano. Nada impede a aprovação da Emenda, desde que o adotante (viúvo ou divorciado) seja maior de 30 anos e tenha em sua companhia o adotado há três anos no mínimo, eis que ao juiz caberá examinar, caso a caso, a conveniência de deferir a adoção. Pela aprovação, nos termos do parecer.

O § 4º admite a adoção póstuma. Até hoje não a acolheu a legislação pátria. Venceu-se, é certo, o obstáculo maior, que Lafayett, citando Portalis, resumiu numa frase: "Sendo, pois, a adoção uma instituição obsoleta, seria uma verdadeiramente inutilidade tratar dela" (Direitos de Família, 2ª ed., 1889, 245). O mesmo aconteceria na Argentina. Velez sarsfield e Babiloni entendiam que a adoção não estava nos costumes de seu povo, nem a exigia nenhum bem social, nem os particulares (Victor M. Romero Del Prado, Matrimônio-Divórcio, Córdoba, págs. 245/7). Não foi tranqüila a inclusão do instituto no Código Civil, como recorda Clóvis Bevilacqua, ao referir as objeções levantadas por Gonçalves Chaves, membro da Comissão do Senado (Direito de Família, 8ª ed., pág. 356, nota 12). Em nenhum dos projetos (Orlando Gomes, Anteprojeto Miguel Reale, Projeto da Câmara), ou no Código de Menores, foi incluída adoção póstuma. Favoráveis à adoção póstuma desde que cumpridas em vida determinadas exigências legais, manifesta Antônio Chaves (ob. cit., págs. 296/300), referindo a autoridade de Fontes de Miranda. Invoca o Código francês, que hoje regula a hipótese em seu art. 353: Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête

peut être présentée en son nom pour le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant".

Em vigor desde 1º de janeiro de 1978, o Código Civil Suíço admite a adoção póstuma: "Art. 268 - Lorsqu'une requête d'adoption est déposée, la mort ou l'incapacité de discernement de l'adoptant ne fait pas obstacle à l'adoption, se les réalisations des autres conditions ne s'en trouvent pas compromises". A idéia não parece feliz ao Professor Couto e Silva, já que teria "apenas efeitos patrimoniais, que poderiam ser estabelecidos pelo interessado através do testamento". À seu ver, a admissão da adoção póstuma iria "configurá-la como instituto de efeitos meramente pecuniários, o que tem sucedido em muitos países". Mas a adoção, iniciada em vida pelo adotante, nem sempre visa a benefícios patrimoniais. A Emenda somente admite a adoção póstuma "se o falecido já praticou todos os atos destinados à sua formalização ou manifestou expressamente por escrito sua vontade de adotar". Pela aprovação.

O art. 1.641 do Projeto trata da adoção plena, restringindo-a ao menor de 16 anos, ou ao de 21 não emancipado. A Emenda permite a adoção do maior "cuja convivência com o adotante seja contínua por dez anos, no mínimo". O relator deixou consignado seu aplauso à limitação sugerida pelo eminente Professor Antônio Chaves e antecipou posição contrária à adoção de maior contra a qual se insurge "a tendência patente de códigos de leis mais recentes no sentido de limitar a adoção apenas aos menores de idade - Alemanha Oriental, Grã-Bretanha, Hungria, Iugoslávia, México, Polônia, Suécia, Tcheco-Eslôvaquia, União Soviética e Uruguai" (ob. cit., págs. 686/7). O Código Civil da Colômbia, em seu art. 272, dispõe: "Solo podrán adoptarse menores de 18 años, salvo que el adoptante hubiera tenido el cuidado personal del adoptado antes de que este cumpliera tal edad. Si el menor tuviera bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores". (Lei 5, de 1975). A Associação Brasileira de Juizes e Curadores de Menores não afiora o problema, mas sugere que no art. 1.641 se inscreva que "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" que o Projeto Orlando Gomes, reduziria a doze (art. 238, § único), enquanto o Código Espanhol inclui entre os que devem consentir "o adotando maior de quatorze anos e seu cônjuge". Em caso de separação legal, não será necessário o consentimento do cônjuge do adotando (art. 173). Contra a aprovação da Emenda manifestou-se o Professor Couto e Silva, aduzindo que "a adoção plena é instituto que se endereça em geral a menores. Seria difícil que ela abrangesse maiores. Quanto a estes, haveria, se o problema fosse apenas estabelecer um vínculo hereditário, sempre a possibilidade de realizar testamento, com a instituição de herdeiro. Não é essa a finalidade da adoção". A atual redação do art. 266 do Código Suíço oferece solução que, com alterações, pode ser adotada entre nós. Uma dessas restrições é que a referida legislação somente permite a adoção de maiores ou interditos, na ausência de descendentes, o que não ocorre entre nós, ao menos desde a nova redação

do art. 2º da Lei 883, dada pela Lei do Divórcio, que assegurou a todos os filhos, inclusive aos adotivos, os mesmos direitos hereditários. Vale, entretanto, referir as hipóteses do estatuto suíço: "Lorsqu'elle souffre d'une infirmité physique ou mentale nécessitant une aide permanente et que les parent adoptifs lui ont fourni des soins pendant au moins cinq ans; 2. Lorsque, durant sa minorité, les parents adoptifs lui ont fourni les soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins cinq ans; 3. Lorsqu'il y a d'autres justes motifs et qu'elle a vécu pendant au moins cinq ans en communauté domestique avec les parents adoptifs". Como simples sugestão a Comissão Especial, o relator entende que a Emenda pode ser aprovada, desde que assim redigida: "É permitida a adoção do maior de até 25 anos cuja convivência familiar com o adotante seja contínua e notória, por dez anos, no mínimo". É exceção que se justifica porque o adotando já terá residido durante seis anos, no mínimo, até a maioridade, com o adotante. Nestes termos, o voto é pela aprovação.

O art. 1.642, tal como proposto pela Emenda nº 258, não rece acolhida por sua concisão. Não será realmente necessário repetir que "depende de consentimento do adotado ou de seu representante legal, se for incapaz", porque consta do art. 1.639, da Seção I (Disposições Gerais). Pela aprovação.

A expressão formal, do § 1º do art. 1.642, incluída na Emenda nº 258, não souu bem aos ouvidos do Professor Couto e Silva: "Não se entende, entretanto, o que se pretende dizer com o termo formal". O adjetivo deve ser traduzido como expresso, se bem entendida a vontade do ilustre autor da Emenda, tanto mais quando a adoção é autorizada pelos pais, sem designar o adotante. Como a concordância dos pais é sempre formal ou expressa, não há porque repetir a qualificação. Já as expressões "por antecipação", poderiam induzir à adoção do nascituro, banida pelo Projeto Orlando Gomes e que Antônio Chaves considera "verdadeira conquista" (ob. cit., pág. 676). Pela aprovação, com a seguinte redação: "Os pais podem dar o seu consentimento, sem designar o adotante".

A Emenda fixa no § 2º do art. 1.642 em um ano o prazo para revogação da adoção, quando a regra adotada pela Câmara prescreva melhor os interesses do adotante e do adotado, tanto mais quando a intervenção do juiz não pode ser, em qualquer caso, simplesmente homologatória. Sua decisão, ao revés, deverá resultar de cuidadosas inquirições e pesquisas, tendo em vista o fim social da adoção, a personalidade dos adotantes e o benefício a ser recolhido pelo adotando. Pela rejeição.

Também a Emenda nº 258 risca, sem explicação, o § 3º do art. 1.642, que valida a adoção se houver consentimento posterior do adotado. Já a admitia o Projeto Orlando Gomes (parágrafo único do art. 228). Pela rejeição.

No art. 1.643, a Emenda nº 258 suprime as expressões finais do Projeto, "ou de irmão não reclamado por qualquer parente, por mais de uma ano", e que - a razão está com Couto e Silva - poderia dificultar a adoção de irmãos. Pela rejeição.

Reza o art. 1.644 do Projeto: "somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotante", e a Emenda nº 258 propõe que lhe seja dada a seguinte redação: "O pedido de adoção será concedido sempre em benefício do adotando". Couto e Silva explica que "o Projeto exige que haja efetivo benefício, o que exclui discussões a respeito do tipo de benefício potencial, futuro ou hipotético". Também a redação do art. 1.644 resulta, no entender do relator, mais enfática, sendo de notar que não se concede o pedido de adoção, mas se defere o pedido de adoção, sempre em favor do adotando. Assim, melhor seria, igualmente, que se substitua no texto do Projeto a expressão "admitida" por "deferida", o que ainda uma vez faz expressa a necessidade do Juiz proceder a um exame, "caso a caso, em vez de apenas homologar o acordado entre adotantes e adotados. EMENDA SUBSTITUTIVA Nº 1: "Os efeitos da adoção começam a partir da inscrição da sentença, cancelando-se tudo mais quanto proposto pela Câmara, seja no caput, seja no parágrafo único.

Com razão, insurge-se o Professor Couto e Silva contra o art. 1.648, sugerido pela Emenda 258, por entender que não seria "de boa técnica legislativa qualificar-se, no campo do Direito Civil, disposição própria do Direito Processual".

Parece-me desnecessário o art. 1.649, da Emenda nº 258, para declarar que o estrangeiro residente fora do país poderá requerer a adoção, observadas as formalidades exigidas pela lei, eis que o Código não exclui a possibilidade de valer-se do instituto quem, não sendo brasileiro, preencha os requisitos legais. Apesar de toda a ataraxia em torno de algumas adoções por estrangeiros, sem residência no país, os Juizes têm dado solução compatível com o interesse dos adotandos. Ademais, como refere Couto e Silva, trata-se de regra de Direito Internacional Privado. Pela rejeição.

Em separado, o relator entende necessário oferecer ao Projeto de lei de autoria do Juiz Liborne Siqueira, e que regula a adoção por estrangeiros.

O art. 1.650, sugerido pela Emenda nº 258, somente permite a adoção restrita, mediante escritura pública autorizada por autoridade judicial. A Associação Brasileira de Juizes e Curadores de Menores sugere que "a adoção simples far-se-á por escritura pública de

pendendo de autorização judicial, em se tratando de menor de 16 anos" (art. 1.642). Com aplausos de Antônio Chaves, o Projeto Orlando Gomes inovava, ao dispor que "a adoção far-se-á por escritura pública, homologada, a qualquer tempo, pelo juiz" (art. 229). O Código de Menores declara que "a adoção simples dependerá da autorização judicial" (art. 28). O art. 1.652 do Projeto está assim redigido: "A adoção restrita far-se-á por escritura pública sujeita à homologação judicial, que, em se tratando de menor, não será deferida se não for de interesse deste". Assim, a divergência reside apenas em saber se a lei deve exigir a autorização judicial, que antecede à escritura pública, ou a homologação ou por seus representantes legais".

Pela manutenção do texto do Projeto, e conseqüentemente rejeitada a Emenda.

Relevante é o debate suscitado pela Emenda nº 258, relativamente ao art. 1.645 do Projeto. A referência "à sucessão prevista no art. 1.680 do Projeto" colide, no entender do Senador Henrique Cardoso, com o texto do Código de Menores, que em seu art. 29 dispõe que "a adoção plena atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais ou parentes, salvo os impedimentos matrimoniais". Vale recordar que o Projeto de Código de Menores, oferecido por Nelson Carneiro ao exame do Senado Federal, em setembro de 1974, assim rezava, em seu art. 71: "O legítimo adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo". Após a atual redação do art. 29 da Lei nº 883, que lhe foi dada pela Lei do Divórcio (nº 6.515, de 1977), ao se referir a "qualquer que seja a natureza da filiação", a razão está com Antônio Chaves ao afirmar: "Não há distinção, portanto, entre os filhos legítimos e os ilegítimos, adulterinos, os próprios incestuosos, com mais razão os adotivos de qualquer modalidade" (ob. cit., pág. 320). O parecer não distingue entre filhos, a todos, considera filhos, com iguais direitos e deveres. Natural que, coerente com tal orientação, acolha a Emenda nº 258, com a seguinte redação: "A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais ou parentes, salvo os relativos aos impedimentos matrimoniais". Pela aprovação, nos termos da Emenda Substitutiva.

São idênticas as redações do art. 1.646 no Projeto e na Emenda nº 258.

O art. 1.647 e seu parágrafo único determinam que "os efeitos da adoção começam a partir da inscrição da sentença", e se estendem no exame de relações do parentesco, etc., enquanto a Emenda propõe, simplesmente, que tais efeitos resultem da homologação da sentença. Isso não impediu a Paulo Lúcio Nogueira encontrar na autorização judicial "verdadeiro entrave ao instituto, já que bastaria a concessão da guarda provisória e desde que houvesse adaptação, o próprio interessado já adotaria o menor, através de escritura pública, comunicando apenas o fato ao Juiz de Menores, para a devida anotação". (Comentários ao Código de Menores, 3ª ed., pág. 212). O relator prefere acolher a primeira parte do art. 1.652 do Projeto, dispondo que "a adoção restrita far-se-á por escritura pública sujeita à homologação judicial", desprezando, por óbvio, tudo mais que no referido dispositivo se contém. Pela rejeição.

Não divergem o art. 1.651 do Projeto e o art. 1.651 da Emenda, e o art. 1.652 da Emenda corresponde ao art. 1.953 do Projeto.

Embora redigidos diversamente, o art. 1.653 da Emenda contém a mesma disposição do art. 1.654 do Projeto. Pela aprovação.

EMENDA Nº 259

Autor: Senador José Fragelli

"Eliminar do art. 1.636, "caput", a expressão "de trinta anos".

JUSTIFICAÇÃO

Não se deve exigir para a adoção mais do que a maturidade e o discernimento reclamados para os atos jurídicos em geral, excluídos, porém, aqui, os emancipados.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 259. Pela rejeição.

Justificação: "Na Emenda, quer-se a exclusão da expressão "de 30 anos", constante no art. 1.636. No entanto, se assim se procedesse aquele que houvesse completado 21 anos poderia adotar. Para que uma pessoa possa adotar é preciso, e contudo, que tenha mais do que o discernimento comum para os atos da vida diária. E para esse efeito, criou-se a regra de que só os maiores de 30 anos, ou seja, aqueles que já têm, no geral, uma posição estabelecida na vida podem adotar, o que, via de regra, não sucede com uma pessoa que apenas completou a maioridade; que está no início de sua vida ativa, ou que está ainda em fase de estudos universitários ou técnicos."

Parecer

O relator subscreve, por seus fundamentos, a opinião do Professor Couto e Silva, in verbis: — "Na Emenda, quer-se a exclusão da expressão "de 30 anos", constante no art. 1.636. No entanto, se assim se procedesse aquele que houvesse completado 21 anos poderia adotar. Para que uma pessoa possa adotar é preciso, contudo, que tenha mais do que o discernimento comum para os atos da vida diária. E para esse efeito, criou-se a regra de que só os maiores de 30 anos, ou seja, aqueles que já têm, no geral, uma posição estabelecida na vida podem adotar, o que, via de regra, não sucede com uma pessoa que apenas completou a maioridade; que está no início de sua vida ativa, ou que está ainda em fase de estudos universitários ou técnicos". Pela rejeição.

EMENDA Nº 260

Autor: Senador José Fragelli

"Eliminar o parágrafo único do art. 1.636.

JUSTIFICAÇÃO

A disposição impugnada encerra grave equívoco relativamente à adoção e tem, desde logo, a indesejável consequência de dificultá-la: faz o instituto uma espécie de consolo para os casais estereis. Ora, a adoção não deve ser assumida na lei tal como paternidade substitutiva, sub-rogatória, ou subsidiária, precisamente a uma idade cultural em que ela se revela intrínseca superior, enquanto se constitui mais do que na paternidade biológica, por um ato de liberdade: cf. Villela, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 27 (n.f.), nº 21, maio 1979, p. 401 et seq.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 260. Pela rejeição

Justificação: É de todo interesse que as adoções perdurem; não se configurem como algo de irrefletido, para se constituírem hoje, e se desconstituírem amanhã. A razão prática, o que mais importa na solução legislativa, exige a existência de uma certa estabilidade no matrimônio; a mingua de critério melhor, adotou-se o da permanência por 5 anos, conforme está no parágrafo único do art. 1.636. De outra maneira, ter-se-ia adoção, e após a separação dos adotantes, uma posição desfavorável do menor, tendo-se em vista que toda essa matéria gira ao redor do benefício do menor. Não foi em razão da possível esterilidade que se adotou o princípio, como supõe erroneamente a justificação. O motivo está em que o matrimônio necessita ter estabilidade em benefício do normal desenvolvimento psicológico do adotando."

PARECER

O parágrafo exige cinco anos de casamento para que possa ser adotado um menor pelo casal. Insurge-se a Emenda, e é justamente contra a adoção admitida "como paternidade substitutiva, sub-rogatória, ou subsidiária, precisamente a uma idade cultural em que ela se revela intrinsecamente superior, enquanto se constitui mais do que na paternidade biológica, por um ato de liberdade". Mas, como bem explicita Couto e Silva, não foi por uma "possível esterilidade que se adotou o princípio". O motivo estaria "em que o matrimônio necessita ter estabilidade em benefício do normal desenvolvimento psicológico do adotando". Tenha ou não o casal filhos nascidos ou nascituros. O que daria razão ao ilustre autor da Emenda seria a possibilidade de reduzir-se o prazo de cinco anos se provado ficasse a esterilidade do casal adotante, o que não ocorre. Pela rejeição.

EMENDA Nº 261

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o art. 1.639:

"A adoção depende do consentimento dos representantes legais do adotando e, cumulativamente, da concordância deste, se contar mais de quatorze anos de idade."

JUSTIFICAÇÃO

Os pais são os representantes legais por excelência de seus filhos menores. Entende-se, pois, fora de qualquer dúvida, compreendidos na categoria, pelo que se dispensa referi-los expressamente. A redação da emenda parece melhorar o texto, mantendo-lhe integralmente a intenção.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 261. Pela rejeição.

Justificação: A emenda é simplesmente do redator e parece pior ao dizer que "a adoção depende do consentimen-

to dos representantes legais do adotando e cumulativamente". Segundo a redação do Projeto, tem-se a seguinte regra: "a adoção depende do consentimento dos pais, dos representantes legais de quem se deseja adotar e, também, da concordância deste". Parece mais clara a redação do Projeto, e a regra prevista não difere essencialmente do que nele se contém, razão pela qual deve ser rejeitada a Emenda."

PARECER

Simplex emenda de redação que, S. n. 1., poderia ser aceita nos seguintes termos: -

"A adoção depende do consentimento dos pais, ou dos representantes legais do adotando, e, também, da concordância deste, se contar mais de quatorze anos de idade."

Pela aprovação da Emenda nos termos da Emenda

Substitutiva.

EMENDA Nº 262

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redija-se assim o art. 1.640:

"Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se ma rido e mulher, ou que vivam em estado de casado."

JUSTIFICAÇÃO

O casamento, nem sempre, justifica por si só o direito de adotar. O estado de casado não deve impedir a adoção, tanto mais quando ao juiz caberá zelar para que os adotantes sejam pessoas capazes de orientar os adotados. O rigor do texto do projeto exclui os que celebraram apenas matrimônio religioso. Já, no Senado, projeto de minha autoria, nos termos da emenda ora sugerida.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 262. Pela rejeição."

Justificação: Não se especificou no texto, o que se deve entender por "estado de casado". Será um novo casamento? ou um casamento de outro tipo, assim como o "Common Law Marriage" do Direito Americano? Na verdade, o Código Civil deve ser claro nesse ponto. Não admitindo o Projeto, conforme se viu em emenda anterior, a adoção por parte de concubinos, não pode também admitir a adoção por quem esteja num possível "estado de casado", cujos limites e características não são conhecidos. A figura não existe no Direito de Família brasileiro, e não vale a pena criá-la. Esclareça-se que no Direito Americano os Estados federados procuram extinguir o denominado "Common Law Marriage", um casamento inferior, ou concubinato com certos requisitos."

PARECER

A Emenda já foi apreciada quando do exame do art. 1.640, suscitado pela Emenda nº 258. Pela prejudicialidade.

EMENDA Nº 263

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o parágrafo único do art. 1.640:

"Se adotantes forem ambos os cônjuges, basta que um de les seja maior de idade."

JUSTIFICAÇÃO

Esta emenda visa a compatibilizar o texto do parágrafo único do art. 1.640 com a emenda nº 44. Nota-se que em um caso e outro estar-se-á exigindo, nos termos indicados, mais do que a simples capacidade de exercício, uma idade cronológica mínima: a de 21 anos (cf. art. 59). O emancipado não poderá, assim, adotar, salvo precisamente na hipótese da presente disposição. Com quanto se trate de um limite à capacidade — no que deve ser parâlimoniosa a lei —, a restrição não parece desrazoável e constitui meio-termo entre a exigência do Projeto (30 anos) e a liberdade pura e simples de qualquer idade qualificada.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 263. Pela rejeição.

Justificação: No sistema do Projeto, os côn juges só podem adotar após 5 anos de vida de casados. Como a idade nupcial é de 16 anos, para a mulher e de 18 para o homem, e dependendo de 5 anos de casamento para que possam adotar, é evidente que nenhum deles será de menor idade ao realizar a adoção, razão pela qual a regra da Emenda não se justificaria.

PARECER

A Emenda tem íntima ligação com a de nº 260. Pela rejei

ção.

EMENDA Nº 264

Autor: Senador Nelson Carneiro

Inclua-se, na Seção I (Disposições Gerais) o art. 1.644.

JUSTIFICAÇÃO

O efetivo benefício para o adotado deve ser regra geral na adoção, e não somente na hipótese de adoção plena.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 264. Pela aceitação nos termos da justificação."

PARECER

Trata-se de regra geral. Deve figurar nas Disposições Gerais. Pela aprovação.

EMENDA Nº 265

Autor: Senador José Fragelli

"A adoção plena constitui-se mediante processo judici al."

JUSTIFICAÇÃO

O art. 1.642, "caput", na redação do Projeto, encerra inegável contrassenso: admite, implicitamente, a hipótese de o adotando (que designa de forma imprópria por adotado) ser maior, o que, também implicitamente, o art. 1.641, que tipifica a adoção plena, exclui. A emenda elimina a incongruência. Quanto ao consentimento do representante legal e o do menor que já tenha cumprido os 14 anos, a solução vem dada pelo art. 1.639, não se justificando voltar à matéria.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 265. Pela aceitação com substitutivo.

Propõe-se a seguinte redação para o caput do artigo 1.647, mantidos os demais parágrafos: "A adoção que se constituirá por processo judicial, depende da concordância do adotando e a do seu representante legal". Justifica-se a men ção da concordância do adotando, porquanto, esta está prevista na parte final do art. 1.639, sendo também necessária a do seu representante legal, porquanto a adoção plena se restringe aos menores. No texto do Projeto, alude-se à adotado, ao invés de adotando, por evidente erro da redação."

PARECER

Pela aprovação, face às razões expostas na justificação. Também neste sentido opina o Professor Couto e Silva.

EMENDA Nº 266

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o § 2º do art. 1.642:

"O consentimento é revogável até a lavratura da senten ça constitutiva da adoção plena."

JUSTIFICAÇÃO

A redação do Projeto não caracteriza as condições em que a declaração consentiente é revogável, e sim descreve, de logo, a fatispecie de sua revogação. "Essa declaração", diz o parágrafo. Qual? A do consentimento antecipado, a que se refere o § 1º? A do consentimento out court para a ado ção? Qualquer uma deve estar sujeita a revogação, a fim de que se assegure a plena liberdade do ato, fundamental diante dos graves e definitivos efeitos que ele determina. A língua quem do Projeto, contudo, é ambigua. A emenda visa a sanar uma e outra impropriedade.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Paracer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 266. Pela rejeição."

Justificação: A Redação proposta ao § 2º do art. 1.642 tem o mesmo significado que a do Projeto. Apenas acrescenta que a sentença é constitutiva. Todavia, a qualificação das sentenças é matéria da doutrina do Processo Civil; não convém que o Código Civil lhe dê a qualificação científica. Certo as sentenças não têm sempre um só efeito, porquanto nelas se podem acumular várias eficácias. A sentença de adoção é constitutiva, mas é também fortemente declaratória, como são todas as sentenças constitutivas. De qualquer forma, não seria oportuno qualificar o tipo de sentença no Código Civil, matéria que é, exclusivamente, doutrinária."

PARACER

O objetivo da Emenda, como bem proclama o enérito Professor João Batista Villela, visa a caracterizar "as condições em que a declaração consentiente é revogável", ao invés de "descrever, desde logo, a fortitudo de sua revogação". O relator é pela rejeição da Emenda pelas razões expostas pelo Professor Couto e Silva: "A redação proposta ao § 2º do art. 1.642 tem o mesmo significado que a do Projeto. Apenas acrescenta que a sentença é constitutiva. Todavia, a qualificação das sentenças é matéria da doutrina do Processo Civil; não convém que o Código Civil lhe dê a qualificação científica. Certo as sentenças não têm sempre um só efeito, porquanto nelas se podem acumular várias eficácias. A sentença de adoção é constitutiva, mas é também fortemente declaratória, como são todas as sentenças constitutivas. De qualquer forma, não seria oportuno qualificar o tipo de sentença no Código Civil, matéria que é, exclusivamente, doutrinária".

EMENDA Nº 267

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o § 3º do art. 1.642:

"O consentimento posterior do adotado, prestado quando for capaz, válida o ato."

JUSTIFICAÇÃO

Como a concordância pessoal do adotando é exigida, se já cumpriu os 14 anos de idade, parece conveniente explicitar que o consentimento seu, apto a suprir o do representante legal, há de estar qualificado pelo atributo da capacidade.

Esta Emenda, que apresentou por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Paracer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 267. Pela rejeição."

Justificação: Procura-se na Emenda incluir, no § 3º do art. 1.642, a expressão "prestado quando for capaz". É óbvio que o consentimento do adotado, que válida o ato, há de ser o prestado quando ele houver atingido a maioridade. Parece desnecessária a sua inclusão no texto."

PARACER

A referência à capacidade do adotado, para validar posteriormente a adoção, feita com sua concordância, parece realmente desnecessária. Mas a Emenda, ao contrário da Justificação, se refere a todos os adotados, ainda aos que o foram antes dos 14 anos.

Pela aprovação.

EMENDA Nº 268

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redija-se assim o parágrafo único do art. 1.644: —

"Parágrafo único — Igual preceito se aplica ao pai e à mãe solteiros que se casarem."

JUSTIFICAÇÃO

Não há razão para se referir apenas à mulher. E os filhos do solteiro que se casa? Quem exerce o pátrio-poder?

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

Paracer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 268. Pela rejeição."

Justificação: Na Emenda inclui-se um parágrafo único ao art. 1.644, em que se afirma: "igual preceito se aplica ao pai e à mãe solteiro que se casarem". Observe-se que o art. 1.644 exprime um princípio que se destina única e exclusivamente ao adotando; e constitui a razão de ser mesma da adoção. O parágrafo único proposto, manifestamente não se vincula com o preceito do art. 1.644 do Projeto."

PARACER

A Emenda, com efeito, não pode ser incluída como parágrafo único do art. 1.644. Pela rejeição.

EMENDA Nº 269

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redija-se assim o art. 1.615:

"A adoção plena atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com seus pais e parentes, salvo os relativos a impedimentos para o casamento."

JUSTIFICAÇÃO

Hoje não há mais que falar em filhos legítimos ou ilegítimos, que todos devem ter os mesmos direitos e deveres, qualquer que seja a natureza da filiação. Também o art. 1.861 se refere à adoção restrita, não havendo razão para constar na disciplina da adoção plena.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

Paracer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 269. Pela rejeição."

Justificação: O "status" que assume o adotado plenamente é de filho legítimo. Embora não existam distinções econômicas entre a filiação legítima e a ilegítima é evidente que os filhos procedem do casamento, têm uma denominação diversa. E como as legislações adotam essa distinção é necessária.

sário dizer que o adotado plenamente tem a situação de filho legítimo."

PARECER

Ao opinar sobre a Emenda nº 258, o relator antecipou em tendimento favorável à ora em exame. A expressão "filho legítimo" se opõe "filho ilegítimo". Cumpre repelir essa dicotomia. E o que o relator tem sustentado, no curso deste parecer. Substituídas as expressões "impedimentos para o casamento" por "impedimentos matrimoniais", merecia aprovação a Emenda, se não estivesse prejudicada pela aprovação da Emenda nº 258.

EMENDA Nº 270

Autor: Senador José Fragelli

Substituir, no art. 1.645, a expressão "pais e parentes" por "família de sua proveniência biológica".

JUSTIFICAÇÃO

Constituída a adoção plena, pais e parentes do adotado são os adotantes e respectivos parentes. A referência à família de origem deve fazer-se por modo a marcar bem a mudança radical de parentesco que o ato envolve.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do prof. Couto e Silva).

"Emenda nº 270. Pela rejeição.

Justificação: Na emenda, pretende-se a substituição da expressão "de pais e parentes" constante do art. 1.645 por "família de sua proveniência biológica". Essa Ter no não é próprio do Direito de Família. Nele devem utilizar-se os termos que lhe são adequados, e relativos a parentesco. E a expressão utilizada no Projeto é absolutamente exata. Vejase a redação do art. 1.645, segundo a Emenda: "adoção plena atribui a situação de filho legítimo ao adotando, desligando-o de qualquer vínculo com a família de sua proveniência biológica", como pretende a Emenda. A expressão parece infeliz; não é corrente no direito, e não se relaciona com o parentesco; este, sim, conceito jurídico. É sabido que a antropologia cultural faz uma distinção entre família biológica ou sanguínea, e família artificial. Mas esta distinção não se relaciona com o direito, não se devendo adotar essa terminologia."

PARECER

Pela prejudicialidade, face à Emenda Substitutiva, oferecida ao art. 1.645 do Projeto da Câmara pela Emenda nº 258.

EMENDA Nº 271

Autor: Senador José Fragelli

Excluir do art. 1.645 a expressão final "e à sucessão prevista no art. 1.861".

JUSTIFICAÇÃO

A remissão, no projeto, ao art. 1.861 é totalmente descabida. Trata-se, no art. 1.861, da vocação hereditária do adotado restritamente à sucessão do adotante. No art. 1.645, de uma possível vocação do adotado plenamente à sucessão na família biológica. Mas essa não deve existir em coerência com a idéia de que se rompem os laços de parentesco com o grupo de origem.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 271. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à emenda nº 258.

PARECER

Pela prejudicialidade, face ao parecer dado à Emenda nº 258.

EMENDA Nº 272

Autor: Senador José Fragelli

Suprimir o parágrafo único do art. 1.647.

JUSTIFICAÇÃO

O empenho de integração absoluta, que a adoção plena contém, ficará gravemente comprometido, se a extensão do parentesco passar a depender de aceitação. Parentesco não se aceita nem se recusa. Impõe-se. As regras que o estabelecem são de ordem pública e escapam, por isso, à nossa livre disposição. Constituiria uma verdadeira extravagância, que o projeto estaria admitindo, o fato de que alguns parentes aceitem a adoção, e sejam alcançados por seus efeitos, e outros — eventualmente até mais próximos — a recusem.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 272. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à emenda nº 258."

PARECER

Pela aprovação, por seus próprios fundamentos.

EMENDAS Nºs 273 e 274

Autor: Senador José Fragelli.

"EMENDA Nº 273

Suprimir o inciso II do art. 1.648.

JUSTIFICAÇÃO

Já está dito, no art. 1.644, que "somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando." O tempo de se apurar se o ato é legítimo ou não exaure-se com a sentença constitutiva. Abrir oportunidade para sua posterior impugnação, com base em motivos que podem desaguar em avaliações subjetivas, fora submetê-lo à indesejável instabilidade.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

"EMENDA Nº 274

Suprimir o parágrafo único do art. 1.648.

JUSTIFICAÇÃO

A disposição perde a razão de ser ante a emenda anterior.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 273. Pela rejeição.

Justificação: É da maior importância que se possa rescindir a sentença, quando verificar-se que a adoção foi intencionalmente estabelecida em favor do adotante, como está no inciso II, do art. 1.648, do Projeto. Embora a adoção se constitua através de uma sentença, é necessário que se dê possibilidade de rescisão. Conviém acentuar que o direito a reconhecer a paternidade, e consequentemente a rescindir a adoção plena, é direito de personalidade. No momento ninguém ignora o denominado "tráfico de bebês". Nesse caso, seria impossível rescindir a sentença de adoção, se não houvesse a disposição, que a Emenda visa a suprimir, isto é, a constante no inciso II do art. 1.648, segundo a qual é possível a rescisão da sentença de adoção se ela houver sido instituída em favor do adotante. Esta regra é complementar ao princípio geral de a adoção dever ser feita sempre em favor do adotado. Seria simples "flatus vocis" exarar semelhante norma e ao mesmo tempo não lhe dar o corretivo jurídico eficaz, quando de sua violação.

Emenda nº 274. Pela rejeição.

Justificação: Não há razão para que se exclua o parágrafo único do art. 1.648, porquanto se a adoção foi intencionalmente estabelecida em favor do adotante, é necessário que seja ela rescindida, sem prejuízo do dever de prestar alimentos. De outro modo, não haveria corretivo para os casos de adoção estabelecida intencionalmente em favor do adotante, e este se livraria sempre de seus encargos. A prática das coisas da vida aconselha que se mantenha este parágrafo único pelo seu efeito altamente moralizador."

PARECER

As disposições, que se pretende excluir, preservam o direito a alimentos do adotado, se deles necessitar, quando a rescisão da sentença resultar da comprovação de que a adoção teria sido estabelecida intencionalmente em favor do adotante. Ressaltam do fato que só posteriormente se comprova haver a adoção deferida sem

que constituísse "efetivo benefício para o adotando". Declara, com razão, o Professor Couto e Silva que "de outro modo não haveria corretivo para os casos de adoção estabelecida intencionalmente em favor do adotante, e este se livraria sempre de seus encargos. A prática das coisas da vida aconselha que se mantenha este parágrafo único pelo seu efeito altamente moralizador".

Pela rejeição das Emendas nºs. 273 e 274.

"EMENDA Nº 275

Autor: Senador José Fragelli.

"Substituir, no art. 1.649, a expressão "do parentesco natural" por "de parentesco natural".

JUSTIFICAÇÃO

Parentesco natural, no caso, denota a qualidade do vínculo que se restabeleça. Melhor, por isso, e também mais eufônico, não fazê-lo precedido de artigo.

Esta emenda que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 275. Pela aprovação."

PARECER

Simples emenda de redação. Pela aprovação.

"EMENDA Nº 276

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Redija-se assim o art. 1.650:

"O filho havido fora do casamento de outrem, mesmo depois de adotado, não perde, por isso, o direito de propor ação de investigação de paternidade, a qual, julgada procedente, desfaz a adoção."

JUSTIFICAÇÃO

A redação exclui a expressão "ilegítimo".

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro."

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 276. Pela rejeição.

Justificação: Trata-se de mera emenda de redação, havendo a substituição do termo constante do Projeto "no caso de ser adotado filho ilegítimo de outrem" por "o filho havido fora do casamento de outrem". Todavia, como o conceito de legitimidade permanece no Projeto, e deve permanecer, não se pode deixar de manter a redação do artigo."

PARECER

Enquanto a Emenda nº 277 suprime o art. 1.650, a de nº 276 lhe dá nova redação. A supressão poderia determinar, no entender do Professor Couto e Silva, "que ontem, um seu empregado, por exemplo, adotasse plenamente o seu filho, visando a livrar-se de uma futura ação de investigações de paternidade". Publicado o Decreto-lei nº 4.737, em 1942, logo surgiu, no foro carlioca, ruidosa ação investigatória, em que esbanjaram considerações e argumentos dos eminentes causídicos. O investigado era um abastado Conde, que teria deixado escrito afirmando haver mandado que com a amante se casasse determinado empregado, para que os filhos dele (Conde) fossem legítimos. A hipótese, se foi mera hipótese, imaginada pelo mestre sulriograndense não é, assim, impossível de ocorrer. Resta indagar se, por temor dessa exceção, deve figurar na lei o texto impugnado

pela Emenda, de autoria do ilustrado civilista João Batista Vilela, e encaminhada à apreciação do Congresso pelo nobre Senador José Fragelli. O natural é que o filho seja criado por seus pais biológicos. Somente em situações especiais devem eles ser substituídos pelos pais adotivos. Antonio Chaves somente admitiria a investigação de paternidade ou maternidade no prazo de seis meses, a partir da legitimação adotiva (ob. cit., págs. 738/9). Se o questionado parágrafo se insere na Seção II, que trata da adoção plena, que o Código de Menores declara irrevogável (art. 37), e o próprio Projeto somente admite a rescisão da sentença nos dois casos do art. 1.648, não há como não se escolher a Emenda nº 277, para mandar riscar do Projeto o controvertido art. 1.650. Mas ainda há outra razão a justificar tal conclusão. É que o dispositivo se harmoniza com a orientação de todo o Projeto, que não permitia o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, sem as cautelas que apontava, ao contrário dos reiterados pronunciamentos do relator e que visam a extinguir na legislação civil a odiosa distinção.

Pela aprovação da Emenda nº 277, ficando em consequência prejudicada a da nº 276.

EMENDA Nº 277

Autor: Senador José Fragelli.

"Suprimir o art. 1.650.

JUSTIFICAÇÃO

Com o art. 1.650 o Projeto assume e por isso mesmo, reforça o preconceito de que a paternidade biológica, mesmo quando ilegítima e só coativamente reconhecida, seja superior à adotiva: cf. Vilela, João Batista. Desbiologização..., cit., p. 415. A lei civil não alcançará um regime satisfatório da adoção plena enquanto não compreender que, nesse instituto, o adotado é, por assim dizer, alguém que nasceu de novo. Nessas condições, para que procurar outros pais? A emenda afasta o equívoco.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARÉCER (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 277. Pela rejeição.

Justificação: Esta emenda quer excluir o art. 1.650. Ela exara a regra de que "no caso de ser 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". Esta regra foi exarada para evitar a possibilidade de que alguém, o pai, determinasse que outrem, um seu empregado, por exemplo, adotasse plenamente o seu filho, visando a livrar-se de uma futura ação de investigação de paternidade. Com isso, resolveria todos os seus problemas. Não se pensa que a hipótese é acadêmica. Seria a solução para todos aqueles que quisessem evitar uma investigação de paternidade; e, tendo meios para isso, seria fácil convencer a outrem a adotar o seu filho. Não há como se pretender a supressão do art. 1.650. É mais: não se pode dizer que através da adoção alguém nasce de novo, como se afirma na justificação. É muito perigosa esta solução. Os paladinos do Registro Torrenses também sustentavam que a propriedade, uma vez registrada, nascia "ex novo", porque o registro era abstrato. É oportuno lembrar o que aconteceu com o Registro Torrenses! Quer-se fazer da adoção plena um modelo semelhante, no plano do direito de família, ao Registro Torrenses? Assim, é de suma importância o art. 1.650. O direito a investigar a paternidade é direito de personalidade que não pode ser suprimido por terceiro, o adotante. Por esse motivo, a Súmula 149 tem como imprescritível a ação de investigação da paternidade de."

PARÉCER

O mesmo dado à Emenda anterior (nº 276). Pela aprovação.

EMENDA Nº 278

Autor: Senador José Fragelli.

"Mudar, no Título I, Subtítulo II, a designação do Capítulo VI para "Da Autoridade Parental".

JUSTIFICAÇÃO

A designação do Projeto para o conjunto orgânico das funções que se atribuem aos pais relativamente aos filhos menores é a tradicional de pátrio poder, geralmente criticada pela sua impropriedade. De um lado, não se cuida aqui principalmente de poder, mas, ao contrário, sobretudo de dever. Depois, se se trata de prerrogativas conferidas tanto ao pai quanto à mãe, a expressão pátrio é pelo menos ambígua. A emenda acompanha a Lei francesa nº 70-459, de 4 de junho de 1970, que operou a mudança da expressão "puissance paternelle" em "autorité parentale". O termo autoridade é aqui tanto mais indicado por suscitar a idéia de serviço, presente na sua semântica evangélica; e parental expressa com mais propriedade que pátrio o ser comum a pai e mãe: cf. Vilela, João Batista. Liberdade e Família. Belo Horizonte, Pac. Direito UFMG, 1980, p. 29; Vilela, João Batista. Propósitos na Educação e Sentido da Autoridade. Revista do Conselho Estadual de Educação, Belo Horizonte, nº 14, jun. 1977, p. 420-1.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli."

PARÉCER (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 278. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa a mudar o Título I, Subtítulo II, a designação do Capítulo 6º para "da autoridade parental". Dá as seguintes razões: "A designação do Projeto para o conjunto orgânico das funções que se atribuem aos pais relativamente aos filhos menores é a tradicional de pátrio-poder, geralmente criticada pela sua impropriedade. A emenda, acompanhando a Lei francesa nº 70/459, de 4 de junho de 1970, que originou a mudança da expressão "puissance paternelle" para "autorité parentale". Sucede, porém, que o termo "autoridade" é muito mais sugestivo de poder do que o "pátrio poder". Cuja modificação semântica vem ocorrendo através dos tempos. Hoje, quando se diz pátrio poder, vigorante no direito romano. Mas a "autoridade parental" aponta para o renascimento dessa antiga concepção, para um poder superior, intocável. Do termo autoridade resultou outra expressão: o autoritarismo. Autoridade vem de "augere" aumentar; a autoridade ("auctoritas") tende a aumentar sempre os seus poderes. Não convém substituir o termo clássico, pátrio poder, porque mudou a sua acepção semântica. E também não convém copiar de outros países certos modismos de expressão, nem sempre felizes. O pátrio poder será compreendido sempre dentro dos limites que o Código Civil lhe descrever. Substituí-lo por "autoridade parental" não parece próprio, porque é um termo que acentua a prevalência dos poderes dos pais, mais do que o simples pátrio poder, compreendido agora numa forma atualizada. Houve uma modificação semântica na expressão, não tendo a conotação peculiar ao direito Romano ou à Idade Média, o que poderia suceder com a expressão "autoridade parental".

PARÉCER

A erudita justificação da lavra do ilustre Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, opõe o Professor Couto e Silva a seguinte contestação:

"A emenda visa a mudar o Título I, Subtítulo II, Capítulo IV para a expressão "da Autoridade Parental".

Além da lei Francesa nº 70-459, de 1970, também o Código suíço, por disposição da Lei de 25 de junho de 1976, em vigor desde 1º de janeiro de 1978, se refere à autoridade parental, em substituição ao pátrio-poder. O Código português manteve o poder paternal, declarando, em seu art. 1.901, que "na constância do matrimônio o exercício do poder paternal a ambos os cônjuges. Os pais exercem o poder paternal de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; se esta não for possível, o tribunal ouvirá, antes de decidir, o filho maior de catorze anos, salvo quando circunstâncias poderosas o desaconselhem". Também o Código espanhol, com a redação que ao Título VII (De las relaciones paternofiliales) a expressão condenada pela Emenda, afirmando que "los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre." Seja autoridade paternal, seja pátrio-poder, seja pátrio-dever, o principal é que se recolha a lição do consagrado civilista português que durante vários anos viveu exilado na Bahia, Antunes Varela, em seu Direito de Família, 1982, 19.14, ao comentar o citado art. 1.885 do citado estatuto: "No poder paternal, o filho não constitui objeto da relação, como a coisa representa o objeto do direito de propriedade ou de usufruto. O poder paternal, ao invés da propriedade ou do usufruto, não sacrifica o filho às necessidades do titular do direito, porque funciona altruisticamente em benefício do próprio filho. O seu fim essencial consiste no desenvolvimento físico e na formação moral do filho - art. 1.885-1 -, mediante o exercício de uma função altruísta dos titulares do direito ("de acordo com as suas possibilidades"). (Cfr. Abílio Neto e Herlander Martins, *ob. cit.*, pág. 1.024, nota 2, ao art. 1.885). Por igual o Código italiano, em seu Título IX do Livro "Della persona e della famiglia" que regula "Della potestà dei genitori", dispõe em seu art. 316, "o poder é exercitado de comum acordo por ambos os genitores. Em caso de divergência sobre questão de particular importância qualquer dos genitores pode recorrer sem formalidade ao juiz indicando o procedimento que acredita mais idôneo".

Pela rejeição da Emenda.

EMENDA Nº 279

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Redija-se assim o Art. 1.658:

"Os filhos, inclusive os adotivos, estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores."

JUSTIFICAÇÃO

Evita-se a discriminação injusta e desnecessária.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro."

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 279. Pela rejeição,

Justificação: A finalidade da emenda seria a de excluir a expressão "os filhos legitimados ou legalmente reconhecidos, e os adotivos", no art. 1.658, por "os filhos, inclusive os adotivos (etc)". A expressão filho legitimado, e os legalmente reconhecidos, e ainda os adotivos são espécies existentes no nosso Direito. O conceito de filho legítimo e ilegítimo existe, muito embora muitos dos seus efeitos não mais ocorram. Mas outros ainda subsistem; e desde que se admitia que o casamento é o ato fundamental ao direito de família, é claro que os filhos nascidos do casamento são conceituados diferentemente. (ver a justificação à rejeição das emendas n.ºs. 167, 226 e 227)."

PARECER

O Projeto mantém a distinção entre filhos legítimos, ilegítimos, os legalmente reconhecidos e os adotivos. O relator pretende por termo a essa injustificável discriminação, divergência da posição defendida pelo Professor Couto e Silva. A emenda merece acolhida, mas com outra redação, recolhida do Código espanhol: "Os filhos não emancipados estão sob o pátrio poder do pai e da mãe".

Pela aprovação, nos termos da Emenda Substitutiva.

EMENDA Nº 280

Autor: Senador José Fragelli.

"Substituir, no art. 1.659 e em outros que se lhe seguem, a expressão "pátrio poder" por "autoridade parental", e no art. 1.661, a expressão "poder materno" por "autoridade materna".

JUSTIFICAÇÃO

As razões desta emenda estão indicadas na justificativa da anterior.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli."

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 280. Pela rejeição.

Justificação: A mesma para a rejeição da emenda nº 278."

PARECER

Pela rejeição da emenda, de acordo com o parecer oferecido à emenda nº 278.

EMENDA Nº 281

Autor: Senador Nelson Carneiro

Cancela-se a expressão "ilegítimo" do art. 1.661.

Justificação

Na hipótese não se trata de legitimidade, mas de reconhecimento.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984 - Nelson Carneiro.

PARECER

A regra não se refere apenas aos filhos nascidos no casamento. Mas a todos os filhos. Ademais, o parecer põe termo a todas as distinções, que feriam os até agora marcados com o sinete da ilegitimidade.

Pela aprovação da EmendaParecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 281. Pela rejeição.

Justificação

A mesma da rejeição da emenda nº 279.

EMENDA Nº 282

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o parágrafo único do art. 1.664:

"Igual preceito se aplica ao pai ou a mãe solteiros que se casarem."

Justificação

Certamente o Projeto se preocupou em garantir de modo expresso os direitos da mulher, aos quais a tradição impõe maiores limites. Mas não há qualquer razão para não estender a regra explicitamente ao homem solteiro que também for pai e estiver no exercício do pátrio poder ou, como agora se propõe, da autoridade parental.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Não há razão, com efeito, para que somente se atribua à mãe solteira que se casar o direito de exercer o pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito, como ocorreu com a binuba, desde a Lei nº 4.121.

Pela aprovação da EmendaParecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 282. Pela aceitação.

EMENDA Nº 283

Autor: Senador José Fragelli

"Exclui, no caput do art. 1.667, a expressão "antes de celebrado do casamento"."

Justificação

O Projeto reafirma no art. 1.667, caput, a orientação do direito brasileiro vigente, que exclui os pactos pós-nupciais. Não há, como se pode ver da melhor doutrina, motivos consistentes para esse limite à autonomia patrimonial dos cônjuges.

Esta Emenda, que apresento, por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor

sor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo, assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

EMENDA Nº 284

Autor: Senador José Fragelli

"Excluir, no parágrafo único do art. 1.667, a expressão "a é irrevogável."

Justificação

Este parágrafo, marca, em termos peremptórios e absolutos, a grave restrição que se opõe à liberdade de pactuação dos cônjuges, em matéria de bens: uma vez estabelecido, o regime a que estes ficam submetidos é imutável. Conforme já se procurou fazer ver, a regra não expressa o ETHOS moderno do casamento, recortado por uma inspiração crescentemente libertária, nem é necessária para acutelar convenientemente o interesse de terceiros: cf. VILELA. Liberdade..., cit., p. 33-5. A tendência hoje, na matéria, é para a ampla admissão da possibilidade revocatória. O próprio direito francês, modelo, no particular, da solução imutabilista, já consente, depois da Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965, na revogação sob controle judicial (cf. Código Civil Francês, art. 1.397). Nela consente, também sob controle, mas com maior liberdade, o direito belga, após a Lei de 14 de julho de 1976 (cf. Código Civil Belga, art. 1.394). Outras legislações, como a italiana e a espanhola, que eram contrárias à mutabilidade, renderam-se, igualmente, na década de 70, ao imperativo de estender à matéria o poder de auto-regulação dos cônjuges (cf. Código Civil Italiano, art. 162, com a redação da Lei nº 151, de 19 de maio de 1975; Código Civil Espanhol, art. 1.326, com a redação da Lei nº 11/1981, de 13 de maio, mas, já antes, art. 1.320, com a redação da Lei nº 14/1975, de 02 de maio). Isso no grupo dos direitos da orientação francesa. Porque no direito alemão e no suíço, naquele com mais amplitude de ainda que neste, a faculdade de modificação já existia (cf. BGB, § 1.041; ZGB, art. 179, I).

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Abre a Emenda nº 283 o debate sobre a mutabilidade do regime de bens no casamento. As razões, sucintamente referidas na justificação da Emenda nº 283, são mais amplamente expostas pelo autor da proposição em exame, ao sustentar a procedência da Emenda nº 284. Invoca então o nobre Senador José Fragelli, ao endossar a posição do eminente Professor João Batista Villela, a legislação ora vigente na França, Bélgica, Itália, Espanha, Além da Alemanha e Suíça.

Lafayette, ao proclamar como "salutar disposição legal" a imutabilidade dos regimes matrimoniais, escrevia: "A permissão de alterar o regime de bens na constância do matrimônio, além de deixar os direitos do cônjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da sedução e da astúcia do outro, colocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade de que por bem de interesses de ordem pública lhes é mister" (ob. cit., § 53). A inalterabilidade do regime de bens, a Lei Introduzida ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.637, de 04 de setembro de 1942) abre exceção em seu art. 79, § 5º, para "o estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, mediante expressa anuência de seu cônjuge (e que) poderá requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime da comunhão universal de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro". Clovis Bevilacqua refere como partidários da imutabilidade, Teixeira de Freitas, Coelho da Rocha, Borges Carneiro, Moulon, Laurente, os Códigos francês, holandês e italiano então vigentes, e o Projeto Coelho Rodrigues, sendo que este fazia exceção para "a renúncia da comunhão pela mulher, quando verificar que lhe é prejudicial" (ob. cit., § 32, pág. 176, nota 6). Orlando Gomes, de 1963, incluía, em seu Projeto "duas inovações radicais" no título relativo às relações patrimoniais entre os cônjuges: "I - a substituição do regime de comunhão universal de bens pelo da separação com a comunhão dos aqúestos, como regime legal; II - a possibilidade da alteração do regime matrimonial, a qualquer tempo". E justificava sua admissão: - "Apesar da segurança que o princípio da invariabilidade oferece, não há razão para conservá-lo nos termos inflexíveis em que estátuído. Tão inconveniente é a imutabilidade absoluta como a variabilidade incondicionada. Inadmissível seria a permissão para modificar o regime de bens pelo simples acordo de vontade dos interessados. O Anteprojeto aceita uma solução equidistante dos extremos, ao permitir a modificação do regime matrimonial, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial que o defira, o que implica a necessidade de justificar a pretensão e retira do arbítrio dos cônjuges a mudança" (Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, 1963, pág. 57). Esse o texto do art. 167: - "Alteração do Regime Matrimonial - Reservados os direitos de terceiros, o regime de bens no casamento, exceto o de separação obrigatória, poderá ser modificado, em qualquer tempo, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão judicial permissiva, que será transcrita no registro próprio". Cfr. ainda Orlando Gomes, O Novo Direito de Família, págs. 18/9). A 13 de julho de 1965, a Lei francesa nº 65.570 assin redigiu o art. 1.397 do Código francês: - "Après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même d'échanger entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile", etc... E reservava que havendo fraude aos direitos dos credores, estes poderão oferecer oposição ao julgamento da homologação, nos termos do Código de Processo Civil. De pois de declarar que a convenção matrimonial deve ser estipulada por ato público sob pena de nulidade, o art. 162 do Código italiano (Lei nº 151, de 1975) declara: - "La convenzione possono esse stipulate in ogni tempo, fermo restando le disposizioni del l'art. 194". O Capítulo II do Título III do Livro IV do Código Civil espanhol regula o regime econômico matrimonial, de acordo com a Lei nº 11, de 13 de maio de 1981, e determina: - "Art. 1.325 - En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio ou cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. Art. 1.326 - Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio. Art. 1.327 - Para su validez, las capitulaciones deberán constar en escritura pública". Não diverge o Código suíço: - "Les personnes capables de discernement peuvent conclure, modifier ou révoquer un contrat de mariage" (art. 180). O Código Civil português não permite a alteração das convenções antinupciais nem dos regimes de bens legalmente fixados (art. 1.714), salvo as alterações constantes do art. 1.715. Pontes de Miranda diz ser tradicional no direito luso-brasileiro a liberdade de convenção antinupcial, para adiante afirmar: - "Quem diz imutabilidade de regime diz vedação de convenções pós-nupciais, quer tenham por fito mudar o regime quer modifiquem um pouco que seja, o que existe desde a data do casamento. A exceção única é a que resulta da reconciliação dos cônjuges desquitados" (ob. cit., § 129, pág. 147). Ao opinar pela rejeição das Emendas nºs 282 e 283, o Professor Couto e Silva depõe que "na Comissão Ministerial fui favorável à revogabilidade dos regimes de bens, razão pela qual, nos "Princípios para a Reforma do Código Civil" se menciona esta circunstância". A Comissão Ministerial entendeu, por maioria, que a revogabilidade criaria problemas dentro do núcleo familiar, e por isso, prevaleceu a regra da irrevogabilidade, para evitar pressões que, segundo se afirmava, ocorreriam dentro da família". A razão da maioria da Comissão Ministerial não convence. As pressões sobre a família podem ser igualmente anteriores ao casamento, impondo soluções indesejadas por um ou ambos os cônjuges. Ao estudar os regimes de bens no casamento em face da Lei do Divórcio, Fernando Malheiros aponta disposições naquele estatuto que implicariam em mudança do regime matrimonial de bens (cfr. Revista dos Tribunais, vol. 599, pág. 28/32).

Lembra Jacob Dolinger, em valioso estudo sobre a Lei nº 4.121, que "entre as inovações que pretendia introduzir o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça do Senado constava a da faculdade de os cônjuges revogarem, no curso da vida conjugal, o regime de bens, alterando-se o artigo 230 do Código Civil. O parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros foi contrário à retratabilidade proposta. A Comissão do Senado também terminou por não aceitar a modificação em nosso sistema de regime de bens, restando que, com a mudança do regime de bens, a mulher acabasse prejudicada, e concluiu que os inconvenientes do sistema da irretatabilidade do regime de bens são praticamente compensados pela inovação do projeto que prestigia a presença da mulher nos negócios conjugais, "através de várias medidas, inclusive a aplicação da teoria dos bens reservados". Ora, a fim de que a mulher realmente não sofra os inconvenientes da irretatabilidade do regime de bens, é essencial que ela possa obter a administração de seus bens particulares e a separação dos comuns, em hipótese de descalabro financeiro de seu cônjuge. Esta seria uma das "várias medidas" em que se manifesta "a presença da mulher, nos negócios dos cônjuges", conforme o parecer da Comissão do Senado. "Jacob Dolinger" declara que o Instituto dos Advogados demonstrou clara tendência a favor dessa faculdade, antes defendida, em conferência naquele socialício, pela Professora Esther de Figueiredo Ferraz, em 10 de setembro de 1960 (A Capacidade Civil da Mulher Casada e as Relações Conjugais de Ordem Pessoal, no Código Civil e na Reforma da Lei 4.121 - Edições Biblos Ltda., Rio de Janeiro, 1966, pág. 93/4).

A mutabilidade do regime de bens resultaria prejudicial se dependesse da exclusiva decisão de um ou de ambos os cônjuges. As legislações que a admitem são rigorosas, não só ao exigir a homologação judicial, como a assegurar os direitos de terceiros. Também a preocupação de preservar os interesses da esposa, possivelmente válidos quando da elaboração do Código Civil, conta, além da proteção legal, com a emancipação da mulher casada, iniciada com a Lei nº 4.121 e que o novo Código deve completar. Nota da Revisão - A Constituição (art. 5º, I) afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Por esses fundamentos, que poderiam ser amplamente discutidos e justificados, em outra oportunidade, o parecer é pela aprovação das Emendas nºs 283 e 284.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 283. Pela rejeição.

Justificação

Pelo Projeto, o art. 1.667, o regime de bens é irrevogável. Devo, entretanto, acrescentar que na Comissão Ministerial fui favorável à revogabilidade dos regimes de bens, razão pela qual, nos "Princípios para a Reforma do Código Civil" se menciona esta circunstância. A Comissão Ministerial entendeu,

por maioria, que revogabilidade criaria problemas dentro do núcleo familiar, e por isso, prevaleceu a regra da irrevogabilidade, para evitar pressões que, segundo se afirmava, ocorreriam dentro da família.

EMENDA Nº 284. Pela rejeição.

Justificação

A mesma da Emenda nº 283."

EMENDA Nº 285

Autor: Senador José Fragelli

Substituir, no caput do art. 1.668, a expressão "parcial" por "universal".

Justificação

O regime da comunhão universal é da tradição multissecular do direito brasileiro. Predominante em Portugal "desde a fundação da monarquia", segundo atesta Cunha Gonçalves (Cunha Gonçalves, Luiz da. *Princípios de Direitos Civil Luso-Brasileiro*. V. 3, São Paulo, Limonad, 1951, p. 1.224), foi afastado da condição de regime legal, entre nós, pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1976 (cf. art. 50): ao que se saiba, sem qualquer investigação mais profunda sobre uma eventual mudança de aspiração da sociedade brasileira no particular. O bom-senso e o respeito à identidade cultural do País pede o retorno à comunhão universal, até que haja evidências de que a maioria da população tem outra preferência.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 — José Fragelli.

PARECER

Insurge-se a Emenda contra o regime da comunhão parcial, em vigor entre nós desde a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e pugna pela restabelecimento do regime da comunhão universal, "da tradição multissecular do direito brasileiro". Esses dez anos de vigência do regime da comunhão parcial foram bastantes para justificar a preferência do legislador. Invoca o ilustre autor da Emenda o fato de haver-se adotado o regime da comunhão parcial contra "o bom senso e o respeito à identidade cultural do país" e recorda que dito regime vigorava em Portugal, "desde a monarquia", segundo atesta Cunha Gonçalves. Vale trazer ao debate o ensinamento de Pontes de Miranda: — "Mas Ordenações Afonsinas. Livro IV, Título 12, fala-se de casamento por carta de "ametade" e "segundo o costume do Rei". Todavia, tal costume não era geral, ou, pelo menos, sem exceções. Lugares havia em que permanecia a tradição romana, praticando-se o regime dotal, ou de separação de bens, como acontecia ao Sul do Tejo, conforme atestam Malo Freire, Corrêa Teles e Coelho da Rocha. Foi a Ordenação Manuelina do Livro IV, Título 7, que pôs termo à diversidade, estabelecendo o regime da comunhão universal sem pre que se não convencionasse o contrário. E assim ficou". Assinala ainda Pontes de Miranda ser "digno de nota que são raros os pactos antenupciais no Brasil, ao passo que em recente tratado português de direito civil (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, VI, 285)

se diz que a comunhão universal de bens é "letra morta nos Códigos modernos" (ob. cit., vol. II, págs. 132/3). O atual Código Civil português dispõe em seu art. 1.698 que "os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste Código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei". E reza em seu art. 1.717, primeiro da 1.ª Subseção da Seção IV, *Regimes de bens*: — "Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento é considerado celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos" (art. 1.717). Ao comentar esse dispositivo, escreve Pereira Coêlho: — "O regime da simples comunhão de adquiridos distingue-se do regime da comunhão geral porque, nesta, são comuns quase todos os bens do cônjuge, presentes e futuros, ao passo que no regime daquela nem os bens levados para o casal nem os adquiridos a título gratuito se comunicam. Só se comunicam os bens adquiridos depois do casamento a título oneroso". (*Curso de Direito de Família*, 1969, 29-120). Como se vê, Portugal não mais acompanha o Brasil, quando este afirmava, até 1977, que "não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal" (art. 258). Também na Espanha, "a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad conyugal" (art. 1.316 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei 11, de 13 de maio de 1981). Entre os que continuam privativos de cada cônjuge, o art. 1.346 começa por enumerar: — "I — los bienes y derechos que le pertenecían al comenzar la sociedad; 2º — los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos", etc.. A disposição do art. 507 da Lei nº 6.515, que declara regime legal da separação parcial, é uma valha reivindicação, convertida em texto legal ao acolher o disposto no art. 48, VII, do Projeto nº 156/77, dos Senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho. Nelson Carneiro, aliás, já apresentara à consideração da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 481, de 26 de junho de 1950, incluindo proposta anterior de Orlando Gomes (*A crise do direito*, pág. 124), e tornava regime legal o da separação parcial (art. 2º). Arquivada a proposição em 1950, voltava o então parlamentar baiano a insistir com o Projeto nº 1.804/52, que se converteu, com as modificações sugeridas pelo Senado Federal, na Lei nº 4.121, de 1962. Mas é certo que a concessão do usufruto de parte de bens do espólio ao cônjuge sobrevivente, ainda que casado pelos regimes que excluem a comunhão, amenizou suas consequências. (Wilson Barbuda, *Jurisprudência*, vol. II, tomo IV, pág. 67, nº 1.310). Equívoca-se assim o eminente Professor Miguel Reale ao atribuir ao Anteprojeto elaborado pela Comissão que presidiu, e enviado ao Ministro da Justiça em 23 de maio de 1972, a sugestão de que se teriam aproveitado, por antecipação, os que "fizeram a Lei do Divórcio" (*O Projeto do Código Civil*, 1986, pág. 57).

Já não há razão para os temores que levaram os Senadores a não acolher, quando do exame dos projetos Nelson Carneiro e Mozart Lago e que resultariam na Lei nº 4.121, a substituição do regime legal, porque arraigado estava na vida familiar brasileira o da comunhão universal. Embora flechado pela Lei de 1962, a modificação afinal se operou sem causar os traumas imaginados, talvez porque, como reconhecia Washington de Barros Monteiro em 1955, o regime da comunhão universal acarretava riscos, como "a dilapidação dos bens da mulher pelo marido; sobretudo nos casos de separação do casal, na iminência da ação de desquite, é comum recorrer o marido à simulação de dívidas, com o fito de fazer desaparecer a meação da mulher. O regime da comunhão é ainda o que melhor favorece às ambições dos caça-dotes e das pescadeiras de maridos ricos". Mas a tudo isso sobrepuja o ilustre mestre o atendimento melhor "à idéia da perfeita e completa união material e moral, que deve reinar entre os cônjuges" (*Direito de Família*, 2a. ed. pág. 146). Clóvis também arrola como determinantes da preferência pela comunhão de bens, não só a ordem histórica, em virtude de ser o regime vigente em Portugal, mas as razões de ordem moral, que "se resumem na consideração de que, se o casamento é uma comunhão de vidas, nenhum regime melhor corresponde a essa atitude moral dos cônjuges do que o da comunhão universal, que traduz, no plano material, a mais estreita união de vida e de interesses, que do casamento resulta". E invocava a palavra de Endemann, ao afirmar que "é a expressão mais perfeita da comunhão de vida estabelecida pelo matrimônio sobre as bases da confiança plena". Cita ainda o mestre as legislações então

vigentes em Portugal, França, Espanha, Argentina, Chile, Uruguai, México, Bolívia, Peru, Venezuela, Alemanha, Japão, Suíça e Áustria. Somente no primeiro o regime seria o da comunhão universal. A comunhão na França seria limitada. Nos países de língua espanhola, vigia o da sociedade legal de gananciales; na Alemanha e no Japão, a comunhão administrativa; na Suíça, a união de bens, que se aproxima da alemã, e que, no lado do regime legal ordinário, regulava o regime legal extraordinário. O detal seria o regime legal do Código austríaco. (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, edição histórica, 1975, 3a. tiragem, pág. 645). Como demonstrado, se vivo estivesse hoje o eminente civilista, já não poderia invocar o Código português, que abandonou a tradição, de que fomos depositários até 1977, e não viu impedimento de ordem moral em adotar regime legal diverso. O Projeto Orlando Gomes dispunha: Art. 169: - "Regime legal - Se os nubentes não estipularem pacto antenupcial, ou se este for nulo, vigorará, quanto aos bens, o regime da separação de bens com a comunhão dos aquestos". Assim o justificou o eminente civilista pátrio: - "A substituição do regime legal impõe-se, não obstante a tradição, pela manifesta superioridade do regime sugerido. O objetivo de reforçar o laço matrimonial pela formação de um patrimônio comum, alcança-se razoavelmente com o regime da separação relativa, pelo qual os bens adquiridos na constância do casamento ficam sujeitos ao regime da comunhão. Entende-se que a formação desse patrimônio comum resulta do esforço conjunto do marido e da mulher, admitindo-se que, mesmo quando esta não exerce uma atividade profissional, a sua colaboração é decisiva. Nada justifica, porém, que se comuniquem os bens que cada qual possui ao casal. A reforma não radicaliza, por conseguinte. Nem fecha a porta à adoção, pelos nubentes, do regime que hoje vigora como regime legal. Mantida, como foi a liberdade de escolha do regime matrimonial, se a comunhão universal de bens for o regime de preferência dos nubentes, poderão convenientemente ser pelo instrumento próprio, visto que está incluído entre os que o Anteprojeto regula como um dos regimes típicos, ao lado dos regimes de separação relativa e separação absoluta" (Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, págs. 56/7). O Anteprojeto coordenado por Miguel Real não divergia: - "Art. 1.854 - Não havendo convenção, ou sendo nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial". E assim foi mantido no Projeto, aprovado pela Câmara dos Deputados.

Os tempos são outros. Ainda oportuna é a lição de Pontes de Miranda: - "No direito brasileiro, tratou-se de inovação que trouxe para certas situações especiais a melhor e mais simples forma de contrato matrimonial, sem a amplitude da comunhão universal e sem a cautela, ou a desconfiança, que em regra implica o regime de separação. Moldada em princípios que trazem maior garantia, muitas vezes seria preferível adotar-se a comunhão parcial, com o que se evitariam as grandes desigualdades de fortuna e a dilapidação de patrimônio anteriores. Todavia, já não acreditávamos, em 1916, na sua implantação, dado o pendor para a comunhão universal, e os anos que se seguiram à promulgação do Código só o confirmaram" (ob. e vol. cit., pág. 256/7). (os grifos são do relator).

O parecer não acolhe a Emenda, e distinto não é o magistério de Couto e Silva: - "A Emenda pretende que se adote novamente no direito brasileiro o regime de comunhão de bens, que a Lei do Divórcio tornou regime supletivo, isto é, vigorante quando houver manifestação de vontade dos nubentes. O regime regra é o da comunhão parcial. Esse regime tem sido aplicado com sucesso entre nós, nada recomendando que se retorne ao regime da comunhão universal. A comunhão universal foi, aliás, profundamente modificada pela Lei nº 4.121/62. Impunha-se, pois, a adoção do regime de comunhão parcial, mais consentâneo com a realidade de nossos dias. (ver Guilherme Braga da Cruz, O Regime Matrimonial de Bens Supletivo no Direito Luso-Brasileiro, in Obras Esparzas, vol. II, 1a. parte, Coimbra, 1981, p.p. 77-125)".

Fora de dúvida que, declara Pedro Sampaio, a modificação do regime de bens "representou um avanço, pois, segundo Jôias

e Kunkel, a comunhão de bens é uma reminiscência do casamento com múnus do direito romano, como que numa etapa superior de sua evolução" (Divórcio e Separação Judicial, pág. 267). Etapa vencida.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 285. Pela rejeição.

Justificação

A Emenda pretende que se adote novamente no direito brasileiro o regime de comunhão de bens, que a Lei do Divórcio tornou regime supletivo, isto é, vigorante quando houver manifestação de vontade dos nubentes. O regime regra é o da comunhão parcial. Esse regime tem sido aplicado com sucesso entre nós, nada recomendando que se retorne ao regime da comunhão universal. A comunhão universal foi, aliás, profundamente modificada pela Lei nº 4.121/62. Impunha-se, pois, a adoção do regime de comunhão parcial, mais consentâneo com a realidade de nossos dias. (ver Guilherme Braga da Cruz, O Regime Matrimonial de Bens Supletivo no Direito Luso-Brasileiro, in: Obras Esparzas, vol. II, 1ª parte, Coimbra, 1981, p.p. 77-125).

EMENDA Nº 286

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redija-se assim o parágrafo único do Art.

1.668:

"Art. 1.668. Parágrafo único - poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar pelo regime da comunhão universal, ainda que maiores de sessenta anos, se houverem comprovadamente vividos como casados no mínimo há dez anos ou tenham filhos da união."

JUSTIFICAÇÃO

O texto proposto recolhe a opção do Art. 45 da Lei do Divórcio, e que, por ter escassa divulgação, não tem sido aplicado com frequência, e sempre em detrimento da mulher, eis que os bens móveis e imóveis, havidos durante a vida em comum, figuram geralmente como adquiridos pelo nubente. Norma que deve figurar em caráter permanente, no novo Código.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
- Nelson Carneiro.

PARÊCER

O Projeto já prevê a opção pelo regime da comunhão universal, desde que reduzida a termo. Não há razão de manter-se a disparidade existente no Código atual, quanto à idade (homem, aos 60, e mulher, aos 50 anos), para tornar obrigatório o regime de bens, que o Relator tenta extinguir através de projeto em curso no Senado Federal. A distinção não resistirá à igualdade dos sexos, no futuro estatuto constitucional. A Emenda reproduz texto da Lei do

Divórcio (art. 45); infelizmente desconhecida de muitas uniões estáveis que buscam legalização através do casamento geralmente em prejuízo da mulher.

Mas, pelas razões expostas quando do exame da Emenda nº 288, substituída a expressão "maiores de sessenta anos" por "maiores de setenta anos", acolho a Emenda.

Pela aprovação da Emenda, na forma da Subemenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 286. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da Emenda nº 285.

EMENDA Nº 287

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o parágrafo único do art. 1.668:

"Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula."

JUSTIFICAÇÃO

O sistema hoje em vigor, e que o Projeto em parte corrige, é o de exigir a celebração de pacto antenupcial para adoção de qualquer regime que não seja o legal. Trata-se de solução que, sobre ser economicamente onerosa, conduz à tendência de se tomar como regime o legal, mesmo quando este não seja precisamente o desejado pelas partes. Em se tratando de um regime de características singulares, o pacto será naturalmente inevitável. Não assim porém, quando a opção recair sobre algum dos regimes-típos que a lei prevê, qualquer que ele seja. A emenda generaliza, portanto, a inovação que o Projeto introduz para uma só situação.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli.

PARECER

Os regimes matrimoniais de bens estão disciplinados pelo Código. A preferência por um ou por outro, sugere a Emenda, podem constar do processo de habilitação, sem os onus de pacto antenupcial. Todas as legislações conferem aos nubentes essa liberdade, fora as exceções em que a lei impõe o regime a ser adotado. É preciso, entretanto, que essa liberdade esteja "dentro dos limites da lei", como dispõe o Código português (art. 1.698). O regime escolhido sem pacto antenupcial será tal como exposto no Código. Para qualquer alteração, o pacto será necessário. O Autor da Emenda, partidário do regime da comunhão universal como regime legal (vide Emenda nº 285), já facilitado pela redação do § único do art. 1.668, pretepe que a opção, mediante termo, seja extensiva aos demais regimes legais que podem ter maior ou menor amplitude (separação de bens atuais, ou de bens atuais e futuros, etc.) e incluir disposições que sejam ou não legalmente possíveis (vide arts. 1.683 e 1.684 do Projeto). A simples referência "dentro dos limites da lei", adotada pelo art. 1.698 do Código Civil, não afastaria essas dificuldades. Pela rejeição da Emenda, no mesmo sentido é a conclusão do Professor Couto e Silva.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 287. Pela rejeição.

Justificação: O regime da comunhão de bens não é mais o regime regra; mas se facilitou a sua adoção. Para os demais regimes, é necessário que seja instituído em escritura pública, no denominado pacto antenupcial.

EMENDA Nº 288

Autor: Senador Nelson Carneiro

Redija-se assim o inciso II do Art. 1.669:

Inciso II do Art. 1.669 - Do maior de sessenta anos.

JUSTIFICAÇÃO

Já apresentei projeto nesse mesmo sentido. O texto é uma reminiscência da falsa superioridade masculina, incompatível com nossa realidade.

Sala da Comissão, em 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro.

PARECER

A Emenda visa abolir um dos resquícios da pretensa superioridade masculina, do sentido paternalista explícito em 1.916. Não há como conservar distinção que o tempo e os costumes tornaram injusta, como reconhece o art. 1.720 do Código português, desde o Decreto-lei nº 496, de 25 de novembro de 1977. E a essa constatação se rendeu o Professor Couto e Silva.

A idade de sessenta anos, seja para o homem, seja para a mulher, não tem como manter-se, entretanto, num tempo em que a aposentadoria compulsória é constitucionalmente de setenta anos, para só referir um motivo. O Estado admite, como regra, que homens e mulheres, convocados para as funções mais relevantes, têm condições físicas e mentais para postular administrar, opinar, julgar. Se um dos nubentes não possui pleno discernimento e é tentado a contrair casamento com risco de cair na rede das "ambições dos coqueiros e das pescadeiras de maridos ricos", para repetir Washington de Barros Monteiro, os meios de impedir a realização do casamento estão no próprio Código. Acresce ainda que o regime legal já não é o da comunhão universal, o que torna ainda mais injustificável a restrição imposta aos sexagenários capazes de discernir.

Em consequência, a Emenda é acolhida, nos termos da presente

SUBEMENDA

Art. 1.669. II - Do maior de setenta anos.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 288. Pela aceitação.

Justificação: Não há razão para disparidade de idades entre homem e mulher, 60 anos para aquele e 50 anos para esta, como se contém no inciso II, do art. 1.669 do Projeto, de que resultaria o casamento sob o regime de separação de bens, embora a regra seja do Código Civil.

EMENDA Nº 289

Autor: Senador José Fragelli

Excluir do art. 1.669 o inciso II.

JUSTIFICAÇÃO

O inciso ratifica a solução presentemente em vigor, de negar aos homens maiores de sessenta e às mulheres maiores de cinquenta anos a faculdade de algar o regime de bens sob que desejem viver no respectivo casamento. A propósito, tive oportunidade de observar que "a solução é contraditória, porque a implicita suspeita de um casamento por interesse que ela, no fundo revela, deveria levar antes à proibição deste que a permiti-lo sob controle meramente patrimonial" (VILLELA. *Liberdade...*, cit., p. 36). Prosseguindo, ajuntei: "Que critério é esse da lei, que abandona a pessoa aos riscos de uma humilhante manipulação, mas defende-lhe ciosamente os bens, como se estes excedessem aquela em importância? Se a pessoa, qualquer que seja a idade, não apresenta limitações que a impeçam de ter consciência de seus atos e de os assumir pelo exercício da vontade livre, não se lhe pode restringir o uso das liberdades que a todos se devolvem. O idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe faltem os atributos de consciência e volição necessários ao consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas consequências. A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflinge à terceira idade" (VILLELA. *Liberdade...*, cit., p. 36).

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.

- José Fragelli.

PARECER

A Emenda parte do pressuposto de que se a lei permite o casamento dos maiores de sessenta anos (se homem) ou de cinquenta (se mulher), reconhecendo-lhe a inexistência de "limitações que (os) impeçam de ter consciência de seus atos e de os assumir pelo exercício da vontade livre", a restrição relativa à preferência por qualquer regime matrimonial de bens, seria "um reflexo da postura patrimonialista do Código e se constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflinge à terceira idade". No direito romano, escreve Washington de Barros Monteiro, "a Lei Papia Popéia proibia o casamento das pessoas que houvessem atingido aquela idade. Mas tal disposição, que representava grave limitação à liberdade dos cidadãos, foi revogada por Constantino e seus sucessores. Atualmente, podem consorciar-se aqueles contraentes, mas, como eles já ultrapassaram a idade em que a união se realiza por um sentimento afetivo, a lei determina que o matrimônio se efetue no regime da separação, visando a impedir assim a que impulsos subalternos ou meramente especulativos ditem uniões desarrazoadas ou pouco recomendáveis" (ob. cit., págs. 168/9). A explicação não parece convincente. Também, antes dos 60 ou 50 anos, principalmente entre os mais jovens e por isso menos experientes e cautelosos, casamentos haverá frutos dos mesmos impulsos reprováveis, e nem por isso se impede a comunhão de bens. Igualmente uniões de sexagenários serão ditadas por puros sentimentos afetivos, embora os nubentes não possuam bens. A exceção há via lugar, na melhor hipótese, quando o regime legal era o da comunhão universal. O da separação parcial protege o patrimônio que os cônjuges, qualquer que seja a idade, levam para o casamento. Os "impulsos meramente especulativos" não são confididos pelo regime da separação obrigatória. Certo que o Código Civil português ainda inclui a obrigatoriedade da separação de bens nos casamentos de maiores de sessenta anos (art. 1.720), enquanto o Código Civil suíço dispõe p.e (art. 180) que "as pessoas capazes de discernimento podem sozi-

nhas concluir, modificar ou revogar um contrato de casamento. O menor e o interdito devem ser autorizados por seu representante legal". Os artigos 182 e seguintes, relativos à separação obrigatória de bens, não levam em conta a idade dos contraentes. Se o cônjuge idoso se torna perdulário ou desvia bens em favor de terceiros, em prejuízo de sua própria subsistência ou dos que pensam em sua possível herança, há o recurso judicial para conter o desregramento dos pródigos. Em face, porém, do parecer dado à Emenda nº 288, o Relator julga prejudicada a Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 289. Pela rejeição em face da aceitação da emenda anterior.

EMENDA Nº 290

Autor: Senador José Fragelli

Passar, no art. 1.669, o inciso III a IV, com a seguinte redação:

"De todos os que, sendo incapazes, se casarem sem autorização ou o respectivo suprimento."

JUSTIFICAÇÃO

O Projeto faz obrigatoriedade a separação de bens dos que "dependerem, para casar, de suprimento judicial", independentemente de este ter sido ou não outorgado. Parece inadequada a solução. Se o cumprimento foi dado, o juiz teve tais pessoas como habilitadas para casar. E se habilitadas para casar, deve presumir-se que também o são para escolher o regime de bens ato de importância menor. A emenda, ao contrário, apanha todos aqueles que, não sendo capazes, também não tiveram o seu possível discernimento para o ato do casamento controlado pelo representante legal ou pelo juiz. Não se lhes pode, por conseguinte, presumir a aptidão. Nem para o casamento, nem para o regime de bens. É natural, portanto, que a lei os proteja com a separação obrigatória.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.

- José Fragelli.

PARECER

A Emenda prevê duas hipóteses. A primeira é que o incapaz obtenha autorização ou suprimento judicial. Neste caso, poderia casar-se por outro regime, que não o da separação obrigatória. A segunda hipótese, a da não obtenção da autorização judicial, tornaria obrigatório dito regime. Mas, como escreve Couto e Silva, aceita a sugestão, "o casamento do incapaz, sem suprimento judicial, poderia ser válido, o que é contrário ao sistema, pois, nos termos da Emenda, a falta de suprimento não acarreta a invalidade".

Ainda que não tenha sido essa a intenção do Autor da Emenda, fora da dúvida que a observação é procedente. Daí o não acolhimento da Emenda.

Pela rejeição.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 290. Pela rejeição.

Justificação: A regra do Projeto, art. 1.669, III, é no sentido de que o casamento se fará com separação daqueles que dependam de suprimento judicial. Não significa dizer que, obtido o suprimento, o casamento poderá ser por outro regime, que não o da separação obrigatória. A redação proposta na Emenda nº 290 não tem sentido. Se alguém, incapaz, se casar sem suprimento judicial, o casamento será evidentemente inválido. Se casar com suprimento judicial, o regime será o da separação de bens. Ora, a regra da Emenda prevê outra coisa; prevê que o casamento do incapaz, sem suprimento judicial, poderia ser válido, o que é contrário ao sistema, pois, nos termos da Emenda, a falta de suprimento não acarreta a invalidade.

EMENDA Nº 291

Autor: Senador José Fragelli

Acrescentar ao art. 1.669 parágrafo único do seguinte teor:

"Cessada a causa suspensiva do matrimônio ou a que impunha o suprimento judicial, podem os cônjuges convencionar livremente qualquer regime, ressalvados os direitos de terceiros."

JUSTIFICAÇÃO

Com a Emenda nº 65 e a Emenda nº 67, será razoável a imposição do regime da separação absoluta nos casos do art. 1.669. Mas seria iníquo pretender que os cônjuges se mantivessem a ele vinculados, mesmo depois de cessados os motivos que o tenha tornado obrigatório. É um erro do Código em vigor, que o Projeto mantém, mas a emenda corrige.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

As razões que levam Couto e Silva a opinar pela rejeição da Emenda são declaradamente as mesmas que o orientaram a justificar a não aceitação da Emenda nº 283, coerente com sua posição em favor da irrevogabilidade do regime matrimonial de bens. Diverge a posição do relator, já anteriormente exposta. As legislações que admitem a revogação do regime de bens dispõem que os cônjuges podem pactuar qualquer regime, "dentro dos limites da lei", como ressalva o Código português (art. 1.698), relacionando, no art. 1.715, as hipóteses de alterações do regime. O Código Espanhol permite a alteração, feita pelo menor com assistência dos pais ou do tutor (art. 1.329), e do incapacitado judicialmente, assistido pelo representante legal e ouvido o conselho de família (art. 1.330), mas exige para sua validade que se realize com a assistência e o concurso das pessoas que intervieram como outorgantes ao viverem e a modificação afetar a direitos concedidos por tais pessoas (art. 1.331). Também o direito italiano disciplina a modificação da convenção matrimonial, seja anterior ou posterior ao casamento, em termos semelhantes (Código Civil, art. 163). Depois de dois anos de aplicação do regime matrimonial convencional ou legal, também o Código francês autoriza, em termos, a modificação (art. 1.397). Já o Código suíço, em seu art. 180, dispõe que as pessoas capazes de discernimento podem concluir, modificar ou revogar um contrato de casamento. O menor e o interdito devem ser autorizados por seu representante legal."

A possibilidade de modificação posterior ao casamento do regime de bens será sempre "dentro dos limites da lei". Assim, dela não se podem valer aqueles que o Código determina que somente se possam casar pelo regime da completa separação de bens. Com essa ressalva, o parecer é pela aprovação da Emenda, nos termos do art. 167 do Projeto Orlando Gomes, com a fixação de um prazo mínimo de vigência do anteriormente estipulado;

"Após dois anos de aplicação e ressalva dos os direitos de terceiros, o regime de bens do casamento, exceto o da separação obrigatória, poderá ser modificado, a requerimento dos cônjuges, havendo decisão permissiva, que será transcrita no registro próprio."

Pela aprovação da Emenda, nos termos do parecer.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 291. Pela rejeição nos termos da Emenda nº 283.

EMENDA Nº 292

Autor: Senador Nelson Carneiro

Substituir no inciso V do art. 1.670 as expressões "pelo esforço" por "pela colaboração" e cancelar "se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos".

JUSTIFICAÇÃO

Os bens resultam, em regra, da colaboração dos concubinários. Essa colaboração não será sempre a soma dos vencimentos dos dois, mas geralmente da economia, de renúncia a diversões, até de trabalhos domésticos da concubina. A exigência dos cinco anos de separação de fato é injusta, e prejudicará quase sempre a mulher.

Sala da Comissão, 13 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

PARECER

A expressão colaboração é menos que esforço, que exige a contribuição ativa dos concubinos, quando muitas vezes os bens resultam de economia, de renúncia, de trabalho não remunerado da mulher, no caso a mais visada pelo texto em exame. A Emenda somente em parte merece acolhida, apenas para que seja modificada a referida expressão. Assim, o parecer do relator é pela aprovação, em parte, da Emenda, para que a expressão esforço seja substituída por colaboração, acolhendo-se, no demais, a manifestação do Professor Couto e Silva, quanto ao período de cinco anos, como indispensável para gerar a presunção de que os bens foram adquiridos com a participação de ambos os concubinos, e inverter o ônus da prova.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 292. Pela rejeição.

Justificação: É importante a parte final do inciso V do art. 1.670, "se o casal estiver separado de fato há mais de 5 anos". Em razão dessa norma há presunção de que os bens foram adquiridos mediante esforço comum. Inexistente a regra, não haveria a presunção. Ainda quando o concubinato não estivesse durado mais que algumas semanas ou meses, já haveria presunção de que os bens teriam sido adquiridos pelo esforço comum, o que não é certo, razão pela qual

parece necessário manter a regra do art. 1.670, V, pois de outro modo não haveria presunção de aquisição de bem pelo esforço comum, princípio importante pois inverte o ônus da prova.

EMENDA Nº 293

Autor: Senador Nelson Carneiro

Cancelem-se as expressões "exceto no regime da separação absoluta" do art. 1.675.

JUSTIFICAÇÃO

O casamento é uma comunhão de vida (art. 1.510) e um dos deveres do cônjuge é a mútua assistência (art. 1.568, III). E um deve alimentos ao outro, necessitado, qualquer que seja o regime de bens. A autorização do cônjuge casado pelo regime da separação absoluta pode ser suprida pelo juiz, na ausência de motivo justo (art. 1.676). E vale, por fim, recordar que para a manutenção dos filhos, os cônjuges, até quando separados judicialmente, devem contribuir "na proporção de seus recursos" (art. 1.731).

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.-
Nelson Carneiro.

PARECER

Os arts. 1.715 e 1.716 do Projeto referem-se ao regime de separação de bens, que o art. 1.675 chama de separação absoluta. No Código vigente, no regime de separação de bens, que pode incluir bens atuais e futuros, o contraente só poderá alienar livremente os bens móveis (art. 276). É a separação pura, a que se referia Clovis (Direito de Família, § 42), numa legislação que tornava irrevogável o regime de bens. Orlando Gomes, no art. 180 de seu Projeto, e Couto e Silva opinam contra a aprovação da Emenda.

E têm razão. Assim, o parecer é pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 293. Pela rejeição.

Justificação: O regime da separação absoluta é aquele em que não se realiza de nenhuma maneira a sociedade conjugal. Assim, não há razão para restringir os poderes patrimoniais de cada um dos cônjuges. Por esse motivo, o art. 1.675 deve permanecer tal como está no Projeto.

EMENDA Nº 294

Autor: Senador José Fragelli

No art. 1.675, "caput", acrescentar ao inciso IV, depois da expressão "não sendo remuneratória" o complemento "ou de pequeno valor".

JUSTIFICAÇÃO

A Emenda restabelece a orientação saudável do Código em vigor. A prevalecer a solução do Projeto, até mesmo a espórtula de um cônjuge durante um serviço religioso, não sendo feita com bens próprios, careceria de autorização.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. -
José Fragelli.

PARECER

A Emenda merece acolhida, pelos motivos expostos na justificção.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 294. Pela aceitação.

EMENDA Nº 295

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o art. 1.679.

"Quando for impossível a um dos cônjuges exercer os atos de administração que lhe incumbem por força do regime matrimonial adotado, caberá ao outro.

I - Administrar os bens comuns e os do outro cônjuge.

II - Alienar os bens móveis comuns.

III - Alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do outro cônjuge, mediante autorização judicial."

JUSTIFICAÇÃO

Desde logo, a redação do artigo no Projeto é de duvidosa correção e discutível clareza. O que são "bens que lhe incumbem"? Certamente a intenção foi dizer "bens que lhe incumbem administrar", o que, entretanto, não se articula em boa linguagem com os antecedentes expressos do texto. A emenda procura sanar a dificuldade com uma redação alternativa. Na la se preserva a idéia de uma impossibilidade geral de administração, e não de restrição a alguns bens. Recupera-se, desse modo, a unidade entre o pressuposto e as determinações pontuais dos incisos, que não se limitam a bens sobre os quais o impossibilitado tinha o direito de administração "por força do regime matrimonial adotado". Depois, a especificação dos casos singulares, no Projeto, é incompleta e tumultuada. Não prevê a alienação dos móveis particulares, embora admita a dos imóveis, também particulares, que na concepção do texto, é medida grave. Enquanto o inciso I fala de "bens comuns", o inciso III se refere a "bens imóveis", que, evidentemente, também podem ser comuns. Isto é: opera-se com mais de um critério de distribuição das hipóteses, o que conduz a inevitável inconsistência lógico-formal do todo. Também aqui a emenda aspira a promover a correção do texto, que resulta ainda simplificado com a eliminação de um inciso, sempre juízo do conteúdo.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli.

PARECER

A redação do art. 1.679, como bem destaca o autor da Emenda, é "de duvidosa correção e discutível clareza", com o que concorda o Professor Couto e Silva. A agora proposta afasta aqueles inconvenientes e merece, por isso, ser acolhida pelo parecer.

Pela aprovação.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 295. Pela aceitação.

EMENDA Nº 296

Fazer acompanhar o art. 1.679 da um parágrafo único do seguinte teor:

"Não se aplica o disposto no "caput", estando os cônjuges separados de fato, bem como na pendência de ação de desquite."

JUSTIFICAÇÃO

A investidura dos poderes, que o artigo prevê, supõe vigente o clima de confiança e interesse mútuo peculiar entre os casados. Não seria razoável, portanto, admiti-la nas hipóteses indicadas na emenda.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
- José Fragelli.

PARECER

A razão, ao ver do relator, está com a impugnação manifestada por Couto e Silva à Emenda em exame.

Pela rejeição.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 296. Pela rejeição.

Justificação: A existência de uma ação de separação não significa que um dos cônjuges vá alterar, enquanto não decidida em definitivo a questão, a administração resultante do regime de bens adotado, como está no art. 1.679. Poderá suceder que através de uma medida cautelar, se regule de modo diverso a administração. Mas não seria conveniente a inclusão do parágrafo único, uma vez que em toda a ação de separação se teria como resultado a imediata cessação dos poderes decorrentes do regime de bens adotado. Isto seria um forte incentivo à proposição de ações desarrazoadas. O mesmo resultado pode ser obtido através de uma ação cautelar inominada, ficando na esfera processual a solução do problema, com a cognição do juiz no caso concreto.

EMENDA Nº 297

Autor: Senador José Fragelli

Mudar no Título II, Subtítulo I, a designação do Capítulo II para "Do Pacto Nupcial".

JUSTIFICAÇÃO

A emenda guarda coerência com a idéia de permitir a celebração de convenções matrimoniais em qualquer tempo e não apenas antes de contraído o casamento.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
José Fragelli.

PARECER

A aprovação da Emenda resulta da aceitação das Emendas 283 e 284.

Pela aprovação.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 297. Pela rejeição.

Justificação: Como não se permitiu as modificações do regime de bens após o casamento, a denominação correta é do pacto antenupcial.

EMENDA Nº 298

Autor: Senador José Fragelli

Substituir nos arts. 1.681 e outros que a ele se seguem, a expressão "pacto antenupcial" por "pacto nupcial".

JUSTIFICAÇÃO

As razões desta emenda figuram na justificativa da anterior.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
José Fragelli.

PARECER

Pelo mesmo fundamento exposto no parecer da Emenda anterior, o relator é pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 298. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda nº 297.

EMENDA Nº 299

Autor: José Fragelli

"O incapaz, autorizado por seu representante legal a casar, considera-se apto à celebração do pacto nupcial."

Justificação.

A emenda tem por fim a aplicação correta à máxima *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Se os pais ou outros representantes anularem o casamento do incapaz, é porque o vêem com discernimento bastante para captar a significação e a gravidade do ato. Seria, de fato, incongruente, que alguém pudesse ser admitido à prática do ato maior, que é o casamento e não o fosse à de ato dele dependente — portanto, acessório — que é a convenção nupcial. Quanto ao regime obrigatório da separação, não há mais o que salvar, uma vez que pela emenda nº 66 tais pessoas estão excluídas da imposição.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

Quem pode alterar o regime matrimonial de bens pode igualmente instituí-lo, sempre "dentro dos limites da lei". Isso mesmo dispõem o Código italiano (arts. 165 e 166), o espanhol (arts. 1.329 e 1.330), o francês (arts. 1.398 e 1.399). A Emenda procura dar nova redação ao art. 1.682, invocando a máxima *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. O debate, como sustenta Couto e Silva, residiria em saber se a autorização do responsável seria elemento de eficácia (como no Projeto) ou de existência (como na Emenda). O artigo não se refere ao momento da celebração do pacto nupcial, ou seja de sua existência. Diz que sem autorização do representante legal do incapaz, o pacto não tem eficácia. A Emenda não diverge, entende, porém, que havendo prévia autorização para o casamento, ato maior, não há necessidade de repeti-la para a celebração do pacto nupcial. Mesmo que redundante, ou desnecessária, como entende o Senador José Fragelli, bom será que se mantenha a expressão final "salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens". Destarte, o parecer acolhe a Emenda, com a seguinte redação:

EMENDA SUBSTITUTIVA

"O incapaz, autorizado por seu representante legal a casar, considera-se apto à celebração do pacto nupcial, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens."

Pela aprovação, nos termos da Emenda Substitutiva.

Parecer (do Prof. Couto e Silva).

Emenda nº 299. Pela rejeição.

Justificação: No art. 1.682 está a regra de que a eficácia do pacto antenupcial está condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Parece essa redação superior à prevista na Emenda nº 299, pois nela se esclarece que a autorização é elemento de eficácia e não de existência do pacto antenupcial; e, também, que o pacto antenupcial não terá nenhum efeito se o regime obrigatório for o da sepa-

ração de bens. A redação do anteprojeto é assim, mais exata do que a prevista na emenda nº 299; e, por isso, deve ser mantida.

EMENDA Nº 300

Autor: Nelson Carneiro

Cancelam-se as expressões "bem como a que contravenha disposição absoluta da lei" do art. 1.683.

Justificação

Não só a convenção estipulada no pacto antenupcial é nula se contrariar disposição absoluta da lei. São todas.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. Nelson Carneiro.

PARECER

A Emenda merece aprovação. Assim igualmente se manifesta Couto e Silva.

Pela aprovação.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 300. Pela aprovação.

EMENDA Nº 301

Autor: José Fragelli

Excluir do art. 1.683 a expressão "prejudique os direitos conjugais ou paternos, bem como a que".

Justificação

Este artigo do Projeto reproduz a infeliz orientação do art. 257 do Código vigente. A impossibilidade de transigir sobre direitos conjugais parte nos limita de muito o alcance dos pactos matrimoniais, mantendo reduzidas, nessa medida as pretensões auto-regulativas do casal. Os conteúdos, em verdade relevantes, de tais direitos já constam de "disposição absoluta da lei" e se encontram, por conseguinte, garantidos pela parte remanescente do artigo.

Esta emenda que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

Aprovada a Emenda nº 300, restaria, se aprovada a de nº 301, excluir do art. 1.683 do Projeto, a expressão "prejudique os direitos conjugais ou paternos". O Projeto Orlando Gomes dispõe em seu art. 165: — "Ter-se-á como não escrita a cláusula de pacto antenupcial que suprima ou restrinja direito conjugal, ou paterno, ou dispense obrigação essencial do cônjuge". Couto e Silva insurge-se contra a Emenda, invocando a intocabilidade dos direitos "resultantes do pátrio-poder, ou do casamento" e conclui afirmando que "a autonomia da vontade em matéria de regime de bens

é ampla, com a redação do Decreto-lei 496, de 1977, mas não abrange, tem esses limites". O mais moderno dos Códigos estrangeiros, o do Portugal, inclui a impossibilidade de "alteração dos direitos ou deveres conjugais, ou paternos" dentro as restrições ao princípio da liberdade (art. 1.699, b), proclamado pelo art. 1.698. Não diverge o Código Francês (art. 1.388, redação da Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965): - "Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle". Oportuno é recordar, ainda, o ensinamento de Orlando Gomes: - "O pacto antenupcial é negócio dispositivo, cujo conteúdo não comporta senão cláusulas relativas a relações patrimoniais. Não se admitem estipulações a respeito das relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente ao regime de bens. A lei tem, por não escrita, cláusula prejudicial aos direitos conjugais ou paternos ou que contravenha preceito imperativo" (Direito da Família, nº 110, ed. cit., pag. 200).

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 301. Pela rejeição.

Justificação: Os direitos resultantes do pátrio poder, ou do casamento, e previstos no art. 1.683, são em si intocáveis, não havendo justificção para se proceder a exclusão da expressão "prejudique os direitos conjugais ou paternos" constante no Projeto. A autonomia da vontade em matéria de regime de bens é ampla, mas não absoluta, tendo esses limites.

EMENDA Nº 302

Autor: José Fragelli

Transferir para onde melhor couber, no Capítulo V do Subtítulo I, que se contém no Título II, o art. 1.684.

Justificação

A matéria do artigo situa-se, por natureza, ali onde se trata do regime de participação final nos aquestos.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
José Fragelli.

PARECER

Na segunda fase da apreciação do Projeto, quando ao relator couber o encargo de adaptar as emendas aprovadas ao texto a ser novamente submetido à apreciação da Comissão Especial, antes de ser enviada ao exame do Plenário, terá maior relevo a Emenda apresentada, e contra a qual se declara Couto e Silva.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 302. Pela rejeição.

Justificação: O art. 1.684 poderia ser incluído tanto em meio às regras do pacto antenupcial, como nos do regime de participação final dos aquestos. Como se cuida de uma norma que pode constar no pacto antenupcial, parece mais exata a colocação entre as disposições referentes ao pacto antenupcial do que nas pertinentes ao regime de participação final dos aquestos.

EMENDA Nº 303

Autor: Nelson Carneiro

Art. 1.686: onde se diz "matrimônio", diga-se "casamento".

Justificação

Visa adequar o artigo a perfeita terminologia jurídica.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984.
Nelson Carneiro.

PARECER

Embora o relator haja rejeitado a Emenda nº 159, opina pela aceitação da que se examina. E que, no artigo 1.686, a expressão casamento lhe parece (e igualmente a Couto e Silva) mais apropriada do que matrimônio.

Pela aprovação.

Parecer (Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 303. Pela aceitação.

EMENDA Nº 304

Autor: José Fragelli

Inverter no Título II, Subtítulo I, a ordem dos Capítulos III e IV.

Justificação

Se, pela emenda nº 67, a comunhão passa a ser o regime legal, convém que preceda os demais, de natureza convencional.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
José Fragelli

PARECER

A Emenda seria acolhida se adotado como regime legal o da comunhão universal, como propugna o ilustre Autor. Mantido o regime da comunhão parcial, impõe-se a sua rejeição.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 304. Pela rejeição.

Justificação: Não se pode fazer a inversão colocando o Capítulo IV antes do Capítulo III, porque o regime regra é o da comunhão parcial e não o da comunhão universal, como pretende a aludida Emenda. A justificação da rejeição é a mesma dada à Emenda nº 285.

EMENDA Nº 305

Autor: Nelson Carneiro

Inciso I do art. 1.687: onde se diz "matrimônio", diga-se "casamento".

Justificação

Visa adequar o artigo a perfeita terminologia jurídica.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

PARECER

Acolhida, pelas razões expostas quando do exame da Emenda nº 303.

Pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 305. Pela aprovação.

EMENDA Nº 306

Autor: José Fragelli

Transferir os arts. 1.691 a 1.694 para onde melhor couberem no capítulo relativo ao regime da comunhão universal.

Justificação

Estes artigos têm, na arquitetura do Projeto, alcance subsidiário, como se depreende do art. 1.698. Convém, pois, que sua sedes materiae seja a do primeiro regime apresentado, que, consoante a emenda nº 76, passa a ser a da comunhão universal.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

O parecer manteve o regime legal da comunhão parcial. Não há, assim, como acolher a Emenda.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 306. Pela rejeição.

Justificação: Não se tendo adotado como regime-regra o da comunhão universal, não tem sentido o que se contém na Emenda aos arts. 1.691 e 1.694.

EMENDA Nº 307

Autor: Nelson Carneiro

Substitua-se no art. 1.693 a expressão "no" (pacto antenupcial) por "em".

Redija-se assim o art. 1.715:

"Art. 1.715. Estipulada a separação de bens estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges que só os poderá alienar, hipotecar ou gravar de ônus real com o consentimento do outro."

Justificação

No regime de comunhão parcial, por mim proposto há mais de trinta anos, não há necessidade de pacto antenupcial (art. 1.668), embora o Projeto não o exclua, em boa hora. Mas a redação atual poderia conduzir a outro entendimento.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. Nelson Carneiro.

PARECER

Sob o mesmo número, há duas Emendas distintas. A primeira (a) refere-se ao art. 1.693. A segunda (b) ao art. 1.715. Quanto à Emenda (307 a), Padre Manoel Bernardes a acolheria, já que aconselha a excluir o artigo sempre que possível, como no caso. Sua rejeição não influirá na aplicação ou interpretação do dispositivo legal. Diversas, porém, seriam as consequências da aprovação da Emenda ao art. 1.715. De acordo, porém, com o parecer à Emenda nº 293, o relator opina pela não aceitação da ora em exame.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 307. Pela rejeição

Justificação: Está correto o que se contém no art. 1.693, não havendo razão para substituir a expressão no "pacto antenupcial", como se contém no aludido artigo, por "em pacto antenupcial", como se pretende na Emenda. E mais: também não há motivo para se dar nova redação ao art. 1.715. Segundo o Projeto, cada um dos cônjuges poderá, no regime da separação de bens, alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais cada um dos bens de sua propriedade, não havendo necessidade do consentimento de outro como se pretenda no aludido artigo. Se houvesse necessidade, ter-se-ia adotado outro regime que não este. Para isso, seria preciso que houvesse sociedade conjugal, que não se forma no regime da separação de bens.

EMENDA Nº 308

Autor: José Fragelli

Substituir, no art. 1.698, "universal", por "parcial" e situá-lo, onde melhor couber, no capítulo relativo à comunhão parcial.

Justificação

Esta emenda é o complemento necessário da anterior.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

Mantido o regime legal da separação parcial não há como acolher a Emenda nº 308.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)
Emenda nº 308. Pela rejeição.

Justificação: Não se tendo adotado o regime da comunhão universal como regra, perde sentido a proposta constante na Emenda ao art. 1.698.

EMENDA Nº 309

Autor: Senador José Fragelli

Acrescentar ao art. 1.700, parágrafo Único do seguinte teor:

"Mediante pacto nupcial poderá ser estabelecida participação diversa da indicada neste artigo".

Justificação

A emenda situa-se na linha do direito francês, depois da Lei nº 65.570, de 13 de julho de 1965 (cf. Código Civil Francês, art. 1.581). Permite-se ali, expressamente, desigualar as proporções com que cada cônjuge participa no crescimento econômico final. O Projeto, parece, não pretende excluir a possibilidade, mas a sua garantia explícita reforça o valor da liberdade na definição patrimonial do casamento.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração desta Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
— José Fragelli.

PARECER

Invoca o ilustre autor em favor da Emenda o art. 1.581 do Código francês, ao dispor que os cônjuges "peuvent notamment convenir d'une classe de partade inégale, ou stipuler que, lesurvivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faire par l'autre. Il peut également être convenu entre les époux que celui d'entre eux qui, lors de la liquidation du régime, aura envers l'autre une créance de participation, pourra exiger la dation en paiement de certains biens de son conjoint, s'il établit qu'il a un intérêt essentiel à se les attribuer".

A Emenda, se acolhida, "desnaturaria a presunção de que ambos os cônjuges participaram em igualdade de situação na aquisição destes bens", redargue Couto e Silva. Não se pode esquecer que os cônjuges nem sempre estão na mesma situação ao realizarem o casamento, razão por que é necessário que se estabeleçam parâmetros definidos, o que significa dizer que, durante o casamento, há a presunção de que ambos os cônjuges participam em igualdade de condições na obtenção do patrimônio comum".

O Código português, posterior à lei francesa (de 13 de julho de 1965), não a acompanha, nesse passo. Ao contrário, em

seu art. 1.730, 1, assim se expressa: "Os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido contrário". E o nº 2 abre uma exceção a essa regra, mas a favor de terceiros: "A regra da metade não impede que cada um dos cônjuges faça em favor de terceiro doações ou deixas por conta da sua meação nos bens comuns, nos termos permitidos por lei". E Pereira Coelho, em obra tantas vezes citada, escreve: "Pelo disposto no art. 1.730, nº 1, parece que se proíbem todas as estipulações ou cláusulas contrárias à regra da metade, quer as estipulações entre os cônjuges, quer as que constem de liberalidades de terceiros. Estas últimas eram admitidas no art. 49 do Anteprojeto Bragança da Cruz" (in Abílio Neto e Herlander Martins, Código Civil Anotado, pág. 941).

Assim também pensa o relator, S. M. J. ... Daí se manifestar pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 309. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa à inclusão de um parágrafo Único ao art. 1.700 do Projeto. Neste artigo, prevê-se que, no regime da participação final dos aquestos, cada cônjuge terá direito à metade dos bens à data da dissolução. Na Emenda pretende-se que essa participação, ou direito à metade dos bens, possa ser convencionalizada de modo diverso. Entretanto, não há razão para isso, e a regra da Emenda desnaturaria a presunção de que ambos os cônjuges participaram em igualdade de situação na aquisição destes bens. Não se pode esquecer que os cônjuges nem sempre estão na mesma situação ao realizarem o casamento, razão por que é necessário que se estabeleçam parâmetros claramente definidos, o que significa dizer que, durante o casamento, há a presunção de que ambos os cônjuges participam em igualdade de condições na obtenção do patrimônio comum.

EMENDA Nº 310

Autor: Senador José Fragelli

Substituir no art. 1.703 a expressão "dissolução" por "liberalidade".

Justificação

É próprio do regime da zugewinnsgemein gemeinschaft ou deferred sharing, de que o modelo proposto nos arts. 1.700 e seguintes constitui uma expressão, tentar a síntese entre duas direções opostas. A da separação e a da comunhão. "A participação final nos aquestos", como já anotei, "pretende ser a síntese conciliativa de dois valores antagônicos na organização patrimonial do casamento. De um lado, quer incorporar os ideais do regime da comunhão, que, além de expressar a unidade de vidas do casal, assegura aos cônjuges mútua proteção econômica. De outro lado, não deseja abrir mão da maior autonomia conjugal e das comodidades que conferem os regimes separatórios": VILLELA, João Baptista. Natureza do regime de Participação Final nos Aquestos e Fins do Casamento. Belo Horizonte, ed. A., 1977, p. 5. Segundo essa inspiração, devem ser as mais reduzidas possíveis as limitações ao direito de disposição do proprietário. Ora a imputação das doações pelo valor que tinham ao tempo da dissolução cria incerteza que inibe o direito de dispor, na medida em que o alienante-donatário não pode saber, com antecedência, o valor que o bem doado terá àquele tempo. Mais justo, assim, estabelecer como referência o

tempo da liberalidade, que foi aquele, de fato e de direito, em que o bem emigrou do patrimônio do doador e, portanto, aquele em que a sua perda se verificou. Como o Projeto fala em valor, a atualização monetária já está implícita, não havendo, pois, risco de injustiça por efeito de inflação ou deflação. Tal como deve ocorrer no direito sucessório com a figura da colação: cf. VILLELA, João Baptista, Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Colação Hereditária. Belo Horizonte, ed. A., 1964.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo, assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
— José Fragelli.

PARECER

A Emenda visa a substituir a expressão "dissolução" do art. 1.703 por "liberalidade". O valor da doação seria apurado à data da liberalidade, e não da dissolução da sociedade conjugal. Não parece ao relator justa a pretensão. Todos os aqüestos terão, no momento da dissolução da sociedade, valores certamente maiores, num País de vocação inflacionária, do que os do tempo da liberalidade, ou doação. O art. 1.425 do Código espanhol é taxativo quando declara que "los bienes constitutivos del patrimonio final se estimaran según el estado y valor que tuvieron en el momento de la terminación del régimen, y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación". Idêntica é a disposição do Código francês (art. 1.574). A jurisprudência dos tribunais brasileiros, que tendiam para atribuir às doações, quando levadas à colação, o valor da época da sucessão (Cfr. Dias R. de Oliveira, Repertório de Jurisprudência do Código Civil, nos 708 e 710), ganhou decisivo estímulo com a vigência do atual Código de Processo Civil, ao determinar que os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, sejam calculadas "pelo valor que tiveram ao tempo da abertura da sucessão" (art. 1.014, parágrafo único). As decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal, através da interpretação teológica e sociológica ou evolutiva dos arts. 1.775, 1.785 e 1.792 do Código Civil (RTJ, 54/735, 69/233 e 71/432), ensejando a igualdade na partilha, que jamais seria alcançada se, "à vista do angustiante fenômeno inflacionário, não fosse considerado o valor dos bens, à época em que se abriu a sucessão", se somou o julgado do Tribunal Pleno do Recurso Extraordinário nº 76.454, declarando que "o parágrafo único do art. 1.014, do Código de Processo Civil de 1973 alterou o artigo 1.792, caput, do Código Civil", justificando a observação de Theotônio Negrão de que nesse ponto, a lei adjetiva, segundo a jurisprudência, revogara a substantiva (Cfr. Orlando Fida e outros - Inventário da Jurisprudência do Código Civil, págs. 2.710,

Na justificação da Emenda, seu ilustre Autor não diverge de ser atribuído, na dissolução, o valor do bem, com a implícita atualização monetária, de tal sorte que, "tal como ocorre no direito sucessório com a figura da colação", não haveria "risco de injustiça por efeito de inflação ou deflação". Alega, apenas, que "a imputação das doações pelo valor que tinham ao tempo da dissolução cria incerteza que inibe o direito de dispor, na medida em que o alienante-donatário não pode saber, com antecedência, o valor que o bem doado terá aquele tempo". Daí a substituição, a seu ver necessária, no art. 1.703, da expressão "dissolução" por "liberalidade". Na hipótese, porém trata-se de doações feitas "sem a necessária autorização" do outro cônjuge. A incerteza resultaria da própria situação do alienante. Não há, assim, razão para acolher a Emenda.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 310. Pela rejeição.

Justificação: Não há razão para que se substitua a expressão constante no art. 1.703 "doações" por "liberalidade". A doação é a liberalidade por excelência, podendo considerar-se as duas expressões como sinônimas.

EMENDA Nº 311

Autor: Senador José Fragelli

Substituir, nos arts. 1.704 e seguintes, "meação" por "quota de participação".

Justificação

A expressão proposta parece preferível por indicar melhor a natureza do direito tutelado. Meação, além disso, tornou-se impróprio, diante da Emenda nº 80, que admite valor de participação diverso de metade.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Meação, está no Projeto. Quota de participação, propõe a Emenda. O Código português refere-se à metade (art. 1730) ao pugnar pela expressão "meação", Couto e Silva entende que o conceito de meação é próprio, e não o de quota, já que os cônjuges não têm "apenas uma quota, mera participação obrigacional", suscetível de operações contábeis morosas e difíceis. A metade dos bens do doador consta do art. 312 do Código Civil. Também o art. 1576 refere-se à metade da herança. No texto revisado por Carneiro Ribeiro e Ruy Barbosa, a expressão preferida é metade. A Lei nº 4.121, de 1962, com a redação que lhe deu Milton Campos, cita metade (art. ...), que, na hipótese, não importaria em meação, expressão, aliás, corrente nas Ordenações (Cfr., entre tantos exemplos, Lafaiete, ob.cit., pag. 67, 39, e nota 3.). Quota de participação teria sentido, como bem assinala o Senador José Fragelli, ao subscrever a Emenda e a justificação da lavra do Professor João Batista Villela, se houvesse sido acolhida (e não o foi) a Emenda nº 309. Aliás, o Projeto, ao disciplinar a sucessão, prefere sempre a expressão metade (art. 1863, § 2º; 1864, 1868, etc.). E o Código francês, por igual (art. 1569). A redação do art. 1.704, todavia, se ajusta à expressão meação, melhor que metade, eis que não há, pelo motivo exposto, como aceitar quota de participação, já que se trata de divisão em partes iguais.

Pela rejeição da Emenda

Parecer (do Prof. Couto e Silva).

Emenda nº 311. Pela rejeição.

Justificação: No sistema da participação final dos aqüestos, como proposto no Projeto, os cônjuges têm um direito expectativo real, quanto aos bens que compõem a futura meação.

Não têm apenas uma quota, mera participação obrigacional, suscetível de operações contábeis morosas e difíceis. Por isso, prefere-se dar uma participação, em princípio, "in natura", razão pela qual o conceito de meação é próprio, e não o de quota.

EMENDA Nº 312

Autor: Senador José Fragelli.

Acrescentar ao art. 1.704 parágrafo único do seguinte teor:

"Exclui-se a reivindicação se o cônjuge não-proprietário assentiu na alienação."

Justificação

Sem a medida proposta na emenda, as alienações feitas pelo cônjuge-proprietário não poderiam estar a salvo de desfazimento. Com a providência, o adquirente cioso da estabilidade do ato exigirá do alienante a outorga conjugal.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O caput do art. 1.704 autoriza o cônjuge lesado, ou seus herdeiros, a escolher, entre imputar ao monte o valor dos bens alienados em prejuízo da meação, ou reivindicá-los de quem os adquiriu. A Emenda pretende que a esse artigo se adicione um parágrafo único, dispondo que se exclui a reivindicação "se o cônjuge não-proprietário assentiu na alienação". Assim não pensa Couto e Silva, que julga desnecessário o parágrafo, "uma vez que se houve consentimento do outro cônjuge na doação não se configura alienação em detrimento da meação." A seu ver, "não pode haver prejuízo se o interessado concordar com a doação, e por isso, o parágrafo perde sentido". Mas o autor da Emenda redargue: - "Sem a medida proposta na emenda, as alienações feitas pelo cônjuge-proprietário não poderiam estar a salvo de desfazimento". No seu entender, essa providência determinará que "o adquirente, cioso da estabilidade do ato, exija do alienante a outorga conjugal." A lei, quanto mais clara, melhor, porque evita controvérsias.

Pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 312. Pela rejeição.

Justificação: Não há nenhuma razão para incluir a regra do parágrafo único ao art. 1.704, uma vez que se houve consentimento do outro cônjuge na doação não se configura alienação em detrimento da meação. Não pode haver prejuízo se o interessado concordar com a doação, e por isso, o parágrafo único perde sentido.

EMENDA Nº 313

Autor: Senador José Fragelli

Suprimir o parágrafo único do art. 1.709.

Justificação

A regra do caput é saudável e não deve ser invertida só porque alguém impugnou - até mesmo por capricho ou malícia - o domínio daquele que tem em seu favor o registro público.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O parágrafo parece necessário, inclusive para fixar que, impugnada a titularidade do bem registrado em nome de um dos cônjuges, a este caiba a prova da causa de sua aquisição, ou seja, como adverte Couto e Silva, se dito bem foi adquirido "com valores subrogados de bens anteriores ao casamento, ou com rendas ou lucros auferidos durante o casamento". É claro que, eventualmente, meros caprichos poderão levar um dos cônjuges a exigir do outro a prova da causa da aquisição. Mas a possibilidade da prova é realmente mais fácil de atribuir ao que se sente prejudicado demonstrar que a aquisição resultou do desvio de rendas ou lucros que deviam integrar o patrimônio comum.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 313. Pela rejeição

Justificação: É importante a manutenção do parágrafo único do art. 1.709. No regime da participação final dos atos, os bens imóveis são registrados durante o casamento em nome de cada um dos cônjuges; mas pode ocorrer que tenham sido adquiridos, não com valores subrogados de bens anteriores ao casamento, e sim com rendas ou lucros auferidos durante o casamento. Nesta segunda hipótese, este bem fará parte da futura meação. Em consequência, se for impugnada a titularidade, deve aquele que tem o imóvel registrado em seu nome provar a causa da aquisição, por quanto só ele é que tem essa faculdade. Se só o parágrafo for excluído, e se houver dúvida a respeito de o imóvel ter sido adquirido com bens ou com valores provenientes de rendas anteriores ao casamento ou posteriores, o ônus da prova será do outro cônjuge. Seria tão difícil a prova que se poderia considerar uma verdadeira "probatio diabolica". Por esse motivo, é necessária a manutenção do parágrafo único do art. 1.709.

EMENDA Nº 314

Autor: Senador José Fragelli

Redigir como se segue o art. 1.710:

"O direito à quota de participação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial".

Justificação

Quanto à mudança de "meação" para "quota de participação", cf. supra, emenda nº 81. No mais, a emenda presente mantém o espírito do artigo, dando-lhe, porém, expressão que se supõe mais adequada. O que é a "futura meação" que o artigo se refere? Só aquela que não é ainda devida ou também a que simplesmente não foi calculado ou, mesmo calculada, não tenha sido devolvida ao credor? somente a primeira deve estar excluída da renúncia, cessão ou penhora. É o que pretendo estabelecer, claramente, a emenda, inspirada na Lei francesa nº 65.570, de 13 de julho de 1965 (cf. Código Civil francês, art. 1.569).

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

O art. 1.569 do Código francês, invocado pelo autor da Emenda, assim dispõe: — "Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité ou ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation des biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Le droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissout. Si la dissolution survient par la mort d'un époux, ses héritiers ont, sur les acquêts nets faits par l'autre, les mêmes droits que leur auteur". Como assina la Couto e Silva, "não existe uma quota antecipadamente, porque ela é variabilíssima, e nem se sabe se existirá algum dia, por quanto é circunstância que só se verifica ao término do regime de bens". A esse entendimento se ajusta a lição de Antunes Varella, ao já invocado art. 1.730 do Código português: — "A determinação da participação de cada um dos cônjuges na comunhão tem especialmente em vista o momento da dissolução e partilha do patrimônio comum e não a fixação do objeto do direito de cada um deles na vigência da sociedade conjugal" (ob. cit., 1982, IV 381). Tanto o art. 1.710 do Projeto quanto a Emenda preocupam-se em declarar que o direito à parte dos bens que, na dissolução, deve ser objeto de divisão, não é renunciável, cessível ou penhorável. É o que diz o texto francês invocado para justificar a Emenda e acima transcrito: — "O direito de participar dos aquestos é incessível enquanto o regime matrimonial não é dissolvido". Assim, fácil é concluir que a Emenda deve ser rejeitada.

Parecer (do Prof. Couto e Silva).

Emenda nº 314. Pela rejeição.

Justificação: Conforme já se mencionou, não se adotou a expressão "quota de participação", mas "meação" pelas razões constantes na Emenda nº 311. Na justificação, não se prestou atenção ao fato, claramente exposto nos "Princípios para a Reforma do Código Civil", de que, na vigência do regime de participa-

ção final dos aquestos, cada um dos cônjuges tem direito expectativo real à futura meação; o que é atual é o direito expectativo. Não existe uma quota antecipadamente, porque ela é variabilíssima, e nem se sabe se existirá algum dia, porquanto é circunstância que só se verifica ao término do regime de bens. Por isso, há um direito expectativo, e não uma quota, que seria uma determinação concreta. Quota é fixação sobre um patrimônio; e esta fração ainda não existe, e nem se sabe se existirá. A expressão "futura meação" é absolutamente correta, e a pretendida na emenda nº 214 é inexata.

EMENDA Nº 315

Autor: Senador José Fragelli

Substituir, no caput do art. 1.712, a expressão "não proprietário" por "não-proprietário".

Justificação

Os elementos da expressão constituem uma unidade locucional. Como sintagma que são, pedem a grafia com o hífen.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

Simples emenda de redação. Pela aprovação.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 315. Pela aceitação.

EMENDA Nº 316

Autor: Senador José Fragelli

Suprimir do art. 1.715 o termo "hipotecar".

Justificação

O artigo diz "alienar, hipotecar ou gravar de ônus real". Ora, hipotecar é também gravar de ônus real. A dupla figuração da idêntica, sobre alongar desnecessariamente o texto, torna-o menos correto, por sugerir que as expressões sejam irreduzíveis entre si.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Villela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARECER

Hipotecar, como assinala a Justificação, é gravar de ônus real.

Pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 316. Pela aceitação.

EMENDA Nº 317

Autor: Senador José Fragelli

Substituir, no art. 1.717, a expressão "em seu poder" por "sob sua autoridade".

Justificação

A presente emenda visa a compatibilizar o artigo com a de nº 58. Quanto à substituição da "pátria poder", que o artigo também emprega, por "autoridade parental", já foi determinada pela emenda nº 59.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli.

PARECER

A Emenda mereceria acolhimento se o relator houvesse aceito a Emenda nº 280, que pretendia a substituição da expressão "pátria poder" por "autoridade parental". Rejeitada, outro não pode ser, consequentemente, o parecer à Emenda em exame.

Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 317. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à Emenda nº 278.

EMENDA Nº 318

Autor: Senador José Fragelli.

Suprimir do art. 1.719 o termo "hipotecar".

Justificação

As razões da alteração proposta estão indicadas na justificativa da emenda nº 86.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli.

PARECER

A Emenda é aceita pela mesma razão que justificou o acolhimento da Emenda nº 316.

Pela aprovação da Emenda

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 318. Pela aceitação.

EMENDA Nº 319

Autor: Senador Nelson Carneiro

Inclua-se, no parágrafo único do art. 1.719:

"d) o Ministério Público."

Justificação

Trata o parágrafo dos que podem pedir a anulação de atos praticados ilegalmente pelos pais, em prejuízo dos filhos incapazes.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro.

PARECER

Ao opinar pela rejeição da Emenda, Couto e Silva argumenta que "esta matéria interessa à regulamentação interna da família, não sendo possível que sobre ela tenha interferência o Ministério Público". Pelo § único do art. 1719 somente podem pleitear a declaração de nulidade dos atos praticados pelos pais, relativamente aos bens do filho, ou alienar ou gravar-lhes de ônus reais, ou contratar em nome deles obrigações que ultrapassem os limites de simples administração, sem prévia autorização do juiz, exceto por necessidade ou evidente utilidade da prole; a) filho; b) os herdeiros; c) o representante legal. O artigo refere-se, evidentemente, ao filho menor. Se o filho é impúbere, é representado pelo pai. Se pubere, por ele assistido. Herdeiros, em regra, são os pais. E o responsável legal é o pai (ou a mãe). Ocorre que o artigo se refere à nulidade do ato. Ora, o artigo 146 do Código Civil dispõe que, nas hipóteses do art. 145, "as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir". E o juiz deve pronunciá-las, quando delas ou de seus afeitos tomar conhecimento, "não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes". Assim também dispõe o art. 168 do Projeto. O texto atual regula situação distinta da que vive a família nos dias atuais. Parece ao relator que cabe sempre ao Ministério Público intervir, em defesa do patrimônio do filho, num tempo em que a Constituição proclama que a família está sob a proteção especial do Estado. Se o Ministério Público só pode fazê-lo quando lhe for dado opinar em ação visando à nulidade do ato, então dificilmente o fará, eis que sua audiência não será então necessária quando o menor, atingindo a maioridade, pleitear a declaração de nulidade. E se a incapacidade do prejudicado continuar depois do completados os 21 anos, dificilmente existirá ação, ou de lá terá conhecimento o "fiscal da Lei", salvo se o pai dissipador não for o curador do filho. A atitude passiva do Ministério Público já não se compadece com a missão que lhe cabe na hora presente, quando se trata do interesse de incapazes. Certo é que o texto ora em debate terá de ajustar-se ao que for aprovado pela Comissão Especial, quando do exame do parecer sobre o artigo 168 do Projeto. Mas aqui fica exarada desde já a opinião do relator, sob cência dos que acreditam, tal Couto e Silva, que a matéria diz respeito à economia interna da família, não havendo razão para que tome o Ministério Público a iniciativa de submetê-la à apreciação do juiz. Assim, todavia não pensou o codificador português. Entre tantas outras medidas, de proteção ao menor, sujeito ao pátrio poder, constantes dos arts. 1.915, 1.916, 1.918, dispõe em seu art. 1.920 o Código Civil, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 496, de 25 de novembro de 1977: - "Proteção aos bens dos filhos. 1. Quando a má administração ponha em perigo o patrimônio do filho e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer parente, decretar as providências que julgue adequadas. 2. Atendendo em especial ao valor dos bens, pode nomeadamente o tribunal exigir a prestação de contas e de informações sobre a administração e o estado do patrimônio do filho e, quando estas providências não forem suficientes, a prestação de caução". Também não diverge o Código espanhol, com a redação que o art. 167 deu a Lei nº 11, de 13 de maio de 1981: - "Cuando la administración de los padres ponga en peligro en patrimonio del hijo, el

Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para el seguridad y recado de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración, o incluso nombrar un Administrador". Também assim dispõe o Código italiano, em seu art. 334: - Rimozione dell'amministrazione - Quando il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale può stabilirle condizioni a cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione o può rimovere entrambi o un solo di essi amministratore stesso e privarli, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale. La amministrazione è affidata ad un curatore, se è disposta la rimozione di entrambi i genitori. (Lei nº 151, de 19 de maio de 1975). E dois artigos depois, reza: - "Procedimento. - I prova dimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, del parenti o del pubblico ministero se, quando se tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato". Se o Código francês não inclui a intervenção do Ministério Público no Capítulo II, que trata da autoridade parental relativamente aos bens do filho, o art. 375, da Seção II do Capítulo I (Lei nº 70.459, de 4 de junho de 1970), e que trata da assistência educativa, admite que "en cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a la même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure".

Pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

Emenda nº 319. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa a incluir a le tira d) ao art. 1.719, permitindo que o MP possa promover ação de nulidade, quando os pais alienarem ou gravarem de ônus reais imóveis dos filhos, ou contraiam, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração. Esta matéria interessa à regulamentação interna da família, não sendo possível que sobre ela tenha interferência o MP.

EMENDA Nº 320

Autor: Senador Nelson Carneiro

Substituir-se, no art. 1.721, I, a expressão

"filho ilegítimo" por "filho havido fora do casamento".

Justificação

Resulta da aprovação de emendas anteriores.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.

Nelson Carneiro.

PARECER

O parecer é favorável, coerente com a opinião do relator ao examinar a Emenda nº 222.

Pela aprovação da emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva).

Emenda nº 320. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à rejeição da Emenda nº 222.

EMENDA Nº 321 (art. 1.722)

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Cancele-se, no art. 1.722, as expressões "quando o beneficiário for menor".

JUSTIFICAÇÃO

Os juizes de Família têm entendido que os filhos maiores, que frequentam cursos secundários e universitários, e não têm recursos para prover a subsistência, podem receber alimentos, mesmo os fixados quando menores, nos dissídios entre os pais. A redação proposta poderia prejudicar esse entendimento.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984 - Nelson Carneiro

PARECER

A Emenda resulta da observação de uma realidade que não é dada ao legislador ignorar: a certeza de que mesmo depois de atingir a maioridade, os filhos menores beneficiários dos alimentos estão presos aos deveres de curso escolar, em nível universitário, e sem condições, portanto, de assumirem atividade remunerada com que possam prover à própria manutenção. A jurisprudência se antecipou, neste como em outros pontos de importância para a renovação do direito social e de família no país, - de que constitui edificante exemplo a construção pretoriana dos direitos reconhecidos da concubina, ante a ausência quase completa de regras legais disciplinadoras do assunto, - à legislação, fixando entendimento que corresponde, antes de mais nada, à realidade da vida.

E assim tem decidido, em linha de coerência, que o dever do pensionamento se estende além da maioridade, tomando como limite normal a idade de vinte e quatro anos do alimentário. É que até então, em face das diretrizes do ensino ora vigorantes, em regra geral se estende o curso universitário.

A justificação focalizou apenas um motivo a explicar a necessidade da aprovação da Emenda. Daí certamente resultou a posição de Couto e Silva. Mas tais alimentos não são devidos somente quando se trata de estudantes. Já em 1968, ao comentar a Lei nº 5.478, assim opinava o autor da Emenda: "A lei não fixa, outrossim, idade para que alguém, que necessite, pleiteie alimentos de quem tenha obrigação legal de prestá-los. É falsa a impressão generalizada de que, com a maioridade, cessa o dever de os pais alimentarem aos filhos". E acrescentava: "É sabido que a maioridade não tira ao filho o direito de pedir alimentos, se deles necessita. Já Demolombe dizia: - "Les aliments sont dus, quel que soit l'âge de celui qui les réclame, au jeune homme de trente ans comme au sexagénaire. (Cours de Code Napoléon, vol. IV, nº 48, pág. 54). No mesmo sentido, Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade, Traité, 3ª ed., 1908, vol. III, nº 2.072; Cunha Gonçalves, Traçado, 1930, vol. II, nº 219, pág. 437). Daí afirmar Pontes de Miranda (Trat. de Dir. de Fam., 3ª ed., 1947, vol. III, pág. 208): - "Em qualquer tempo, o filho menor ou maior, que não tem recursos e meios para prover à própria subsistência, pode pedir ao pai e à mãe que os supram" (Tribunal de Justiça da Guanabara, relator Des. João Coelho Branco, Arg. Jud. vol. CXIV, fasc. 1, pág. 165). "O Código admite, por tanto, que o filho, qualquer que seja a sua idade, desde que não tenha recursos para se manter, para prover à sua subsistência, possa pedir ao pai e à mãe que os supram. Esse direito do filho ao qual corresponde a obrigação dos pais, perdura até a morte" (Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, vo. VI, pág. 168). Veja-se ainda o julgado do Tribunal de Justiça da Guanabara, relator Des. Martinho Garcez Neto: - "Não se contesta, é certo, que os alimentos mesmo entre pais e filhos são deferidos plectatis causis, ad necessitatem e, não ad utilitatem, ou menos ainda ad voluptatem, pois, como disserta Clóvis, "o instituto dos alimentos foi criado para socorrer as necessidades, e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo" (Comentários, II, pág. 387). Mas, também não

resta a menor dúvida que a maioridade do filho é irrelevante para a determinação da obrigação alimentar, que é recíproca entre ascendentes e descendentes, subordinando-se, proporcionalmente, à necessidade do reclamante e aos recursos da pessoa obrigada" (Diário da Justiça, abril 1955, ap. ao nº 97, pág. 1.551)". (Cfr. , A Nova Ação de Alimentos, 19 ed.; pág. 43 e nota 46). Washington de Barros Monteiro esclarece que "a maioridade do filho não põe ponto final ao seu direito de alimentos: concorrendo os pressupostos legais, assiste-lhe o direito de reclamar alimentos dos genitores", e ressalva que "nessa caso, o pedido será fundado, não no citado art. 233, V, mas no questionado Capítulo VII". (Direito de Família, 2ª ed. pág. 260). Outro não é o ensinamento de Yussef Said Cahali: "O dever do sustento se extingue com a maioridade, ou mesmo com a emancipação do filho: ao romper-se o vínculo do pátrio-poder, cessam os efeitos pessoais do mesmo, entre os quais o dever de sustento do filho, e surge como única e autônoma a prestação legal de alimentos, condicionada, agora, ao estado de necessidades do filho e à possibilidade do genitor" (Dos Alimentos, pág. 366). Orlando Gomes preleciona: "Devem os pais alimentos aos filhos maiores, se estes não tiverem bens e não puderem prover, pelo trabalho, à própria manutenção. Antes de qualquer parente, incumbe-lhes esse dever. A lei o impõe, atenta à circunstância de serem os parentes mais próximos aqueles que têm obrigação de sustentá-los enquanto menores. Extinta esta obrigação com a maioridade dos filhos, nem por isso estão isentos do dever de sustento se os filhos virem a ter necessidade de quem os alimente" (Direito de Família, 3ª ed., pág. 468).

PELA APROVAÇÃO.

Nota da Revisão - A Constituição, em seu art. 229, declara que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores", mas tal disposição deve ser entendida em termos, sob pena de serem os pais liberados de assistir, criar e educar os filhos maiores, mas incapazes. Nada impede, assim, que a lei civil assegure alimentos ao filho maior, desde que, estudante, não tenha meios de prover a subsistência e a educação.

"Emenda nº 321. Pela rejeição. (Parecer do Professor Couto e Silva).

Justificação: Não é possível exigir que os pais devam prestar alimento para educação dos filhos, quando maiores. Se assim fosse, como sucedeu nos EUA, se estabeleceria uma verdadeira indústria da educação, porque os filhos jamais deixariam de cursar este ou aquele curso, a fim de poderem obter os alimentos como que viveriam, talvez regaladamente, tudo à custa dos pais, muitas vezes sobrecarregados com as mais diversas tarefas e despesas."

EMENDA Nº 322 (art. 1.728)

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Redija-se assim o art. 1.728:

Art. 1.728. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.722 deste Código."

JUSTIFICAÇÃO

É a reprodução do art. 23 da Lei do Divórcio. Veja-se a respeito o livro do Juiz Murilo Fábregas "O Divórcio".

Sala da Comissão, 13 de setembro de 1984.
Nelson Carneiro."

PARECER

Exclui o Projeto, neste particular, uma das melhores inovações da vigente Lei do Divórcio. A Emenda visa restabelecê-la, em boa hora, porquanto não parece razoável, ou justo, que a morte do alimentante interrompa, ex abrupto, a assistência presta da em vida e que, em razão do óbito, mais se torna necessária.

O douto magistrado Luiz Murilo Fábregas, em estudo que alia a longa experiência do juiz à clarividência do jurista sempre dedicado à matéria específica do Direito de Família, assinala, em comentário ao referido dispositivo da lei do Divórcio, que "no direito estrangeiro, onde existe o divórcio, salvo exceções, a obrigação se transmite aos herdeiros do devedor, dada a natureza que lhe é atribuída.

Assim no direito italiano e a teor do artigo 9 da nova lei do divórcio: "Ma tale assegno potrà anche servire come ripa ragione pecuniaria, disposta a favore del conuge che ha fatto tutto il possibile per conservare integra l'unione familiare ovvero come una sorta di corrispettivo per l'apporto personale ed economico dato dal conuge beneficiario durante la vita in comune" (104).

Assume, portanto, a dívida alimentar caráter de reparação pecuniária e, conseqüentemente, transmissível aos herdeiros: "Che l'obbligazione possa trasmettersi agli eredi dell'obbligato può desumersi dall' art. 9 ult. parte della legge in esame, secondo cui "in caso di morte dell' obbligato, il tribunale può disporre che una quota della pensione e di altri assegni spettanti al conuge superstite sia attribuita al conuge rispetto ai quali sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio" (105).

Também é assim no direito alemão onde "El deber de alimentarse se extingue siempre que la parte inocente vuelva a contraer matrimonio (§ 1.581), por su muerte y por contrato de renuncia, pero no por la muerte del culpable obligado a prestarlos. Por tanto, los herederos del mismo deben seguir pagando la renta". (106)

Como realinha HEINRICH LEHMANN: "Tempore se extingue por muerte del obligado, aino que pass a los herederos como deuda de la herencia, dad suerte que aquellos podrán limitar la responsabilidad al caudal relicto". (107)

Os MAZEAUD afirmam que a pensão alimentícia tem um caráter misto e, conseqüentemente: "El esposo divorciado que haja obtido una pensión alimentaria puede reclamar el pago de su pensión a los herederos de su ex conyuge. Esa excepción se explica por el carácter mixto de la pensión alimentaria en caso de divorcio; es, a la vez, indemnizante y alimentaria. En razón de su carácter de indemnizante grava a los herderos. No se trata, pues, aquí de una deuda limitada a la sucesión; los herederos que hayan aceptado pura y simplemente quedan obligados indefinidamente" (108)

Não é outro o ensinamento de COLIN ET CAPITANT: "Ya veremos en seguida que la obligación alimenticia que se apoya en una cualidad personal del que la debe termina ordinariamente con la vida de éste. No sucede lo mismo con la pensión debida, en virtud del artículo 301. Como toda obligación de pagar daños y perjuicios en razón de uno de éstos causado a otro, continua debiéndose al cónyuge inocente por herederos del cónyuge culpable" (109)

E, finalmente, como leciona ALEX WEILL: "La pension a un fondement indemnitaire puisqu'elle est la réparation d'un préjudice causé. En conséquence: c) La pension ne cesse pas d'être due à la mort de l'époux coupable; elle pèse sur ses héritiers, comme toute obligation de payer des dommages-intérêts". (110)

Fiel a essa doutrina a lei francesa do divórcio, quando é ele decretado por culpa, denomina o encargo de "prestations compensatoires; se o divórcio é decretado pela ruptura da vida em comum, já o encargo vem sob a rubrica de "devoir de secours après le divorce".

Em ambos os casos a lei, expressamente, determina que a obrigação se transmita aos herdeiros (arts. 276.2 e 284).

No direito brasileiro, TITO FULGÊNCIO já afirmava o caráter indenizatório da pensão que o marido deve à mulher, após o desquite: "A pensão alimentícia é abonada à mulher inocente e pobre a título de reparação do prejuízo que lhe causou o seu marido, tornando, por sua conduta, necessário o desquite, e privando-a de tarde dos recursos com que o casamento lhe autorizava a contar para viver" (111).

A natureza jurídica dos alimentos após o desquite é abordada com a habitual proficiência por JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, em sua excelente obra. Dos alimentos do direito de família.

Vale se transcrever o seu entendimento, que se coaduna com o espírito das legislações estrangeiras citadas e o próprio sistema do nosso direito.

Diz ele:— "Mas a solução acertada, a nosso ver, é a que considera que a referida pensão alimentícia participa de um caráter misto de indenização e de alimentos, fixando-se, assim, no meio termo. É uma pensão alimentícia de caráter especial; traduz-se, efetivamente, em alimentos. Mas a sua prestação se faz por via de indenização, como disse JOSSERAND. Mas, por outro lado, ela não deriva dos deveres que existem entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, que deixa de existir pelo desquite; resulta, sim, da disposição expressa de lei (art. 320), que atribui o seu pagamento ao cônjuge culpado. Ela pesa sobre o cônjuge que deu causa ao rompimento da sociedade conjugal. Por outro lado, se a mulher é culpada, mesmo que necessitada não terá direito à pensão. Logo, não se trata, só, de alimentos, pois a sua concessão não está subordinada tão-somente ao critério de necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (art. 399). Constitui a sanção pela culpa do cônjuge que provocou, pelo seu ato ilícito, o rompimento da sociedade conjugal; em consequência, visa a compensar o prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente pelo desaparecimento da obrigação alimentar existente na constância da sociedade conjugal. O dever recíproco de mútua assistência é substituído pela obrigação unilateral do marido de sustentar a mulher (art. 320), se esta for inocente e pobre". (In O DIVÓRCIO - Anotações à Lei, pág. 94 a 97). Deve-se salientar que a Emenda não exclui a iniciativa dos herdeiros do falecido alimentante no sentido de que possam, se as condições o permitirem, inclusive exonerar-se da obrigação, na forma da lei reguladora da matéria. Tal acontece, por exemplo, se o alimentário já se apresentar herdeiro do quinhão suficiente para garantir a própria manutenção, ou na hipótese em que o espólio e os herdeiros, em particular, não possuem disponibilidades para garantir o pagamento da pensão vigente, por isso que não contam com rendas suficientes para tanto. Ainda hoje perplexos antes o inusitado da solução adotada pela Lei nº 6.515/77, os próprios julgadores se têm detido, injustificadamente, na aplicação da regra legal ora reproduzida, a partir mesmo da providência elementar de estabelecer-se a reserva, no curso do inventário, de bens suficientes para o cumprimento da obrigação alimentar, enquanto indivisa a herança, e que se ajusta perfeitamente às atribuições da inventariança.

A prestação de alimentos é obrigação personalíssima que cede lugar, ante a eventualidade de circunstâncias especiais como a morte do provedor, a seu caráter de ordem pública. Embora repetindo, com a doutrina e a jurisprudência então correntes, Nelson Carneiro anotava: "No direito português, falecendo um dos cônjuges, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido. São obrigados, neste caso, à prestação dos alimentos os herdeiros ou legatários a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do mesmo valor (Código Civil, art. 2.018). Esse direito cessa se o alimentado contrair novo casamento ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral (idem, art. 2.019) (Cfr. A Nova Ação de Alimentos, 1ª ed., 1968, pág. 45 e nota 59-A, pág. 284).

Com ligeira alteração, acolho a redação sugerida pela Dra. Regina H. de G. Pereira, nos seguintes termos:—

"Art. 1.728 - A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do provedor, na forma do art. 2.023, assegurando-se, em favor destes, todas as medidas judiciais de que, em relação à matéria, se poderia valer.

Parágrafo Único - Durante o inventário do espólio do alimentante, o juiz reservará bens que garantam renda suficiente para o pagamento dos alimentos em vigor."

Em defesa do texto sugerido, assim se manifestou sua autora:—

Cancela o projeto, no particular o disposto no art. 23 da Lei nº 6.515/77, que constitui, como têm reconhecido os estudiosos do assunto, uma das mais saudáveis conquistas da lei do divórcio. A emenda ora apresentada é evidentemente justa e encontra precedentes na legislação estrangeira. Não parece razoável que a morte do provedor interrompa, abruptamente, a assistência de que, talvez exatamente por isso, necessita o alimentário.

Razoável e humano é que se assegure a prestação, inclusive em homenagem ao "de cujus".

A emenda pretende franquear, todavia, aos herdeiros do falecido provedor os meios necessários a que possam, se as condições o justificarem, inclusive exonerar-se da obrigação, na forma da lei. Tal acontece, verbi gratia, se o alimentando já se apresenta herdeiro de quinhão suficiente para garantir a própria manutenção; ou ainda quando o espólio em geral e os herdeiros, em particular, não ficam em condições de garantir o provimento da pensão, por isso que de pequena monta, ou de rendas insuficientes para tal fim.

Por outro lado, evitando a perplexidade em que se têm detido, muitas vezes, os juízes orfanológicos, oferece desde logo a solução da reserva de bens, ou renda bastante para o cumprimento da obrigação que, enquanto não distribuída a herança, naturalmente há de competir ao espólio."

"Emenda nº 322. Pela rejeição. (Harecer do Professor Couto e Silva)

Justificação: Ainda quando a Lei do Divórcio tenha permitido que a obrigação de prestar alimentos se transmita aos herdeiros, é forçoso reconhecer que é uma obrigação personalíssima. A transmissão dessa obrigação aos herdeiros onera e torna quase impossível a realização dos inventários. Por isso, na prática, esta obrigação não tem sido exercida, pois ela levaria a que os inventários perdurassem indefinidamente. É exata a regra constante no art. 1.728 do Projeto: "a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor" e não a que se contém no art. 23 da Lei do Divórcio."

EMENDA Nº 323

Autor: Senador José Fraga Lima.

"Redigir como se segue o art. 1.730:

No desquite litigioso, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro, pelo tempo estritamente necessário, a pensão alimentícia que o juiz fixar, observados os critérios estabelecidos no art. 1.722.

Parágrafo único. Cessará o dever de prestar os alimentos quando o cônjuge que os recebe se man- tiver, por sua deliberada conduta, na condição de deles necessitar."

JUSTIFICAÇÃO

Quanto à mudança de "separação litigiosa" em "desquite litigioso", cf. a justificativa da emenda nº 20. No mais, a emenda guarda coerência com a idéia. Expressa na emenda nº 18, de eliminar o princípio da culpa, uma de cujas indesejáveis manifestações o artigo encerra: condicionar o direito a alimentos à boa-conduta. Os alimentos não são prêmios, nem a sua exclusão castigo, para que sejam atribuídos ou negados em função do comportamento pessoal de quem os deva receber. Procurou-se ainda marcar o caráter essencialmente transitório que devem ter os alimentos fundados na dissolução da sociedade conjugal. Seu alcance aí é o de proporcionar ao cônjuge sem recursos meios de subsistir dignamente, enquanto não se introduz ou se reintroduz na força do trabalho remunerado. Ou não encontra, por outra forma, com que prover ao próprio sustento. Nessa linha proscreveu o parasitismo que consiste em recusar o alimentando qualquer atividade laborativa, para viver confortável, mas imoralmente a expensas do ex-cônjuge.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo professor João Batista Vilalta, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração desta Egrégia Casa ao Projeto de Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. — José Fragelli.

PARCER

A Emenda está a merecer justificados reparos, em primeiro lugar, por abandonar, na estipulação do benefício dos alimentos em consequência da separação litigiosa, a idéia da responsabilidade de no desfalcamento da família, que o Projeto ainda traduz pela tradicional noção de culpa. Porque, assim o que se acaba por fazer, em última análise, é premiar, imerecidamente, o cônjuge a que se atribuiu a responsabilidade pela separação, por a ela haver dado causa. Além de se afigurar uma solução injusta, mesmo que se veja o problema do ponto de vista apenas moral, ou social, tende a criar precedentes capazes de estimular, na prática, atos desabonadores da conduta, ante a certeza de sua impunidade, de que a perda do direito aos alimentos constitui, por certo, ponto de relevante importância.

É de ver que com a expressão "pelo tempo estritamente necessário", tal dispositivo não cumpre o seu proclamado desiderato, que é o de evitar o chamado parasitismo do alimentando, ao recusar atividade laborativa para viver "imoralmente às expensas do ex-cônjuge". É que assim se atribui ao juiz da causa, de um lado, o poder amplo, mas vago e indefinido, de decidir, em qualquer caso, sobre essa temporariedade dos alimentos fixados; e, de outro lado, não se oferecem sequer critérios mínimos para a determinação do que seria, ou poderia ser o "tempo estritamente necessário" à sua permanência, o que pode dar ensejo a decisões menos prudentes, ou simplesmente arbitrárias.

O Parágrafo único, nos termos da Emenda, dificilmente poderia servir aos objetivos que inspiraram seu ilustre autor. É que se afigura praticamente impossível a averiguação da "conduta deliberada" de alimentando no sentido de manter-se na condição de necessitado, para continuar no gozo do benefício da pensão alimentícia.

Não podem, ou não devem ter os alimentos fundados na dissolução da sociedade conjugal o caráter transitório a que se refere a justificação. Caráter transitório, ou temporário, devem ter os alimentos fixados em favor de pessoas que venham a apresentar condições capazes de dispensá-los. Sobretudo, em virtude de terem condições de prover, com o exercício de atividade remunerada, ademais da obtenção de recursos de outras origens, a própria manutenção.

É de crer, pois, que atinjam os mesmos nobilitantes propósitos contidos na Emenda, dando-se-lhe a seguinte redação:

"Na separação litigiosa, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos e não sendo declarado responsável pela dissolução da sociedade conjugal, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, observado o disposto nos artigos 1.722 e 1.723.

§ 1º - Se o cônjuge considerado responsável vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho em razão da idade ou de comprovada enfermidade, o outro cônjuge será obrigado a fazê-lo, fixando o juiz o estritamente necessário e indispensável à sua subsistência.

§ 2º - O juiz poderá fixar alimentos em caráter temporário, quando o cônjuge alimentando estiver em idade própria para o exercício de atividade remunerada, ou habilitação profissional com que possa buscar meios de prover a própria manutenção."

Em seu parágrafo 1º, a Subemenda visa colocar, em termos mais rigorosos, a generosa franquia do § 1º do art. 1.732. Trata-se, neste caso, de cônjuge considerado culpado na ação de separação judicial, ou no próprio divórcio direto, e que, segundo a tradição mesma de direito brasileiro, perde o benefício dos alimentos. E o abandono da noção de culpa, a que alude expressamente a Emenda, em prol da idéia da necessidade, a justificar a favor legal.

Parece razoável, entretanto, que nessa hipótese a fixação de alimentos somente se dê em vista de peculiares condições pessoais de alimentando, condizentes com sua idade, quando avançada, ou seu estado de saúde, quando em razão de comprovada enfermidade, não tenha meios de prover, com o trabalho, a simples subsistência.

A Subemenda se mostra, d'outra parte, justificadamente inovadora, quando pretende criar a figura dos alimentos temporários, ou fixados para vigorar enquanto o alimentando não encontrar oportunidade para prover a manutenção com o fruto de seu trabalho, que é, constitutivamente, um dever social. Não parece de boa justiça que se atribua ao alimentado jovem, por exemplo, alimentos que possam, direta ou indiretamente, fomentar a ociosidade. Nem se afigura necessário estabelecer alimentos permanentes em favor de quem, habilitado profissionalmente, ou que venha a obter essa habilitação ao longo de curto ou médio prazo, praticamente desencorajando-se a atividade de um cidadão em condições de ser útil a si mesmo e à necessidade. Tal solução, de objetivos nobilitantes, servirá, ao contrário, para estimular o trabalho dos que precisam trabalhar, coibindo a chamada "indústria das pensões", que tantas e tão preceitantes objurgatórias tem merecido de quantos se interessam pelo assunto.

O § 3º da subemenda é concebido com esse propósito. É na esperança de que, no trato do problema em nível de decisões forenses, por certo saberão os julgadores encontrar as linhas de prudências e equanimidade necessárias a que se dê ao preceito a santidade e o alcance que estão em sua verdadeira intenção.

A idéia, aliás, não é nova. Já a admitia o Projeto Orlando Gomes, em seu art. 272: "Se um dos cônjuges desquitados vier a necessitar de alimentos, o outro poderá ser obrigado a concorrer para o seu sustento, mediante o pagamento de pensão metódica fixada pelo juiz, caso não tenha aquele parente em condição de prestá-lo".

Pela aprovação, nos termos da Sub-emenda.

"Emenda nº 323. Pela rejeição. (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: Nessa emenda, procura-se substituir a expressão separação judicial litigiosa por desquite; mas esta denominação não foi aceita no Projeto, e nada aconselha que assim se faça, pelo sentido depreciativo do termo desquite. Além disso, a Emenda reproduz o que se contém no art. 1.730 do Projeto. Deixa, porém, de consignar o requisito de o cônjuge ser inocente, como se contém no art. 1.700. Ademais, o Projeto adota a separação por culpa e hipóteses de separação sem culpa, de sorte que a Emenda não pode ser aceita."

EMENDA Nº 324.

Autor: Senador José Fragelli.

"Substituir nos arts. 1.731 e 1.736 a expressão "separados judicialmente" por "desquitados".

JUSTIFICAÇÃO

Os motivos desta emenda estão declinados na justificativa da de nº 20, de que é um complemento.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Merecem ratificadas, em relação à presente emenda, as razões que justificaram o parecer emitido no exame da Emenda nº 192, também da autoria do eminente Senador José Fragelli. É que em ambas se cogita apenas da substituição da expressão "separação judicial" por "desquite".

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

"EMENDA Nº 324. Pela rejeição. (Parecer Prof. Couto e Silva)

Justificação: Não se tendo aceito o termo desquite, não há como substituir a expressão, nos arts. 1.371 e 1.376, "separado judicialmente" por "desquitado", como pretende a Emenda."

EMENDA Nº 325

Autor: Senador Nelson Carneiro

"Substituam-se, no art. 1.732, as expressões "culpado na separação judicial" pelas seguintes: "responsável pela separação judicial".

JUSTIFICAÇÃO

A Lei do Divórcio já não se refere a "cônjuge culpado, mas a cônjuge responsável pela separação."

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro.

PARECER

Em linha de coerência com o parecer expendido a respeito da Emenda nº 213, assim como em outros passos da presente estudo, ainda que não se pretenda abolir a idéia de culpa na dissolução da sociedade conjugal, melhor parece que seja substituída pela da responsabilidade da parte nessa dissolução, conforme entendimento predominante desde o advento da Lei nº 6.515/77.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

"Emenda nº 325. Pela rejeição. (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: A Emenda visa a substituir no art. 1.732 a expressão "culpado na separação judicial" pela seguinte: "responsável pela separação judicial". Na verdade, adotando-se os dois tipos de separação, por culpa e sem culpa, não há como deixar de adotar-se a regra de que um dos cônjuges pode ser culpado na separação judicial. De outro lado, a expressão responsável em nada melhoraria a situação."

EMENDA Nº 326

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o art. 1.732."

JUSTIFICAÇÃO

O artigo consagra um direito a alimentos por necessidade sobrevinda após a dissolução da sociedade conjugal. Não parece razoável. Os alimentos entre cônjuges são uma compensação pelo desaparecimento do dever de mútua assistência, que se extingue com a extinção da sociedade entre eles existente. O que se passa daí para frente encontra os dois ex-cônjuge na situação de juridicamente estranhos um ao outro. Submetê-los, ainda assim, ao dever recíproco de prestar alimentos fora converter o casamento em instituição de previdência social vitalícia e manter unidos pessoas que a própria lei, na palavra do juiz, declarou separados.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O caput do art. 1.732 objetiva a hipótese freqüente em que não tendo obtido o benefício dos alimentos à época da separação, litigiosa ou não, vem o cônjuge a deles necessitar, se, no primeiro caso, não foi considerado responsável pela separação. Nada mais justo, ou consentâneo com o espírito do Projeto em matéria de alimentos.

Por isso mesmo, não procede a crítica áspera com que o eminente autor da Emenda pretende a simples extinção do preceito constante de seu texto. Se o cônjuge não foi considerado responsável pelo desfazimento da família e ajustou a desistência dos alimentos, na separação consensual, ou não logrou obter o benefício em consequência da decisão judicial que decretou a separação, neste último caso certamente por não haver pedido, senão por comprovada desnecessidade, nada obsta a que o pleiteie. Desde que observado, como se afigura óbvio, o pressuposto geral de sua necessidade e da possibilidade do alimentante.

O Parágrafo Único do art. 1.732 consubstancia preceito igualmente justificado, em sua essência, ainda que

pareça mais ajustado como parágrafo do art. 1.730, nos termos rigorosos da emenda, ou subemenda substitutiva oferecida no parecer sobre a Emenda nº 323.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

Emenda nº 326. Pela rejeição (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: Esta Emenda visa a suprimir o art. 1.732. Mas ele, no sistema do Projeto, é absolutamente necessário, especialmente o parágrafo único em que se prevê a possibilidade de o cônjuge culpado ter alimentos, preenchidas certas condições, sendo uma delas a de não ter parentes em condições de prestá-los, e outra, se não tiver aptidão para o trabalho. Observe-se, por igual, que, nesse caso, os alimentos são os estritamente necessários para a subsistência."

EMENDA Nº 327.

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Substitua-se no parágrafo único do art. 1.732 as expressões "considerado culpado" pelas seguintes: "responsável pela separação judicial"

JUSTIFICAÇÃO

A Lei do Divórcio já não se refere ao cônjuge culpado, mas se ao cônjuge responsável pela separação. "Sala da Comissão 18 de setembro de 1984. Nelson Carneiro."

PARECER

A substituição das expressões indicadas na Emenda corresponde a entendimento manifestado pelo Relator inclusive em outros dispositivos do Projeto. Caberia, portanto, no próprio "caput" do art. 1.732, onde aparece a expressão "considerado culpado na separação judicial", e não apenas em seu Parágrafo Único, objeto desta Emenda.

Cumpra salientar, todavia, que a matéria disciplinada no Parágrafo Único do art. 1.732, já foi examinada no parecer emitido em relação à Emenda nº 323, e ali objeto de subemenda.

PELA APROVAÇÃO da substituição proposta, em referência ao "caput" do art. 1.732.

PELA PREJUDICIALIDADE, quanto ao Parágrafo Único do mesmo art. 1.732.

"Emenda nº 327. Pela rejeição. Parecer do prof. Couto e Silva.

Justificação: A Emenda visa a alterar a expressão "considerado culpado" prevista no art. 1.732, pela "responsável pela separação judicial". A rejeição à Emenda tem justificação igual à da rejeição da Emenda nº 325.

EMENDA Nº 328

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Dá-se a seguinte redação ao art. 1.733: Art. 1.733. Para obter alimentos, também os filhos havidos fora do casamento, e cujos alimentos tenham sido fixados judicialmente, não necessita propor ação de investigação para ser reconhecido pelo genitor

condenado, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação."

JUSTIFICAÇÃO

O art. 49 da Lei nº 883, de 1949, possibilitou a todos os filhos, então chamados ilegítimos, não só aos adulterinos, mas também aos incestuosos, o direito a alimentos. A esse parágrafo deu o art. 51 da Lei do Divórcio, em Emenda do relator e em nome do Senador Heitor Dias, nova e mais justa redação, esteando a presente Emenda. O segredo da justiça não tem mais razão de ser exigido, em qualquer tempo, em virtude da Emenda nº 32, que cancela o art. 1.624 do Projeto.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984. - Nelson Carneiro.

PARECER

O exame mais detido das emendas relativas à supressão do art. 1.624 do Projeto, inclusive a de nº 244, de nossa autoria, efetivamente acaba por autorizar a conclusão da desnecessidade da presente iniciativa.

Desde o momento em que, afastada a distinção odiosa entre os filhos chamados legítimos e ilegítimos e, sobretudo entre esses, a ominosa classificação dos adulterinos e incestuosos, se assegura a todos eles, ex-vi do disposto no art. 1.722 e seguintes do Projeto, o direito aos alimentos, - resta dispensável a regra do art. 1.733, mesmo com as justificadas correções desta Emenda. O que se garante, nos limites abrangentes da extinção dessas diferenças ainda presentes na legislação nacional, é o direito amplo à assistência alimentar, sem qualquer restrição. No caso dos filhos havidos fora do casamento, apenas em decorrência do reconhecimento da filiação, ou da regularização de sua situação jurídica.

Deste modo, a própria regra do art. 1.733, na redação da Emenda, se afigura, afinal, supérflua. Embora objetiva abrigar, no texto do Código, um dos preceitos mais salutares da vigente Lei do Divórcio, destinado a disciplinar situações que perdem agora, com a nova disciplina acaso vitoriosa, a verdadeira razão de ser. Impõe-se, conseqüentemente, a exclusão no Projeto do art. 1.733.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA, para o fim de excluir-se do Projeto o art. 1.733.

"Emenda nº 328. Pela rejeição (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: O art. 1.733 é mais analítico esclarecendo as situações em que é possível propor ação de investigação para fins alimentares, enquanto que a Emenda alude-se, apenas, a filhos havidos fora do casamento, não se sabendo se os incestuosos teriam essa possibilidade."

Nota da Revisão: - A aprovação da Emenda harmoniza-se com o disposto no art. 227, § 6º da Constituição de 1988.

EMENDA Nº 329

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso.

"Suprima-se o artigo 1.733."

JUSTIFICAÇÃO

Por coerência, com a supressão do artigo nº 1.624 do Projeto, proposta em outra emenda.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984. Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

Pelas razões expostas sucintamente no parecer relativo à Emenda 328, somos de opinião que o disposto no art. 1.733 do Projeto já não tem oportunidade, face à supressão do art. 1.624, preconizada em outras emendas, e à regra predominante dos arts. 1.732 e segs.

Pela aprovação da Emenda, face ao parecer sobre a Emenda 329.

"Emenda nº 329. Pela rejeição. (Parecer do Professor Couto e Silva).

Justificação: Nessa Emenda visa-se suprimir o art. 1.733, mas ele é necessário e está de acordo com o sistema do Projeto, conforme se verificou em diversas oportunidades, e especialmente na rejeição à Emenda nº 328."

EMENDA Nº 330

Autor: Senador José Fragelli.

"Suprimir o art. 1.733."

JUSTIFICAÇÃO

Nota da Revisão: O parecer encontra, já agora, respaldo do constitucional (art. 227, § 6º da atual Constituição).

O artigo tornou-se desnecessário diante da emenda nº 40 e da emenda nº 43, que propõem a supressão dos limites, previstos no Projeto, para o reconhecimento dos adulterínos e incestuosos.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil."

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984. - José Fragelli.

PARECER

Pela aprovação, pelas razões expostas no exame.

PELA APROVAÇÃO

"Emenda nº 330. Pela rejeição. (Parecer do Professor Couto e Silva).

Justificação: A mesma justificação das Emendas anteriores."

EMENDA Nº 331

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Dê-se a seguinte redação ao art. 1.735:

Art. 1.735. Os parentes podem deixar de exercer, mas não podem renunciar o direito a alimentos, nem pode o respectivo crédito ser objeto de cessão, transação, compensação ou penhora."

JUSTIFICAÇÃO

A legislação dos povos não admite a renúncia dos alimentos entre os parentes, o que não ocorre entre os cônjuges, porquanto, não são parentes entre si. A posição do Projeto poderá gerar interpretações conflitantes, notadamente em face da doutrina e jurisprudência de nossa terra, que aceita a renúncia dos alimentos entre os cônjuges quando, na separação consensual, têm condições de subsistir - seja através do trabalho ou de rendas.

SALA DAS COMISSÕES, 15 de outubro de 1984. Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

Reacende a Emenda o debate e a controvérsia que ainda hoje lavra em relação ao problema da renunciabilidade, ou da irrenunciabilidade dos alimentos entre os cônjuges. E se alinha entre os que entendem que a irrenunciabilidade é princípio a se aplicar apenas em referência aos alimentos decorrentes do parentesco, ou quando se trate dos alimentos jure sanguinis.

Do outro lado se encontram os que, atentos a superiores objetivos sociais e humanos, os querem irrenunciáveis, ainda no caso especial dos acordos de separação judicial consensual. Na linha de entendimento da Súmula 379, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "o acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

Essa parece ser, em última análise, a melhor orientação, em que pese a opinião contrária de eminentes juristas brasileiros, entre os quais o insigne Pontes de Miranda. E melhor compreenderão o seu justificado acerto aqueles que acaso têm ou tiveram oportunidade de sentir, em contacto com a atividade forense, o drama do cônjuge, - quase sempre a mulher, - que após renúncia manifestada no acordo de separação judicial, muitas vezes acaba atingido pelo infortúnio da pobreza, ou da penúria. E então, levando vida honesta, volta a necessitar da assistência material de que abriu mão sem medir os aleatórios e as tantas vezes terríveis surpresas da vida.

Opinando pela rejeição da Emenda, o ilustre professor Couto e Silva observa com razão que "No direito brasileiro, de há muito tempo, tem-se como irrenunciáveis os alimentos, não só em razão do parentesco, como também em razão do casamento, e ainda após a sua cessação. Foi objeto da Súmula nº 379 e atende à concepção social dos alimentos vigentes no país. Seria um retrocesso a adoção da aludida Emenda".

Tal entendimento correspondendo, enfim, à melhor tendência de Projeto. Sobre tudo após a valiosa contribuição que lhe vêm dando as duas Egrégias Casas do Congresso Nacional.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

"Emenda nº 331. Pela rejeição. (Parecer do Professor Couto e Silva).

Justificação: No direito brasileiro, de há muito tempo, tem-se como irrenunciáveis os alimentos, não só em razão do parentesco, como também em razão do casamento e ainda após a sua cessação. Foi objeto da Súmula nº 379 e atende bem à concepção social dos alimentos vigentes no país. Seria um retrocesso a adoção da aludida Emenda."

EMENDA Nº 332.

Autor: Senador José Fragelli.

"Acrescentar ao art. 1.735 parágrafo do seguinte teor:

"É válida, porém, a renúncia aos alimentos no acordo de desquite."

JUSTIFICAÇÃO.

A natureza dos alimentos que se prestam no acordo de desquite resulta antes do direito obrigacional que do direito de família. São não mais que uma obrigação de trato sucessivo que as partes livremente estipulam. Seu volume e forma de pagamento não guardam necessariamente qualquer correlação com as necessidades de quem os recebe, que podem até mesmo inexistir. O dever de os prestar não configura, portanto, uma cogens: cf., a propósito, SCHEPPLER, Franz. Die Alimentationspflicht der Ehegatten. München, Schweitzer, 1909, S. 22. Assim, malgrado a súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, razões de ordem jurídica e moral falam francamente em favor da renunciabilidade dos alimentos de que, nesse caso, se cuida.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pela Professor João Baptista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim válida colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984.
José Fragelli."

PARECER

As razões expostas, em síntese, em relação à Emenda nº 331, cabe aduzir, nesta oportunidade, quanto se ponderou em referência à Emenda nº 192, no que diz respeito à substituição da expressão "separação judicial", do Projeto e do vigente do Divórcio, por "desquite".

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA.

"Emenda nº 332. Pela rejeição. (Paracer do Professor Couto e Silva).

Justificação: Ainda quando em outros países, seja possível a renúncia aos alimentos em razão do casamento, o Direito Brasileiro adotou uma orientação mais moderna e mais social. Ninguém ignora que, em princípio, a jurisprudência brasileira admitiu a renúncia para, posteriormente, não mais admiti-la, o que foi um progresso. Os alimentos, hoje, não detêm mais o cunho individualista de tempos atrás e de algumas legislações. No Direito Brasileiro, os alimentos possuem alto caráter social. Não fora essa concepção, ter-se-ia uma situação talvez difícil de ser controlada. Até certo ponto, consiste em previdência social no seio da família; e, por essa razão, está correta a Súmula nº 379 do STJ, que prevê a irrenunciabilidade dos alimentos."

EMENDA Nº 333.

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Art. 1.736. — Cancela-se."

JUSTIFICAÇÃO.

Desnecessário e colidente com o art. 1.737.

Sala das Comissões, 18 de setembro de 1984. — Nelson Carneiro.

PARECER

Há evidente conflito entre as disposições dos arts. 1736 e 1.737 do Projeto, em ponto fundamental de seus textos. O art. 1.736 preceitua que "enquanto viver em concubinato" o alimentando perderá os alimentos fixados em seu favor; e o art. 1.737 estabelece, a seu turno, que "o concubinato do credor da pensão alimentícia determinará a sua extinção".

No primeiro caso, embora se estabeleça, desde logo, a suspensão do benefício, ao mesmo passo se abre a possibilidade de seu restabelecimento. No segundo, extingue-se a obrigação do provador, afogada, ao que se deve logicamente concluir, qualquer oportunidade de reatuação.

Há, ainda, nos textos cotejados, indistigável contradição, desde que em virtude da mesma causa, o credor ora perda o benefício, em virtude da extinção, ora se vê dele privado temporariamente.

Assim a doutrina como a jurisprudência nacionais, se têm conjugado na tendência pacífica da perda do direito ao pensionamento do credor que haja contraído nova união, a que o Projeto atribui a classificação genérica de concubinato. Nem parece justo que tendo perdido a pensão em virtude da união concubinária, — como ocorre, — que maioria de razões, em virtude de novo casamento, na forma do art. 1.737 e do vigente art. 29 da Lei do Divórcio, — venha o credor, ao depois, pleitear o favor legal em consequência de seu desfazimento, reencantando, talvez, no futuro, tentativas que repugnam ao simples senso moral.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

"Emenda nº 333. Pela Rejeição. (Paracer do Professor Couto e Silva).

Justificação: Nessa Emenda, quer-se a substituição da expressão "separado judicialmente" por "desquitado", mas esta denominação não foi aceita no Projeto, e especialmente pela Lei do Divórcio, não havendo razão para retornar-se à antiga denominação, aliás com características ignominiosas."

EMENDA Nº 114

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Art. 1.737. O novo casamento do cônjuge/ devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio."

Justificação: A reprodução do art. 30 da Lei do Divórcio, de 1934, não faz da Comissão, 13 de setembro de 1934. Nelson Carneiro."

PARACER

Repetindo a mesma contida no art. 30 da Lei do Divórcio, cuida a Emenda de assegurar, em favor do cônjuge credor dos ali

mentos, — tal como já o fizera a embreada lei específica em relação aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos por consequência do divórcio, — a certeza da prestação alimentícia preexistente ao novo casamento. Nem poderia ser de outra forma, certo como é que abrir ensejo a novo casamento de provedor e, ao mesmo tempo, dispensá-lo das obrigações regularmente contraídas como o cônjuge anterior, equivaleria a transformar o divórcio em instrumento de punição e injustiça incompatíveis com as suas altas finalidades.

Bem por isso, a própria Lei nº 6.515/77 vai além e ao ponto de prescrever, como requisito para da conversão da separação judicial em divórcio, a prova do cumprimento das obrigações assumidas na separação, entre as quais, em linha de natural prioridade, a prestação dos alimentos em vigor.

Razão assiste, todavia, ao ilustre prof. Couto e Silva ao proferir a redação do art. 1.738 do Projeto, a que inequivocamente se refere a Emenda, por ser "mais ampla, tendo em vista que a obrigação alimentar nem sempre dependerá da sentença de divórcio". Efetivamente, salvo casos do divórcio direto, a obrigação alimentar resulta da separação, ou da simples ação de alimentos. Nem é necessário que os alimentos já fixados se convalidem com o divórcio. Especialmente nos casos de mera conversão da separação judicial, em que não se discute, normalmente, o problema dos alimentos devidos ao cônjuge credor.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA

"Emenda nº 334. Pela rejeição (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: A Emenda refere-se ao art. 1.738 do Projeto, na qual se lê a seguinte regra: "se o cônjuge devedor da obrigação vier a casar-se, o novo casamento não alterará a sua obrigação. O art. 1.737 previsto na Emenda tem o mesmo significado, divergindo um pouco na sua redação: "o novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio". Parece ser melhor a do Projeto, uma vez que é mais ampla, tendo em vista que a obrigação alimentar nem sempre dependerá da sentença de divórcio. Poderá existir com a simples sentença de separação, razão pela qual não é exata a proposição constante da Emenda nº 334. O cônjuge separado pode não requerer o divórcio, ou falecer no período em que ainda não tem a possibilidade de propor a aludida ação. Nessas casos, não poderá dizer que a obrigação alimentar decorrerá da sentença de divórcio. Ela resulta da sentença de separação."

PELA REJEIÇÃO

EMENDA Nº 335

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Inclua-se, antes do art. 1.739:

Art. — A mulher necessitada e que não haja sido responsável pela dissolução da união livre, existente por cinco anos, ou que dela tenha filhos, poderá pleitear do homem que a abandonou o necessário ao seu sustento."

JUSTIFICAÇÃO

O egoísmo masculino, as dificuldades para a legalização das uniões livres, a ignorância da lei, etc., criam situações injustas para a mulher, e que não podem continuar desconhecidas pelo legislador, que, aliás, já assegurou às companheiras direito à pensão e ao salário-família.

Sala da Comissão, 13 de setembro de 1984.
Nelson Carneiro."

PARECER

A presente Emenda constitui, certamente, na matéria de alimentos, de que trata o Projeto, a sua mais importante inovação. E representa, sem dúvida, um grande "passo à frente", por assim dizer, em toda a parte do Direito de Família, ainda nesta oportunidade e desde o texto do ANTEPROJETO, injustificadamente fechado a diretrizes tendentes à regulamentação jurídica do concubinato. Sem embargo de conter em seu texto, como coisa que passasse despercebida à sempre atenta vigilância dos chamados defensores da família legítima, dispositivo como o do inciso III, do art. 1.824, que equipara o testador, casado, mas separado de fato há mais de cinco anos, ao judicialmente separado, para fins de atribuição de benefício de herança ou legado, ao próprio concubino.

Com a expressão "e necessário a seu sustento", visa a Emenda, em última análise, assegurar em favor da companheira, entendida como tal a mulher livre que se une mere uxorio, ao homem também livre, a exemplo do que já ocorre em relação à pensão mortis causa e ao salário-família, os alimentos necessários a seu sustento. E reproduz em estágio mais adiantado da evolução do pensamento nacional, semelhante iniciativa com que o seu autor há muitos anos insistia em abrir essa simples clareira na "selva selvaggia" da incompreensão reinante.

Com efeito, seu primeiro projeto de nº 122, de 1947, equiparava à esposa, "para fins de alimentos, pensão, montepio e meio soldo, a companheira do solteiro, desquitado ou viúvo", suscitando desde logo ruidosos debates dentro e fora do Congresso Nacional. Como aconteceria com várias outras proposições do então deputado pela Bahia seu crítico mais ardoroso e constante foi Monsenhor Arruda Câmara, que em quase todas as iniciativas, com erudição e tenacidade, via sempre o divórcio disfarçado, ou perigos imediatos para a família brasileira. (Conf. Arruda Câmara, Defesa da Família e das Tradições, A Batalha do Divórcio).

Se não criou maiores embaraços à aprovação da Lei nº 883, de 1949, face às concessões feitas à sua postulação, o eminente sacerdote não teve como evitar que na Lei nº 4.069, de 1962, fossem incluídos, embora com restrições, os arts. 5º e 21, de amparo às companheiras. Mas, nesse campo, a grande divergência ocorreu quando da votação, na Câmara dos Deputados, do projeto governamental que se converteu na Lei de Alimentos (nº 5.478, de 25 de julho de 1968). Das 34 emendas oferecidas em plenário, 26 eram do autor da já então deputado pelo Rio de Janeiro. E dentre as aprovadas, embora com subemendas, pela Comissão de Constituição e Justiça, figurava a de nº 21, e que seria incluída sob o nº 27 no texto enviado ao exame do plenário, apesar de parecer contrário do relator, o que assim dispunha: — "Art. 27 — A companheira do solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele viva por mais de cinco anos ou dela tenha prole, poderá valer-se do disposto nesta lei, de que prova, preliminarmente, a dependência econômica e enquanto não contrair nova união. § único — O deferimento do pedido levará sempre em conta outras prestações alimentícias a que porventura esteja obrigado o devedor." Os anais da Câmara recolheram os ruidosos debates travados nas sessões de 29 de abril, 14 e 15 de maio daquele ano, e de que participaram Arruda Câmara, Raimundo Brito (relator), Nelson Carneiro, Brito Velho, Geraldo Freire (líder), Mário Piva, Hernando Alves, João Hercúlio e o Presidente José Bonifácio (cfr. Nelson Carneiro, A Nova Ação de Alimentos, Editora Freitas Bastos, 1ª ed., págs. 199/250). O art. 27 foi excluído do Projeto por 131 votos contra 122 e 3 abstenções, "porque computados votos obtidos fora do plenário onde se feriram os debates, e colhidos, na forma regimental, nas Comissões então reunidas no anexo do Palácio do Congresso" (idem, pag 33). No curso dos debates, Geraldo Freire, Arruda Câmara e Brito Velho declararam que a solução estaria melhor situada no Direito das Obrigações. Nelson Carneiro fez-lhes a vontade. Apresentou, então, o Projeto nº 1.363/68, na sessão de 22 de maio, e de que foi relator, na Comissão de Constituição e Justiça, Monsenhor Arruda Câmara, que ofereceu substitutivo aprovado por aquele órgão técnico (idem, pag. 280, notas 36). Desde então Nelson Carneiro tem procurado sem êxito tornar realidade aquela proposição, quase nos mesmos termos do substitutivo do seu doce parlamentar pernambucano.

será talvez, uma conquista com a qual o legislador pátrio ainda tenha como justamente redimir-se, neste particular, de que se lhe pode arguir, com razão, como verdadeira falha: o desinteresse, ou falta de decisão para criar as normas de um regime jurídico do concubinato, em seus vários aspectos, e não somente no de que trata, a bem dizer, tímida mente, a Emenda. Ainda que constitua mero detalhe de imenso problema social das uniões concubinárias no País. Problema que continua a desafiar a inteligência e o espírito público dos que por ventura se propõem a dar uma solução consentânea com progresso do pensamento jurídico em nossos dias. Na tentativa, já tardia, de enfrentar, no âmbito nacional, o fenômeno que ilustre jurista francês diagnosticava como a moderna "revolta dos fatos contra os Códigos".

O eminente prof. Couto e Silva se opõe à ideia de que o concubinato possa gerar direito a alimentos. E alude a que esta não tem sido a orientação na maioria dos países, salvo aqueles que admitem um casamento de direito comum, "common law marriage". Tal opinião contudo não se compadece com a melhor tendência dos estudos relativos ao assunto, entre as quais se não de arrolar notáveis decisões dos tribunais, aqui como alhures, desde os memoráveis julgamentos da Corte de Cassação em França, à trilha pioneira dos tribunais brasileiros, de que constitui edificante exemplo a Súmula 380, com que o Egrégio S.T.F. firmou a posição definitiva da Justiça no reconhecimento da sociedade de fato entre os concubinos e na fixação dos direitos resultantes de sua dissolução. Mas ignora, sobretudo, a terrível realidade nacional, em que as uniões dessa natureza se contam em maioria esmagadora entre as formas usuais de constituição da família. E faz tábua rasa de uma realidade social ainda hoje inafastável da situação sócio-econômica em que vive o País, como de resto outros povos em idêntico grau de desenvolvimento. Notadamente na América do Sul, e que tão justamente indignava renomado jurista argentino ao assinalar, em relação a seu país:

"El respeto que merece el matrimonio, la necesidad de dignificarlo, no nos permiten olvidar que hay provincias argentinas en que el 45% de los hijos son naturales. Los hombres cómodos, que tienen temor a las responsabilidades conyugales, vacilarán un poco cuando nuestros tribunales sigan las enseñanzas de Francia y de Italia, que aunque aparentemente aparezcan protegiendo el concubinato, en definitiva tienden a imponer justas cargas, precisamente a quienes mantienen una situación irregular para librarse de ellas y no restringir sus caprichos." (In El Regimen Jurídico del Concubinato, 11 edición, 1940, pág. 21, Carlos Amelio Arzeno).

Deste modo e nessa linha de pensamento, será ao revés de concluir-se que a regra contida no texto da Emenda em exame se afigura tão oportuna como a regulamentação da união livre, ao que parece ainda relegada a futuro remoto.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

"Emenda nº 335. Pela rejeição. (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: A Emenda prevê um dispositivo novo que exara a seguinte regra: "A mulher necessitada e que não haja sido responsável pela dissolução da união livre, existente há 5 anos, ou que dela tenha filhos, poderá pleitear do homem que a abandonou o necessário ao seu sustento." Com essa emenda, o concubinato ganharia direito a alimentos. No entanto, não tem sido assim a orientação na maioria, senão na totalidade dos países, salvo aqueles que admitem um casamento de direito comum "common law marriage". Vale esclarecer que, nos Estados Americanos que possuem esta instituição a tendência é excluí-la em favor do casamento, segundo a legislação. Não parece oportuno que se regule a união livre, atribuindo alimentos na hipótese de sua extinção."

Nota da Revisão - O art. 226, § 3 da Constituição coloca sob a proteção especial do Estado a União estável que vários diplomas legais anteriores de finiram como aquela que perdura por cinco anos; e a que se poderia ajustar, como prova do ânimo de continuidade das relações extra-matrimoniais a existência de filho comum. Até que a lei complementar regulamentar a "união estável", não há porque confundir-la com as simples relações sexuais fora do casamento. O texto do Projeto (art. 1670, V), já aliás se antecipou, de alguma forma, a essa provável distinção. Ao contrário do que conclui Miguel Reale (Folha da Tarde, 17.01.89), não há como evitar que a lei repita a expressão concubinato para diferenciá-la da "união estável".

EMENDA Nº 336

Autor: Senador Nelson Carneiro.

"Inclua-se, antes do art. 1.739:

Art. . . A mulher grávida, sem meios de prover o seu sustento, poderá requer ao pai do nascituro, concebido fora do casamento, o necessário à própria subsistência, durante os seis meses anteriores e posteriores ao parto."

JUSTIFICAÇÃO

Disposição semelhante figurava na legislação portuguesa, de 1910. A prestação, no caso, não é devida ao filho, mas à sua genitora. Mas resulta, afinal, em benefício do filho.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984.
Nelson Carneiro."

"Emenda nº 336. Pela rejeição (Parecer do Prof. Couto e Silva)

Justificação: Pretende-se a inclusão de um novo artigo segundo o qual a mulher grávida pode pedir alimentos em função do nascituro. Segundo as disposições da parte Geral, art. 2º "a personalidade civil do homem começa do nascimento, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro". Entre esses direitos, estaria o de subsistência, cuja proteção é óbvia. Isto, entretanto, não impede que se deva provar que aquele, contra quem se pretendem alimentos, é o futuro pai. O artigo suporia um processo que duraria muito mais do que os 6 meses. Com base no art. 2º do Projeto do Código Civil, e através de uma medida cautelar, se poderia prover, para logo, a subsistência, sem necessidade de incluir-se um novo artigo, cuja realização prática levaria muito tempo, o tempo normal de um processo de alimentos."

PARÊCER

O Decreto nº 02, de 25 de dezembro de 1910, de Portugal, dispunha em seu artigo 38: - "A ação de investigação de maternidade ilegítima pode também ser proposta, ainda antes do nascimento do filho, pela mãe grávida, em nome dele, contanto que faça verificar previamente a gravidez, nos termos e pelo processo do art. 650 do Código de Processo Civil; mas a ação ficará nula, se o filho não nascer com vida e figura humana, ou se a respectiva certidão não for junta aos autos dentro do prazo de trinta dias do nascimento."

Era a ação do filho, do nascituro. Já o art. 47, regulava a ação da mãe do filho, do nascituro: - "O pai tem obrigação de prestar alimentos à mulher pobre de quem houve um filho ilegítimo e, para este efeito, pode ser demandado, a partir do momento em que lhe é lícito propor a ação referida no art. 389, seguindo-se os termos gerais do processo ao

bre alimentos provisórios e deficitários e aplicando-se o disposto no § único do art. 449, - § único - Esta obrigação não existe ou cessa, se a mulher, notoriamente, má conduta, ou se, durante o período legal da gravidez, tiver notoriamente relações sexuais com outro homem".

Vasco Augusto Pereira Nunes, acentuava que "o direito que a mãe possui aos alimentos, assim como o direito à indenização das despesas com a gravidez e o parto (art. 48), são direitos pessoais e próprios da mãe e não direitos do filho ilegítimo. Uma coisa são os alimentos da mãe, outra a que tem direito o filho, referindo-se o art. 479 aos primeiros e o art. 329, nº 2, e 449, § único, aos segundos. Por isso, a mulher pobre, mãe de um filho ilegítimo, pode propor a ação do art. 479, em seu nome próprio e não em nome e como representante do filho". E, mais adiante: - "A obrigação de o réu prestar alimentos é fundada aqui na procriação, ao passo que nas hipóteses dos arts. 172 e seguintes do Código Civil, no parentesco, e, nos casos dos arts. 29 e seguintes do Decreto de 3 de novembro de 1981, no casamento. Ao réu cabe a obrigação do art. 479, por ter gerado o filho e dado, assim, causa à gravidez, ao parto e ao nascimento". (Comentários à Lei de Proteção dos Filhos, 29 ed., págs. 710 e 713).

Projeto ao mesmo sentido, de autoria do Senador Nelson Carneiro, aprovado pelo Senado Federal, foi enviado, há vários anos, à Câmara dos Deputados, onde se encontra arquivado.

O direito a alimentos, como tentou explicitar a justificação, é da mulher grávida, que age em seu próprio nome e não como representante ou em nome do nascituro. A Emenda fixa o período dessa obrigação, seis meses antes e seis meses depois do parto, e o pedido pode ser formulado pela mulher, representante do nascituro, como parece entender o Professor Couto e Silva, ao invocar o art. 29 do Projeto, que apenas repete, sem o necessário aprimoramento, o preceito do art. 49 do vigente Código Civil. Ao legislador Civil compete a norma substantiva. É o que faz a Emenda cumprir a lei processual criar, com efeito, a disposição objetiva, que assegure, desde logo, a subsistência da mulher necessitada, para evitar as delongas que tornariam letra morta o dispositivo em questão.

PELA APROVAÇÃO DA EMENDA

EMENDA Nº 337

Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso

"Dá-se a seguinte redação ao art. 1.739:

Art. 1.739. As prestações alimentícias de qualquer natureza serão corrigidas monetariamente na forma da atualização da remuneração ou rendas de alimentante ou, obedecer à variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional."

JUSTIFICAÇÃO:

A massacrante maioria dos brasileiros não tem seus vencimentos reajustados pelos índices da ORTN. Ademais, se nos apresenta mais consentâneo com a realidade de a correção de acordo e na mesma proporção dos aumentos da remuneração (remuneração é gênero de que são espécies: salários, vencimentos, soldos, honorários, subsídios, pro labore), ou, se proprietários os alimentantes, das rendas recebidas.

Aliás, esta tem sido a tônica das interpretações pretorianas, daí porque a redação do caput do

art. 22 da Lei do Divórcio se encontra abstraída das Cortes Indígenas".

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1984.
Fernando Henrique Cardoso."

PARECER

A circunstância de afastar, entre os critérios de atualização da pensão alimentícia, o índice das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, por extintas com o advento do chamado "Plano Cruzado", não autoriza, só por si, a aceitação da Emenda, como conclui o prof. Couto e Silva. Cabem em relação a seu texto reparos de maior importância que justificam, afinal, a sua rejeição.

A primeira observação a fazer-se diz respeito a que aí se estabelecem condições para a correção monetária da pensão e se despreza, em qualquer hipótese, o sábio critério do juiz, que deve ser, em cada caso, a mais justa medida. Principalmente em virtude das decisões aleatórias do Governo Federal em relação aos diversos índices aplicáveis à correção monetária, em consequência da política administrativa adotada em diferentes conjunturas.

Por outro lado, a emenda confunde a correção monetária com a atualização decorrente dos aumentos dos ganhos do provedor. E submete a pensão paga por proprietário através de suas rendas, ao critério da proporção destas, o que na prática se mostra quase sempre impossível, em face da natural dificuldade, ou impossibilidade mesma de sua apuração.

O que se torna aconselhável, e corresponde à experiência diuturna do foro de família, é que a pensão seja fixada em base percentual dos ganhos do alimentante, quando estes são conhecidos (salários, vencimentos, subsídios, por exemplo), ou suscetíveis de apuração e exatificação. E assim aumente, ou diminua conforme as oscilações ocorridas nos rendimentos do provedor, segundo o alimentário, como se afigura justo, o destino do alimentante.

Deste modo, se os alimentos são estabelecidos em quantia certa, a sua atualização se há de fazer por índices vigentes à época de seu reajuste, devendo caber ao juiz a prerrogativa de determinar a aplicação do que considere justo, inclusive da proporção dos aumentos auferidos pelo alimentante, se possível.

Facil de ver, pois, que o caput do art. 22 da Lei do Divórcio não se afasta, antes se coaduna, com as melhores soluções adotadas pelos Juízes especializados, desde que deixa ao critério do julgador a solução a adotar-se em cada caso, somente indicando os índices das ORTNs, hoje impraticáveis, nos casos em que outro seja o entendimento do magistrado.

Por tais razões, preferível adotar-se, em substituição à Emenda, dispositivo que possa abranger, de maneira elástica, as soluções que se mostrem aconselháveis à época da fixação da obrigação alimentar, ou de sua modificação, e que se baseiem, sobretudo, no critério do juiz e do exame de sua oportunidade. A este propósito, parece razoável, com ligeira modificação, a sugestão encaminhada a esta Eg. Casa pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

"Art. 1.739. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão monetariamente reajustadas, devendo o juiz, em função das peculiaridades do caso e das circunstâncias verificadas à época da sua fixação, estabelecer o critério de correção e periodicidade de sua aplicação."

O preceito assim estabelecido teria, ademais, a virtude de mencionar a periodicidade da incidência do índice adotado pelo juiz, o que, na prática, assume considerável importância.

PELA REJEIÇÃO DA EMENDA e APROVAÇÃO DA SUBEMENDA.

"Emenda nº 337. Pela aceitação (Parecer do Prof. Couto e Silva).

Justificação: A Emenda ao art. 1.739 do Projeto visa a excluir que se aplique à prestação alimentar as variações da ORTN, conforme foi estabelecido

do pela Lei 6.515, de 1977. Com adoção do cruzado, pelo Decreto, nº 2293, em 27 de fevereiro de 1986, não temos mais ORTN, razão pela qual deve ser adotada a Emenda proposta."

Nota da Revisão - Não há que falar em OTN, agora extinta.

PARTE. V

EMENDA Nº 338

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, no art. 1.745, a expressão "até que os filhos completem maioridade" por "enquanto houver filho incapaz".

JUSTIFICAÇÃO

O espírito do artigo é o de prorrogar a proteção do instituto para além da vida dos cônjuges, em homenagem ao estado de dependência em que ainda se podem encontrar os filhos. Mas, para isso, sua formulação é inadequada, já que cobre as incapacidades dos maiores de idade. A emenda procura corrigir a falha, pondo, de resto, o artigo em sintonia com o 1.751.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo, assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli."

PARECER

O parecer é pela aprovação da Emenda, pelos motivos expostos por seu ilustre autor. No mesmo sentido é, aliás, o pronunciamento do Prof. Couto e Silva.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 338. Pela aceitação."

EMENDA Nº 339

Autor: Senador José Fragelli

"Desdobrar em dois, com a redação que se segue, o parágrafo único do art. 1.749:

"§ 1º Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao mais velho dos filhos capazes.

§ 2º Se e enquanto não for possível observar o disposto no parágrafo anterior, ficará a administração a cargo do tutor ou curador do filho mais velho."

JUSTIFICAÇÃO

O Projeto abre mão muito cedo da preferência, que também adota, pela administração por parte de algum dos filhos. A emenda propõe critérios mais flexíveis e que resultam em ampliar as possibilidades de rever a administração com os próprios membros da família. E prevê as situações que o Projeto deixa em aberto. Se o filho mais velho for maior, porém incapaz, para quem vai a administração? O Projeto não responde, a emenda sim.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli."

PARECER

O art. 1.749 do Projeto inclui parágrafo único, assim redigido: "Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior. Caso contrário, ao tutor". Entende o Professor Couto e Silva que a matéria está suficientemente regulada no aludido parágrafo, não existindo assim razão para o pleiteado desdobramento. E afirma que a "Emenda é, praticamente, de redação, eis que não altera em nada os preceitos constantes no Projeto". Assim não pensa o relator. O Projeto fala em filho mais velho, se for maior. A Emenda atribui a administração do bem de família ao mais velho dos filhos capazes, o que é diferente. Também, pelo Projeto, se o filho mais velho for menor, a administração do homestead passa ao seu tutor. A Emenda também confere o encargo ao curador do filho mais velho, se este for interdito. A Emenda é mais abrangente que o texto do Projeto, embora a intenção seja a mesma. Melhor, porém, que fique expressa: Pela aprovação.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 339. Pela rejeição."

Justificação: A matéria já se encontra suficientemente regulamentada no art. 1.749, em seu parágrafo único, não havendo razão para se fazer o aludido desdobramento. Aliás, a Emenda é, praticamente, de redação, pois não altera em nada os preceitos constantes do Projeto.

EMENDA Nº 340

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir, no parágrafo único do art. 1.757, a expressão "ainda que o menor se ache sob pátrio poder, ou tutela."

JUSTIFICAÇÃO

Compreende-se a correta intenção do Projeto: qual quer que seja a situação de autoridade sob que se encontra o menor, poder-se-lhe designar curador especial na hipótese prevista pelo parágrafo. Ou seja, a autoridade do pai, por exemplo, não inibe a do curador especial: o múnus de um conviverá com o de outro, observados os limites da respectiva competência. A solução é de interesse do menor e deve ser mantida. A redação, porém, não é feliz. Quase sempre, ou mesmo sempre, o menor estará sob uma das duas situações previstas: pátrio poder ou tutela. Até mesmo quando ao infante exposto seria discutível afirmar-se que não esteja sob o pátrio poder de alguém. A supressão do segmento final do parágrafo elimina, sem qualquer prejuízo de conteúdo, a ilogicidade do texto.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli."

PARECER

O ilustre autor da Emenda entende desnecessária as expressões finais do parágrafo único do art. 1.757, pelas razões que expõe. Mas a esses argumentos redargue o Professor Couto e Silva, ao sugerir a rejeição da Emenda: "O parágrafo único do art. 1.757 deve ser mantido, porquanto esclarece que a curatela especial pode ocorrer ainda quando o menor esteja sob pátrio poder ou

tutela. Não fosse, assim, poderia haver dúvida se, nesses casos, se facultaria, ou não, nomear um curador especial". O Projeto, aliás, repete o texto do parágrafo único do art. 411 do Código Civil. Pontes de Miranda refere que "o Código Civil não articulou as funções do curador especial, mas a sua natureza mesma as indicam". Indaga se o curador especial pode propor em Juízo ações, quanto a estas bens, em favor do menor, ou defendê-las, para concluir que a "curadoria seria inócua, se não tivesse a função de defender os bens da herança ou legado", ainda que a fizesse o tutor. Seriam "dois representantes ou assistentes", e invoca ainda o nº II do art. 154 do estatuto civil (Tratado de Direito de Família, § 279). As expressões impugnadas esvanecem possíveis dúvidas. Pela rejeição da Emenda.

PARECER (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 340. Pela rejeição."

Justificação: O parágrafo único do art. 1.757 deve ser mantido, porquanto esclarece que a curatela especial pode ocorrer ainda quando o menor esteja sob pátrio poder ou tutela. Não fosse assim, poderia haver dúvida se, nesses casos, se facultaria, ou não, nomear um curador especial.

EMENDA Nº 341

Autor: Senador José Fragelli

"Eliminar o inciso I do art. 1.760."

JUSTIFICAÇÃO

Embora se oriente pelo princípio básico da igualdade entre o homem e a mulher, o Projeto deixa prevalecer aqui e ali resquícios da concepção patriarcal. Neste inciso, por exemplo. Para o Código vigente, a que, no particular, o Projeto acompanha, achou Clovis de explicar a solução com as seguintes palavras: "A mulher não coage a lei a que aceite a tutela. Julgando-a capaz desse ofício, por mim-lhe, que por sua condição social, pela educação, pelo gênero de vida que adote, por se conservar no recesso do lar, estranha à vida exterior, resolva, livremente, se se acha ou não em condições de consagrar as opulências e as delicadezas do seu sentimento em benefício do menor, cuja guarda se lhe oferece". BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 2, 11a. ed., Rio de Janeiro, E. Alves, 1956, p. 322. Já por aí se vê que não há motivo para continuar excepcionando, na matéria, a mulher casada.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilalta, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O nº I do art. 1.760 do Projeto da Câmara dos Deputados inclui as mulheres casadas entre as que podem escusar-se da tutela. Até a Lei 4.121, de 1962 (Estatuto Civil da Mulher Casada), dependia de autorização do marido a aceitação, pela mulher casada, do encargo da tutela (art. 242, V, do Código Civil). Já o Anteprojeto Orlando Gomes não incluía a mulher casada entre as que podem

escusar-se da tutela. Referia-se indistintamente ao homem e à mulher ao relacionar "os que tiverem família numerosa" (art. 305, II). Mas a distinção ressuscitou no Anteprojeto Miguel Realé, de 1972, em seu art. 1.942, I. Contra essa discriminação entre marido e mulher, insurge-se, com razão, a Emenda nº 341. E, desta vez, com o aplauso do Prof. Couto e Silva. Pela aprovação da Emenda.

PARECER (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 341. Pela aceitação."

EMENDA Nº 342

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, no art. 1.761, a expressão "parente idôneo, consanguíneo ou afim, por "pessoa idônea, parente ou afim."

JUSTIFICAÇÃO

O Projeto extrema bem o parentesco da afinidade. A emenda nº 35 empenhou-se em manter bem destacadas as duas noções e advertiu para o equívoco que se contém na idéia de parentesco por afinidade. É justamente nele que o Projeto agora incorre... Uma reprodução literal e infeliz do art. 415 do Código vigente.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilalta, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

A Justificação da Emenda ressalta o equívoco que se constata na idéia de parentesco por afinidade. Com ela, concorda o Professor Couto e Silva. Pela aprovação da Emenda.

PARECER (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 342: Pela aceitação."

EMENDA Nº 343

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, no art. 1.768, a expressão "oportuna" por "tempestiva".

JUSTIFICAÇÃO

O adjetivo oportuno pode significar providenciado no tempo certo. Neste sentido é sinônimo de tempestivo e fica no artigo. Mas pode também significar justo, adequado, feliz. Conquanto o juiz deve empenhar-se por que sua nomeação seja oportuna nos dois sentidos, seria iníquo fazê-lo responder direta e pessoalmente por eventual desacerto na escolha, risco de que ninguém está livre. A emenda corrige a perigosa ambiguidade do texto.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilalta, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

tista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Qual a expressão que deve figurar no texto do art. 1.768 do Projeto? Oportuna ou tempestiva? A Emenda quer tempestiva, o Projeto e o Professor Couto e Silva preferem oportuna. O art. 421 do Código Civil reza: "A responsabilidade será pessoal e direta, quando o juiz tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna". O juiz de órfãos é obrigado a dar tutores aos menores, dentro do prazo de um mês, a contar do falecimento de seus pais, nomeando-os de sua autoridade, confirmando ou reconhecendo os que houverem sido nomeados em testamento. Não cumprindo o juiz de órfãos este dever, o juiz de direito em correição dará os ditos tutores". Era assim no direito anterior, como ensina Lafaiete (ob.cit., pág. 271). A nomeação seria tempestiva, se feita no prazo estipulado. Mas nem sempre seria oportuna, porque no curso dos trinta dias poderia ter havido prejuízo para o órfão, por falta de quem zelasse por seus direitos. O ilustre autor da Emenda esclarece que o adjetivo oportuno "pode significar providenciado em tempo certo. Neste sentido é sinônimo de tempestivo e fica bem no artigo! Mas pode também significar justo, adequado, feliz". Pois é isso mesmo que o legislador deve exigir do juiz. Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 343. Pela rejeição."

Justificação: O termo "oportuno" previsto no art. 1.768 é o indicado e não o "tempestivo". Aqui se cogita de uma nomeação quando sucede uma situação que assim o exija, não só temporalmente, mas em razão de outras circunstâncias; portanto, o termo "oportuno" serve melhor a essa finalidade do que o "tempestivo".

EMENDA Nº 344

Autor: Senador José Fragelli

"Dar ao art. 1.769, a seguinte redação:

"Art. Os bens do menor serão entregues ao tutor no seguinte termo que descreve e indique seus valores, ainda que os pais tenham dispensado.

Parágrafo único. Se o patrimônio do menor tiver valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante."

JUSTIFICAÇÃO

No Projeto, falta à redação do caput o necessário apuro de linguagem. Quanto à do parágrafo único, é manifestamente prolixa. Diz que o juiz pode exigir a caução que pode dispensá-la. Ora, quem pode exigir, pode também não exigir, o que dá na dispensa.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal

de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

A Emenda deve ser dividida em duas partes. Quanto ao caput, o simples confronto entre os dois textos (o do Projeto e o da Emenda) logo aconselha a aceitação desse último. A segunda parte da Emenda pretende a exclusão das expressões finais "podendo dispensá-la (a caução) se o tutor for de reconhecida idoneidade". O Professor Couto e Silva chega a uma conclusão. "A Emenda visa a excluir esta última hipótese; de modo que só mediante caução é que se poderia nomear um tutor" que não está na intenção, nem na letra da Emenda. Ao contrário. O ilustre autor da Emenda afirma exatamente o contrário: "Quanto à do parágrafo único, é manifestamente prolixa. Diz que o juiz pode exigir a caução (e) que pode dispensá-la. Ora, quem pode exigir, pode também não exigir, o que dá na dispensa". O dispositivo não obriga a caução, qualquer que seja o tutor. Tanto que usa a expressão "podará", facultando ao Juiz exigí-la ou não. Não há assim razão para os temores do ilustre mestre sulriograndense. Pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 344. Pela rejeição."

Justificação: No art. 1.769, descrevem-se os requisitos da entrega dos bens do menor ao tutor; e no parágrafo único prevê-se uma hipótese de dispensa quando o tutor for de reconhecida idoneidade. A Emenda visa a excluir esta última hipótese; de modo que só mediante caução é que se poderia nomear um tutor. Ora, sob esse pressuposto seria difícil aceitar o encargo de tutor. Se alguém é considerado como pessoa de notória idoneidade, não haveria motivo para exigir-se dele uma caução. Dificultando-se, em excesso, a tutoria, não terá ela aplicação prática.

EMENDA Nº 345

Autor: Senador José Fragelli

"Acrescentar ao art. 1.771 os seguintes incisos:"

"VI - Pagar as dívidas do menor.

VII - Aceitar, por ele, heranças, legados e doações puros."

JUSTIFICAÇÃO

Trata-se de evidente rigorismo no controle de tutela, condicionar o pagamento de dívidas à autorização do juiz, como faz o art. 1.772, inciso I. Rigorismo que, visto pelo reverso, acaba resultando em laxismo relativamente aos credores. Dívidas pagam-se. Não carece autorizá-lo. Naturalmente se houver incerteza quanto ao objeto, quanto ao tempo em que devam ser atendidas, etc., o bom tutor tomará as precauções que a hipótese recomendar, podendo mesmo, motu proprio, submeter a solutio, que entenda cabível, à autorização prévia do juiz. Pelo que respeita às liberalidades, só as que contiverem encargo devem estar sob controle judicial obrigatório, impondo-se, por conseguinte, dobrar o inciso II do art. 1.772 para excluir do regime de autorização necessária os negócios gratuitos puros. Não se quer afirmar, quanto aos últimos, que a aceitação esteja

livre de riscos para o menor. Mais uma vez, porém é de se confiar no prudente discernimento do tutor para avaliá-los e decidir afinal, com ou sem autorização prévia do juiz.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Já o art. 1.771, III, autoriza o tutor a fazer as despesas de assistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramento dos bens do tutelado. Pretende a Emenda que fique também o tutor autorizado a "pagar as dívidas do menor", sem referir a natureza, nem o valor. Ao comentar o art. 427 do Código Civil, Pontes de Miranda invoca a observação de Almeida de Souza, *Notas de uso prático*, II, § 15, em favor da prévia autorização judicial. (Ob. e vol. cit., § 276). Orlando Gomes, em seu Projeto, fugia à enumeração, para dispor no art. 297: "Sem autorização do juiz, não pode o tutor praticar atos que excedem a administração ordinária da bens, nem deles dispor, ainda que a título oneroso, sob pena de nulidade". Se não merece acolhida a Emenda, relativamente ao pretendido inciso VI, com maior razão não há como aceitá-la no que tange ao inciso VII. Não a admitia o direito anterior (Lafayette, ob. cit., § 153). Nem o vigente Código Civil (art. 427, II). O moderno Código de Portugal, também exige autorização do tutor de menores, para que o tutor possa "aceitar herança, doação ou legado". Na justificação, o eminente autor da Emenda reconhece a possibilidade de riscos para o menor, mas confia "no prudente discernimento do tutor para avaliá-los e decidir afinal, com ou sem autorização prévia do juiz". Contra a Emenda também opina o Professor Couto e Silva. O parecer é pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 345. Pela rejeição."

Justificação: Há certos atos que o tutor só pode praticá-los mediante autorização do juiz. Existe uma nítida distinção entre pagar as dívidas do menor, previstas no art. 1.772, II, o que depende da autorização do juiz; e fazer as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramento de seus bens, o que o autor pode realizar sem a necessária autorização do juiz. Do mesmo modo como sucede em matéria de inventário, há situações em que o inventariante, administrador da herança, pode praticar atos sem necessidade de autorização do juiz; e outras, em que essa necessidade se impõe. Desde que se cuide de dívidas de outra natureza, isto é, não relacionadas com despesas de subsistência ou educação, nem para conservação ou melhoramento de seus bens, é necessário que haja autorização do juiz. Também quanto aos demais atos previstos no art. 1.772, os mais importantes, impõe-se a autorização do juiz. Não seria curial que todos estes atos pudessem ser praticados sem autorização, como se prevê na Emenda nº 345.

EMENDA Nº 346

Autor: José Fragelli

"No art. 1.772, eliminar o inciso I e dar ao inciso II a seguinte redação:"

"Aceitar, pelo menor, heranças, legados e doações com encargos."

JUSTIFICAÇÃO

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O fato de serem, no art. anterior, as heranças, legados ou doações puros, e no art. 1.772 onerosos, não modificam a posição do relator. Pela rejeição da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 346 nº 346. Pela rejeição."

Justificação: A constante na Emenda nº 345.

EMENDA Nº 347

Autor: Senador José Fragelli

"Substituir, no art. 1.775, a expressão "não lhe poder cobrar" por "lhe não poder cobrar"."

JUSTIFICAÇÃO

A clareza pede aqui o pronome objeto expresso, como está, de resto, no art. 430 do Código em vigor, de que o presente é, em tudo o mais, reprodução literal.

Esta Emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

Simples emenda de redação. O autor invoca a atual redação do art. 430 do Código Civil, mesmo após a revisão de Ruy. preciosismo, como pensa o Professor Couto e Silva, ou não, mas lhe será manter a redação atual. Pela aprovação da Emenda.

PARECER (Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 347. Pela rejeição."
Justificação: É evidente preciosismo querer substituir a expressão "não lhe poder cobrar" por "não lho poder cobrar". Tal disposição não atende à situação atual do idioma que é algo vivo.

EMENDA Nº 348

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o inciso V do art. 1.791."

JUSTIFICAÇÃO

A prodigalidade, como a avareza, podem conter-se nos limites da normalidade ou deles transbordar. No primeiro caso, é uma característica pessoal, que deve ser respeitada, tanto quanto outro qualquer atributo que integra o nosso modo de ser. No segundo caso, constitui manifestação de enfermidade mental e, portanto, já estará alcançada pelos incisos I ou III. Indivíduo a prodigalidade como razão para a curatela é tão despropositado quanto fazê-lo com a avareza.

Observação: A presente emenda impõe rever a Parte Geral do Projeto para excluir o prodígio dentre os incapazes.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1934 - José Fragelli.

PARECER

A Emenda pretende excluir os prodígios dentre os que estão sujeitos à curatela. Mas, como observa na Justificação seu conceituado autor, a inclusão ou não dos prodígios entre os incapazes depende da sua exclusão na Parte Geral do Projeto. Com efeito, o art. 49, IV, do Projeto relaciona os prodígios entre os incapazes, relativamente a certos atos. A Emenda nº 1, da autoria do nobre Senador Galvão Modesto, embora mantendo a situação atual, poderá levar a outra conclusão o ilustre Relator da Parte Geral. A uniformidade, que deve presidir à elaboração legislativa, explica que o parecer sobre a Emenda nº 348 fique na dependência da aprovação, pela Comissão Especial, da Emenda nº 1.

Vale referir, todavia, que o Código Civil do Equador, em seu art. 495, equipara aos dissipadores os ébrios contumazes e os toxicômanos, ao regular a curatela a que estão sujeitos. Em consequência, o parecer é pela apreciação conjunta das duas Emendas (nºs 1 e 348).

PARECER (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 384. Pela rejeição."
Justificação: A curatela dos prodígios é tradicional no direito brasileiro, e necessária. Não se vê como se pre-

tenda extingui-la. Seria necessário rever a disposição da Parte Geral que a consagrou; mas não parece ser esta a melhor solução: os prodígios precisam, realmente, de uma curatela especial, pois ela se refere apenas a certos atos.

EMENDA Nº 349

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir, no inciso III do art. 1.793, a expressão "menores ou"."

JUSTIFICAÇÃO

Os menores são também incapazes, salvo a hipótese de emancipação, que não deve estar compreendida pelo inciso. Convém dizer-se, portanto, simplesmente "incapazes".

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1934 - José Fragelli.

PARECER

As expressões "menores ou" são realmente desnecessárias. "Incapazes" diz tudo, inclui menores. Pela aprovação.

EMENDA Nº 350

Autor: Senador José Fragelli

"Dar ao caput do art. 1.799 a seguinte redação:"

"O cônjuge, não estando desquitado nem separado de fato, é, por direito, o curador do outro, quando interdito."

JUSTIFICAÇÃO

Quanto à substituição de "separado judicialmente" por "desquitado" cf. Emenda nº 20. A inclusão da separação de fato como circunstância que também inabilita o cônjuge a ser, ope legis, curador do interdito parece de todo razoável. Falece, então, a conveniência presumida de interesses. Assim como a presumida reciprocidade de afetos.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1934 - José Fragelli.

PARECER

Excluída a pretendida reinclusão na lei civil da expressão desquitada, a Emenda merece ser aceita para assegurar ao mente ao cônjuge não separado (seja de direito, seja de fato) na curatela do outro. A lei não pode desconhecer o fato de não estarem vivendo juntos marido e mulher. Daí a aprovação da Emenda, com a seguinte redação: "O cônjuge não separado é, de direito, curador do outro, quando interdito".

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 350. Pela rejeição.

Justificação: Não se adotou no Projeto, a substituição pretendida no termo "separado" por "desquitado", razão pela qual a Emenda não pode ser aceita.

EMENDA Nº 351

Autor: Senador José Fragelli

"Suprimir o parágrafo único do art. 1.803."

JUSTIFICAÇÃO

A matéria já está por inteiro, disciplinada no art. 1.802. O parágrafo é, assim, dispensável.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O art. 1.802 diz que "a autoridade do curador estende-se à pessoa e bens dos filhos do curatelado, nascidos ou nascituros". E o § único do art. 1.803 dispõe que "se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro". A Emenda sustenta que a segunda disposição é desnecessária, porque a hipótese está prevista na primeira. Com isso não concorda o Professor Couto e Silva. Ao ver do relator, sem razão. Se a mulher estava interdita não tinha o pátrio poder, falecesse ou não, durante a gravidez, o pai do nascituro. E, nesse caso, a autoridade do curador se estende aos filhos nascidos ou nascituros, solução prevista no art. 1.802.

Pela aprovação da Emenda.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 351. Pela rejeição."

Justificação: A matéria não se encontra, como se propala, na justificação à Emenda nº 351. No art. 1.803

a que se refere essa Emenda, dão-se as condições para que se possa dar curador ao nascituro, exigindo-se que o pai tenha falecido, estando a mulher grávida, e não tendo ela, ainda, o pátrio poder. Estas condições não estão consagradas no art. 1.802. Em razão disso, não se pode dizer que a matéria do art. 1.803 do Projeto está toda ela regulada no art. 1.802.

EMENDA Nº 352

Autor: Senador José Fragelli

"Eliminar o art. 1.806."

JUSTIFICAÇÃO

A Emenda nº 106 preconiza a eliminação da curatela dos pródigos. Se for aceita, não haverá razão para que o art. 1.806 subsista.

Esta emenda, que apresento por solicitação do Senador Alfredo Campos, foi elaborada pelo Professor João Batista Vilela, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, constituindo assim, valiosa colaboração dessa Egrégia Casa ao Projeto do Código Civil.

Sala das Comissões, 19 de outubro de 1984 - José Fragelli.

PARECER

O parecer da Emenda nº 1.806, está ligado à de nº 348, e devem as duas serem apreciadas conjuntamente com a Emenda nº 01, pelo Relator da Parte Geral do Código.

Pela anexação às Emendas nºs 1 e 348.

Parecer (do Prof. Couto e Silva)

"Emenda nº 352. Pela rejeição."

Justificação: Mantida a curatela dos pródigos que se impõe venha a suceder não tem sentido a Emenda proposta, pois ela visa suprimir o art. 1.806, que regula a curatela do prodígio.

EMENDA Nº 353

Autor: Senador Carlos Chiarelli

No título IV incluem-se os seguintes artigos:

"Art. 1.808 Após 5 (cinco) anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se ser de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles."

"Art. 1.809 Se um ou ambos os concubinos forem casados, é necessário que a sua separação tenha sido decretada há mais de 5 (cinco) anos, ou que a separação de fato do casal dure, ininterruptamente, por igual tempo."

JUSTIFICAÇÃO

Cerca de metade da população brasileira, ou quase isso, se organiza em famílias naturais, criadas e mantidas à margem das formalidades legais. Sendo assim, seria fechar os olhos à essa realidade social deixar de dar consequências ao menos patrimoniais a tais uniões livres com o caráter de permanência e real aparência de casamento.

A jurisprudência brasileira já consagrou em Súmula do Supremo Tribunal Federal o direito à meação dos bens adquiridos na constância da sociedade que se estabeleça entre concubinos.

Por outro lado, o primeiro posicionamento da Comissão Redatora do Anteprojeto do Código Civil foi no sentido de assimilar este avanço. A redação ora proposta corresponde à do primeiro texto apresentado, pois, a segunda versão do Anteprojeto, certamente cedendo à influência da setores mais conservadores, re trocedeu em relação à matéria, expurgando os artigos antes mencionados, que não constam da forma final em caminhada pelo Sr. Ministro da Justiça e, finalmente submetida ao Congresso Nacional.

A inclusão dos dispositivos ora propostos no novo Código estabeleceria a presunção legal de aquisição comum do patrimônio emalheado na constância da união, o que se constitui hoje, à falta de previsão legal, matéria de extensa e penosa prova a ser produzida, caso a caso, perante o Judiciário. Saliente-se que, por exemplo, no campo da legislação previdenciária já abrange a hipótese, para dar à situação de concubinato efeitos no que tange ao deferimento de pensão e assistência médico-hospitalar.

Sem embargo desse entendimento, cumpre salientar que a disciplinação das decorrências patrimoniais do concubinato desprestigiaria o casamento solene e formal, criando riscos de previsão legal são rigorosa. Nossa intenção não é dar consequências jurídicas às relações eventuais ou clandestinas. Sendo casado um dos integrantes do par, é preciso que esteja, ao menos, separado de fato, há pelo menos cinco anos, para que seja reconhecido o direito à meação dos bens, pois a relação que se busca proteger é aquela com características de permanência e de exclusividade no relacionamento e, não o chamado concubinato aduterino.

Sala da Comissão, 18 de setembro de 1984 - Carlos Chiarelli.

PARECER

I - O ilustre Autor da Emenda reabre, com sua reconhecida lucidez e senso de humanidade, um debate que o relator deste livro suscitou na Câmara dos Deputados, poucos dias depois de sua posse, com a apresentação do Projeto nº 122, de 1947, e que equiparava à esposa, para os fins de alimentos, pensão, montepio e meio soldo, a companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo. A rumorosa reação das correntes conservadoras não permitiu a aprovação da proposta na legislatura que findou a 31 de janeiro de 1951, mas justificou que a proposição fosse amplamente discutida dentro e fora do Congresso Nacional, nas faculdades, nas associações, através dos meios de divulgação, nas comunidades, dividindo a opinião pública em todo o país. Em 1952, sob o nº 2.540, o Projeto foi reapresentado, com longa justificação, que o autor depois reproduziu na íntegra, como síntese da evolução do conceito de concubinato até

dias recentes, em livro escrito em colaboração com o Professor Orlando Gomes (ob. cit. págs. 88/110, nota 40^a). Vide anexo nº 2.

2 - Em 1962, na Lei nº 4.069, que dispunha sobre o aumento de vencimentos dos servidores da União, Nelson Carneiro logrou incluir dois dispositivos que asseguravam à mulher que vivia com homem livre (solteiro, desquitado ou viúvo), com quem não se podia casar, direito à pensão e salário-família. (arts. 5º e 21). Mais tarde, por iniciativa do mesmo parlamentar, foi à companheira autorizada a continuar a locação do companheiro falecido, e se assegurou ao contribuinte do Imposto de Renda incluir como dependente a mulher com quem vivia como casado. Passo importante foi a autorização legal para a companheira usar os apelidos do companheiro, se não os usasse a ex-esposa, desquitada. (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 57 § 2º). Finalmente, a Lei do Divórcio (nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), garantiu-lhes a possibilidade de escolher o regime de bens quando da legalização de suas uniões livres, quaisquer que fossem suas idades, desde que vivessem juntos há dez anos ou de sua união houvesse prole. (Art. 45). Passados exatamente quarenta anos do Projeto nº 122, o Congresso Nacional ainda não assegurou à companheira o direito a alimentos, quando injustamente abandonada pelo homem a quem dedicou anos de vida. Esse infundável debate, que se prolonga por quatro décadas, teve seu ponto alto quando do exame, na Câmara dos Deputados, do projeto que resultou na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Naquela Casa do Congresso, Nelson Carneiro apresentou à proposição governamental emenda que tomou o nº 21, assim redigida: "A companheira do solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto nesta lei, desde que prove preliminarmente a dependência econômica". Eis a justificação: "As uniões irregulares enredavam, em 1960, mais de seis (6) milhões de pessoas. A legislação e a jurisprudência vêm assistindo a companheira, que não se confunde com a amante do homem casado. A assistência à mulher, depois de longos anos de convivência, constitui medida de amparo social, que não se confunde com divórcio, que é dissolução de vínculo matrimonial. A lei não pode ficar aquém da realidade. A emenda é cautelosa e exige prova preliminar (e não simples afirmação) de dependência econômica. Acresce que esta é uma lei que visa a amparar as famílias pobres, que nem sempre - por motivos diversos, alguns até respeitáveis - se constituem através do casamento civil". Aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, a Emenda, incluída no Substitutivo como art. 27, dispunha: "A companheira do solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto nesta lei, desde que prove preliminarmente a dependência econômica, e enquanto não contrair nova união". Os Anais guardam os agitados debates que o texto suscitou em Plenário, iniciados por Monsenhor Arruda Câmara, e de que participaram, entre outros, Nelson Carneiro, Brito Velho, Raymundo Brito (relator), Geraldo Freire, Mário Piva, João Hercúlio e Hermano Alves. O art. 27 foi excluído do Projeto por 131 contra 122 e uma abstenção. (Diário do Congresso Nacional, Seção I, dias 15 e 16/05/1968, págs. 18/23 e 17/24, respectivamente: Nelson Carneiro, A Nova Ação de Alimentos, 1ª ed. págs. 199/250). Em meio à longa discussão, travou-se ainda um debate setorial. Nelson Carneiro procurava distinguir na união livre a companheira da concubina. Ainda naquele ano, o aludido representante ofereceu projeto de lei regulando a concessão de alimentos à companheira, aprovado nos termos do substitutivo de Monsenhor Arruda Câmara pela Comissão de Constituição e Justiça. Acolhido na Câmara dos Deputados, foi rejeitado pelo Senado Federal. Outros, semelhantes, do Senado Federal não lograram aprovação na Câmara dos Deputados. Certo é que até hoje não se assegurou alimentos à companheira, que Nelson Carneiro sustentava, em 1947, não ser "a amante das aventuras fugazes, mas a mulher livre que se dedica inteiramente a um homem livre, como se fora sua esposa, e vive sob sua dependência econômica", definição aceita pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento da lavra do Ministro Antonio Gonçalves de Oliveira. Relator do Projeto nº 122, de 1947, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, não divergiu Eduardo Duvivier: "Entende-se por companheira a mulher livre, que tendo vivido matrimonialmente com homem que, sem justa causa, a abandonou, ou com o falecido, inteiramente dedicada a ele

e sob sua dependência econômica, durante, pelo menos, cinco anos imediatamente anteriores ao abandono, ou os dois que tenha precedido à morte". (Orlando Soares e Nelson Carneiro, *op. cit.* vol. I, págs. 232/240).

Após assentar que "descabe o direito a alimentos a título de concubinato", discorre Caio Mário da Silva Pereira: "Ten-se, entretanto, reconhecido direito à separação; quando ocorre o rompimento abusivo, quando o amônio havia prometido casamento à anante, quando ocorrer a sedução dela, ou mesmo se se trata de assegurar a velhice da antiga amante deixada numa fase da vida em que não mais teria possibilidade de angariar a subsistência pelo trabalho. Haveria aqui uma obrigação natural, convertida em obrigação civil, baseando-se o ressarcimento não na rutura em si, das relações, porém nas circunstâncias que a revestem" (*Instituições de Direito Civil*, vol. V, pág. 37).

Depois de sustentar que, em realidade, os concubinos não pretendem fazer uma sociedade, quando iniciaram a vida em comum, invocando Savatier quando doutrina que "o ativo social reparável não é mais que o excedente das entradas uma vez descontados os gastos do faux ménage". Carlos Ameglio Arzeno expõe: - "Só se separam compartilhar suas existências, e é pela razão dessa convivência "more uxorio", e não pela razão de uma sociedade, que uniram seus bens e pessoas. Quase sempre os bens e atividades pessoais acompanham ou seguem a união de pessoas. Daí a ausência de qualquer convenção ou pacto social escrito que fixe de antemão sua natureza e os respectivos direitos das partes" (*El Régimen Jurídico del concubinato*, pág. 88).

O Anteprojeto de Código Boliviano de Família, elaborado em 1965 pelo Dr. Hugo Sandoval, Saavedra, ao tratar "de los efectos personales y patrimoniales de las uniones libres", cunhou no art. 165 a expressão conviventes: - "Las uniones conyugales libres que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, na medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación". A Constituição boliviana não discorda: - Art. 182 - "Las uniones libres o concubinarias, que sean estables y singulares, producirán efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes cuanto respecto a los hijos". Não diverge a recente Constituição do Peru, de 1978: - "Art. 90 - La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que for man un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable". A Constituição da República Federal da Alemanha dá ao matrimônio e a família o mesmo amparo: - Art. 6, I - "O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal". Igualmente dispõe a Constituição de Cuba: - Art. 34 - "El Estado protege la familia, la maternidad y el matrimonio". A da Espanha não distingue: Art. 39, I. - "Los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia". (Vide, em Anexos nº 2, textos da Lei Civil do México e da Venezuela). Ao referir-se à Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, que senou dificuldades ao reconhecimento das uniões livres, que julgados haviam superado, Lúzia Rosa Leite de Converti acha "interessante mencionar ainda aquela corrente doutrinária que com base nas orientações dos tribunais franceses, vê a possibilidade para o convivente que se considerar prejudicado com a dissolução da convivência de citar o partner, não com base nos serviços prestados, mas porque a convivência more uxorio faz nascer entre as partes obrigações (morais e sociais) de prestar-se assistência econômica recíproca" (*As relações patrimoniais nas uniões sem vínculo legal*, 1985, pág. 62). Esse posicionamento constitui a justificativa da Emenda nº 353, do Senador Carlos Chierelli. As demais controvérsias perdem relevo. A elogiável preocupação do parlamentar sulriograndense é, e ele o diz, estabelecer "a presunção legal de aquisição comum do patrimônio amealha da na constância da União, o que constitui hoje, a falta de previsão legal, matéria de extensa e penosa prova a ser produzida, ca

so a caso, perante o Judiciário". Duas hipóteses, regula a Emenda. A união de homem e mulher livres, que se poderiam chamar com panheiros ou conviventes. Ou, quando se trata de união em que um ou os dois parceiros são casados, haveria concubinato, que não necessitaria de ser proclamado adúltero, como, para distingui-lo, refere um dos que mais defenderam a união livre, o saudoso Desembargador Edgar de Moura Bittencourt, em seus valiosos estudos sobre o problema. (*O Concubinato no Direito*, nºs 73/79). Recordo o saudoso magistrado a lei que concedeu pensão especial a Maria Augusta Cândido, companheira durante quarenta anos de Catulo da Paixão Cearense (Família, pág. 126). O projeto original, de Nelson Carneiro, não chegou a ser votado. Mas o Congresso aprovou, na legislatura seguinte, proposição de autoria do Deputado Campos Vergal, de São Paulo.

A estabilidade da união é o que resta fixar. A Emenda, como os dispositivos espessos que têm amparado a companheira, exige o prazo de cinco anos de convivência. Mas há de lembrar, como Eduardo Duvivier, que uniões estáveis se podem dissolver, antes do quinquênio, por morte de um dos parceiros, e justo não é que prejudicado fique o sobrevivente. Por outro lado, como sugere a Emenda em estudos, há que distinguir entre as duas uniões, já examinadas, como em regra têm feito as decisões judiciais quando viúva e companheira disputam o direito à pensão deixada pelo de-cujus.

4 - Roberto Rosas, em clara Exposição aprovada pela XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, e realizada em Belém, de 4 a 8 de agosto de 1986, sintetizava, invocando Orlando Gomes e René Savatier, as causas da constituição da família brasileira: -

- "A família nem sempre é constituída pelo casamento conforme acentua o art. 175, da Carta Magna. Deveríamos dizer, a família legítima.

A constituição da família ilegítima no Brasil é um fato incontestável, não só pela ignorância, como também, por outros fatores, quais sejam:

- a) Casamento religioso antes do civil.
- b) Formalismo exagerado, despesas, etc., para a habilitação civil.
- c) Proibição de novo casamento ao desquitado.
- d) Fuga aos deveres conjugais.

A realização do casamento religioso precedente ao civil, infunde ao casal uma concepção legal, levando-os a não averbação daquela realização no Registro Civil. Isso conduz a uma união ilegítima, muitas vezes desconhecida pelos nubentes que anos após, encontram-se diante de uma situação de fato, constrangedora, como seja um concubinato não desejado pelos dois.

A exigência de um ritual para a realização do casamento civil acarreta aos pretendentes uma despesa exagerada nem sempre possível de ser efetuada, principalmente no interior brasileiro, de camadas pobres, onde o vínculo do amor, do sentimento, uma mais do que uma simples formalidade legal, para quem não possui senão a realização do trabalho quotidiano. Por outro lado, muitos esclarecidos desejando o alheamento aos deveres oriundos do casamento, preferindo uma união não legalizada, pretendendo com isso evitar possíveis obrigações futuras, como obrigação alimentar, sustento dos filhos, etc., assim buscam na união ilegítima o seu refúgio.

Cabe destacar a colocação do concubinato no Brasil, sob dois aspectos: o concubinato existente entre o povo e o concubinato aconcente na elite. Decerto, as consequências e os efeitos são semelhantes; mas, no primeiro, há um traço característico que é a ocorrência das causas já apontadas. Ao passo que no segundo caso, há um deliberado desejo de praticar a união ilegítima" (A da XI Conferência Nacional da OAB, págs. 749/50).

4 - A aprovação da Emenda nº 353, nos termos da Emenda Substitutiva adiante sugerida, somente se completará com a

transformação em texto no futuro Código Civil da Emenda de nº 358, com a necessária alteração, para alcançar igualmente o sobre-vivente do concubinato adulterino, expressão que se usa apenas para distinguir do outro, de homem e mulher livres.

5 - Ao acolher a Emenda nº 353, que constitui coraço sa e oportuna solução para tantos lares mantidos à margem da lei, geralmente em consequência do egoísmo do homem, o relator sugere a seguinte

EMENDA SUBSTITUTIVA

Art. 1.808 - A união livre de homem e mulher, como se casados fossem, e que perdure cinco anos, ou dois se interrompida por morte de um dos conviventes, e a qualquer tempo existindo prole, faz presumir que a ambos pertencem em partes iguais os

bens havidos a partir da coabitação, ainda que adquiridos em nome de um só deles.

Parágrafo único. - Se um ou ambos os parceiros forem casados, é necessário que sua separação judicial tenha sido decretada há 3 (três) anos, ou que a separação de fato haja perdurado por 5 (cinco) anos ininterruptos.

Os prazos do Art. 1.808 são os agora vigentes para a conversão da separação judicial em divórcio (Emenda Constitucional nº 9, de 1977) ou para o divórcio direto (Idem, art. 2º, e Art. 40 da Lei nº 6.515, de 1977). Esses prazos podem variar se a nova Constituição alterar os agora vigentes, nas duas hipóteses. Mas em boas os casos, o parceiro casado já foi considerado legalmente ca paz de desprender-se do laço conjugal.

Nestes termos, o parecer é pela aprovação da Emenda nº 353.

A N E X O S

A N E X O 1

Nº 1 - Parecer do Professor Couto e Silva, autor do texto do Direito da Família no Anteprojeto do Código Civil, sobre as Emendas da Plenário.

Observações às Emendas ao Projeto do Código Civil no Senado

Emenda nº 159. Pela rejeição.

Justificação: É tradicional no Direito Brasileiro, falar-se em casamento civil e religioso, e nesse sentido dispôs o art. 1510, não havendo motivo para adotar-se outra terminologia, ou seja, a prevista na emenda, e de denominar-se matrimônio tão somente ao casamento religioso.

Emenda nº 160. Pela rejeição.

Justificação: A matéria tratada nesta emenda é de natureza constitucional; e não há nenhum motivo para que se reproduza no Código Civil a mesma disposição; por isso não é necessária a inclusão de um novo artigo, o art. 1510.

Emenda nº 161. Pela rejeição.

Justificação: Emendas semelhantes foram examinadas na Câmara dos Deputados (ver Emendas nºs 724 e 725). O relator foi pela rejeição, tomando como base de sua conclusão o que se contém na exposição de motivos que redigiu (Princípios para Reforma do Direito de Família), porquanto este artigo visa esclarecer que a comunhão de vida é um bem absoluto, portanto com vigência em face de qualquer pessoa, pública ou privada.

Emenda nº 162. Pela rejeição.

Justificação: O art. 1511 do Projeto deixa claro o momento em que se considera existente o casamento e isto sucede depois de o juiz declarar os nubentes casados. Sem essa declaração, casamento não houve. Não há razão, portanto, para a afirmação constante na aludida emenda de que não se teria estabelecido o momento da existência do casamento.

Emenda nº 163. Pela rejeição.

Justificação: No Projeto está claramente exposta a matéria e não há nenhum motivo para que se restrinja no tempo a possibilidade de terceiros interessados requererem o registro. Na emenda projetada, impede-se que possa realizar o registro o próprio celebrante. Por fim, na mencionada emenda afirma-se ser nulo o registro civil do matrimônio religioso se antes dele qualquer dos cônjuges houver contraído com outrem casamento civil. No Projeto, pendeu-se para a ineficácia; e a hipótese é de ineficácia e não de nulidade. Se alguém se casou no religioso, desse casamento nasceu o direito formativo de registrar; porém, se um deles casou-se com outrem no civil antes do registro do casamento religioso, e se, apesar disso, houver sido realizado o registro do casamento religioso, ele não é nulo, porquanto se configura como exercício de um direito. Mas é, sem sombra de dúvida, ineficaz o aludido registro. A redação do Projeto é mais técnica do que a da emenda. Essa matéria foi amplamente exposta quando se examinou a Emenda nº 733 na Câmara Federal (Vide Diário do Congresso Nacional, sessão 1ª, suplemento nº 572).

Emenda nº 764. Pela aceitação.

Justificação: A redação dada ao Parágrafo 1º do art. 1513 deve ter sido da Comissão de redação, repro-

duzindo discussão, pois não era do Projeto e nem das emendas.

Emenda nº 165. Pela rejeição.

Justificação: Afirma-se como elemento justificador da emenda que o texto não teria atualidade ou possibilidade de aplicação. Não pensamos assim, e o texto do art. 1571, aliás, é tradicional entre nós.

Emenda nº 166. Pela rejeição.

Justificação: Rebela-se contra a expressão constante no art. 1517: "ou para resguardo da honra da mulher que não atingiu a maioridade". Na verdade, cuida-se no texto da possibilidade de casamento de menor para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, e ainda a espécie contra a qual se posiciona a emenda, todavia, não somos favoráveis à supressão, porquanto não se preverá imposição de pena, mesmo porque pode não se ter ainda estabelecido o processo criminal e não ser interessante que assim se proceda. As soluções do Direito Civil não devem ficar na dependência das do Direito Penal, razão pela qual a emenda não observou a particularidade de que, mesmo sem a imposição de pena criminal, pode o juiz permitir o casamento de menores para resguardar a sua honra. Anteriormente o casamento somente poderia ser permitido quando houvesse imposição ou cumprimento de pena criminal. Pretendeu-se dar maior abrangência ao dispositivo ou ressaltar uma situação que ocorre com frequência na prática.

Emenda nº 167. Pela rejeição.

Justificação: O fato de terem os mesmos direitos os filhos legítimos e ilegítimos não significa que não exista diferença entre ambos. Todas as legislações que tratam do direito de família têm sua tônica no casamento e, conseqüentemente, examina regras a respeito da legitimação e da distinção entre filhos que provêm do matrimônio (filhos legítimos) e os que dele não provêm (filhos ilegítimos). A reforma francesa de 1972, Lei 72-3, de 3 de janeiro de 1972, manteve a distinção, ainda quando tenha havido a equiparação, entre filhos legítimos e ilegítimos Dagot-Spiteri, Le nouveau Droit de la Filiation, Paris 1972, pág. 16 e segs.), sucedendo o mesmo na Alemanha (ver Dieter Schwab, Familienrecht, § 44 pág. 189 e segs., MünchK, 1984, BGB, § 1591 e segs.). Não se cita apenas alguns exemplos.

Emenda nº 168. Pela aceitação nos termos da Justificação.

Emenda nº 169. Pela rejeição.

Justificação: Ao contrário do que diz a emenda, deve constituir impedimento o simples requerimento de registro do casamento religioso, porquanto, através dele, se exerce o direito formativo de registrar, e em razão disso, como sucede nos sistemas registraes, produz-se, por antecipação, certos efeitos, confirmados, se, afinal, o registro for efetuado. Se não tivesse esse efeito, o requerimento de registro seria absolutamente inútil, o que contraria o sistema.

Emenda nº 170. Pela rejeição.

Justificação: Em primeiro lugar, a hipótese não está compreendida no inciso VI, do art. 1516, como se afirma na emenda. Supõe-se, precisamente, que o casamento religioso ainda não tenha sido registrado. Esteja apenas na fase do processo de registro. Por isso, determina o art. 1518, VIII, claramente, que o impedimento ocorre desde que se tenha requerido a inscrição.

Emenda nº 171. Pela rejeição.

Justificação: Não há razão alguma para incluir nas disposições do art. 1520, que trata das causas

suspensivas, um novo inciso, 3º, na qual se determina que o divorciado, enquanto não for homologada a partilha dos bens do casal, poderia ter o seu processo de casamento em suspenso. Mas esta suspensão dependeria de o fato haver sido alegado em tempo. A espécie é, entretanto, de impedimento e não de simples causa suspensiva do casamento.

Emenda nº 172. Pela aceitação, nos termos da justificação.

Emenda nº 173. Pela rejeição.

Justificação: Não há razão para que não se chame de nubes aos que pretendem casar, ainda quando o casamento seja impossível, razão pela qual não vemos como atribuir-lhes a denominação de interessados. O interessado em casar é, na terminologia da lei, o nubente.

Emenda nº 174. Prejudicada em face da emenda nº 172.

Emenda nº 175. Pela rejeição.

Justificação: Ainda quando pudesse parecer óbvio que se os nubes não preenchessem os requisitos para o casamento o processo de habilitação devesse ser arquivado, convém que nas disposições legais se contenha regra que esclareça esse aspecto.

Emenda nº 176. Pela rejeição.

Justificação: A redação do art. 1525 do Projeto atende bem a situação, não havendo porque explicitá-lo na forma pretendida nesta emenda.

Emenda nº 177. Pela rejeição.

Justificação: Nos termos da justificação à emenda nº 176.

Emenda nº 178. Pela rejeição.

Justificação: Pretende-se nessa emenda excluir-se do texto do art. 1525 a parte em que se determina que o oficial de registro deveria recusar-se a fazê-lo, se for arguido algum impedimento ou causa suspensiva. Por ser óbvio, seria desnecessário o esclarecimento no texto da lei. Não me parece que seja assim. É o texto que se pretende excluir visa a orientar o próprio oficial, sabendo-se que a matéria, por vezes, é delicada.

Emenda nº 179. Pela aceitação nos termos da justificação.

Emenda nº 180. Pela aceitação nos termos da justificação.

Emenda nº 181. Pela rejeição.

Na justificação da emenda, afirma-se que se deveria transferir para outro lugar o que se contém no art. 1535. O artigo encontra-se no Capítulo VI, da Celebração do Casamento. As disposições a respeito da Celebração do Casamento são de natureza variada e parece-me lógico que nelas se possa incluir uma tendo por objeto a autorização para casar, dispondo, especialmente, sobre o modo como ela se realizará, ou seja, qual o instrumento que deverá conter essa mesma autorização. Se ela viesse a constar entre as disposições do pacto antenupcial, talvez passasse despercebida a necessidade de fazê-la lavrar em instrumento público. É tradicional a localização desta regra no Capítulo referente à Celebração do Casamento.

Emenda nº 182. Pela rejeição.

Justificação: Ainda quando o casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil seja nulo, essa nulidade não pode, por exemplo, ser agida pelo MP, porquanto interessa, apenas, a um círculo restrito de pessoas.

Emenda nº 183. Prejudicada.

Justificação: Esta emenda deverá ser examinada quando da análise das eventuais emendas dos arts. 4 e 5 do Projeto, na Parte Geral. E conforme a orientação ali tomada repercutirá ou não nos demais setores do Direito Civil.

Emenda nº 184. Pela rejeição.

Há uma razão importante para a existência da regra do art. 1548 do Projeto do Código Civil. É que a adoção plena se configura como impedimento, razão pela qual o casamento que venha a infringi-la seria nulo. Sem o nulo o casamento, persistiria, a adoção plena como válida, permitindo que os infratores viessem a continuar a viver em concubinato, tendo em seu favor uma situação semelhante à do casamento, porque o adotado e a adotada de modo pleno seriam reciprocamente herdeiros. Por esse motivo, e deixando de lado o logicismo inútil, determina o art. 1548 que na infringência do impedimento resultante da adoção plena põe termo a esta e torna nulo o casamento, persistindo, porém o impedimento. Se o impedimento não perdurasse, ter-se-ia a nulidade do casamento e da adoção plena, com a possibilidade de realização de um novo casamento, porquanto o impedimento não mais existiria. Em razão disso, é que se formulou esta regra.

Emenda nº 185. Pela rejeição.

Justificação: A emenda propõe seja acrescentado entre o § 1º e 2º do art. 1554 um parágrafo no qual se defina que proposta a ação de anulação transmite aos herdeiros necessários o direito de nela prosseguir. Mas é desnecessário o artigo, porquanto se a ação foi proposta se permite a substituição processual, não havendo razão para explicitar-se o fato.

Emenda nº 186. Pela rejeição da 1ª parte ao art. 1559.

Justificação: Os prazos constantes no art. 1559 obedecem a um critério de relevância do vício de que decorre a anulabilidade. Nele contemplam-se hipóteses constantes no Código Civil. Não se vê porque a disposição não deva ser mantida; e nem a emenda dá razões fundadas para sua modificação. A data da celebração, eo no termo inicial para o prazo da ação, é critério necessário para evitar que essa matéria ficasse na dependência de outros fatores de difícil comprovação. Pela aceitação da 2ª parte da emenda ao art. 1577.

Justificação: Houve um erro de redação, porquanto adotado o sistema dos arts. 1575 e segs. não haveria razão para o art. 1577. Esse artigo aliás não foi aprovado (ver Parecer do Relator-Geral na Câmara dos Deputados, Deputado Ernani Sátiro).

Emenda nº 187. Pela rejeição.

Justificação: Rebela-se a emenda contra o termo eficácia definindo como sendo "a aptidão generativa do ato jurídico. Todavia, esse não deve ser o conteúdo. A eficácia diz respeito aos fatos jurídicos e não apenas aos atos. E por outro lado, não se sabe o que se quis dizer com a expressão "aptidão generativa". De Otto Karlowa faz-se distinção entre existência e eficácia dos fatos jurídicos. Ao conjunto dos efeitos dos fatos jurídicos denomina-se de eficácia, estando certa

a denominação, e corresponde ao termo francês "efficacitê", ou Wirkksamkeit do Direito Alemão.

Emenda nº 188. Pela rejeição.

Justificação: A questão do nome de casado se vincula, sobretudo, com a tradição, e não, propriamente, com o princípio da igualdade. O Projeto adota a regra de a mulher deter o direito de conservar o seu nome, não havendo razão para alterar-se o princípio, o que permita que se tenha uma certa transparência em termo do parentesco. Nos países de influência espanhola, para dar só um exemplo, o filho detém como último sobrenome o materno, e não o paterno, como sucede, em regra, entre nós. Por que modificar essa disposição que nada tem a ver com a igualdade?

Emenda nº 189. Pela rejeição.

Justificação: a mesma da emenda nº 188.

Emenda nº 190. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda anterior.

Emenda nº 191. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda anterior.

Emenda nº 192. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa restabelecer a denominação anterior à Lei do Divórcio, de desquite ao invés de separação. A terminologia, porém, foi aceita, não havendo sentido em alterá-la. As demais proposições são também incoerentes, sabendo-se que em Direito de Família as hipóteses de nulidade aproximam-se das de anulação, no sentido de que dependem de ação específica. Mas possuem alguns efeitos que não são iguais, razão pela qual é melhor a regra do Projeto. Por igual, não se deve permitir a aplicação da presunção resultante de ausência para permitir novo casamento.

Emenda nº 193. Pela rejeição.

Justificação: No caso de dissolução do casamento por morte, a viúva permanece com seu nome de casada, o que é óbvio, não havendo razão para um novo parágrafo 2º, ao art. 1574, determinando que assim suceda.

Emenda nº 194. Pela rejeição.

Justificação: Tendo sido rejeitado o disposto no Inciso 5º da emenda nº 192, ao art. 1574 do Projeto, por via de consequência, ficam também rejeitadas as suas especificações constantes agora na emenda nº 194.

Emenda nº 195. Pela rejeição.

Justificação: Nesta emenda, pretende-se adotar a separação-falência em todas as hipóteses. Todavia, a separação-falência só tem sido aplicada no Direito Nórdico, e agora no Direito Germânico, segundo as disposições da 1ª Lei sobre Direito de Família. Todavia, mesmo no Direito Alemão, não são poucos os juristas que condenam essa orientação; e, por outro lado, a adoção pura e simples do divórcio sem culpa, levaria a que se alterasse completamente o processo judicial como sugeriu o juiz Alexander nos Estados Unidos. Todavia, o Direito de Família é o mais vinculado aos condicionamentos culturais de cada país, não parecendo adequado instituir o divórcio-falência.

Emenda nº 196. Pela rejeição.

Justificação: De acordo com a justificação anteriormente feita a respeito da necessidade de manter-se o termo separação judicial no invés de desquite.

Emenda nº 197. Pela rejeição.

Justificação: Não se trata propriamente de uma punição de quem requereu o desquite, mas visa-se a impedir que o responsável pela separação venha a beneficiar-se com ela.

Emenda nº 198. Pela rejeição.

Justificação: Através dessa emenda pretende-se excluir do art. 1577 a expressão "tão somente", mas esta questão será melhor examinada na emenda nº 199, ali siva ao mesmo art. 1577.

Emenda nº 199. Pela rejeição.

Justificação: Sucede que, por simples erro de redação, foi incluído o art. 1577, quando na verdade a Lei do Divórcio já havia adotado uma outra formulação, sintática e não analítica, como era a do Código Civil e a do Projeto.

Emenda nº 200. Pela rejeição.

Justificação: Prejudicada pela justificação à emenda nº 199.

Emenda nº 201. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa a acrescentar um parágrafo único ao art. 1578, que trata da separação judicial por mútuo consentimento. O parágrafo único concede ao juiz o poder de recusar a homologação da separação se entender que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, inclusive o direito de visitas. Observe-se, porém, que, no caso, se trata de separação por mútuo consentimento, matéria em que as partes são soberanas. E, por outro lado, as estipulações a respeito do direito de visitas não produzem coisa julgada, podendo haver modificações. Ora, se os próprios interessados regularam de uma certa forma esse direito não parece oportuno que o juiz se negue a homologar o acordo, sob o argumento de que esses direitos não estariam sendo preservados, e não se prova que tenha havido qualquer vício da vontade, o que ensejaria uma solução diversa. Se fosse de atribuir esse poder ao juiz, muitas separações por mútuo consentimento não seriam homologadas ainda quando as partes estivessem de acordo, sob o fundamento de que certos direitos não estariam suficientemente preservados, o que não parece conveniente.

Emenda nº 202. Pela rejeição.

Justificação: A redação proposta para o "caput" do art. 1579 substitui o termo "separação" por "desquite", e acrescenta o termo "comum" depois de "partilha de bens". Quanto à primeira proposição, não foi ela aceita; e a segunda carece de sentido, porquanto somente os bens comuns é que podem ser partilhados.

Emenda nº 203. Pela rejeição.

Justificação: A emenda exclui a expressão constante no art. 1580, "caput", em seu final, "como se o casamento fosse dissolvido". O art. 1580 cuida dos efeitos da separação, que é menos do que o divórcio; é uma fase intermediária, sem a qual o divórcio, via de regra, não pode ser decretado. É preciso estabelecer quais são os efeitos que decorrem da separação; e é necessário esclarecer que todos os deveres resultantes do casamento, especialmente o da fidelidade, não subsistem, razão pela qual o casamento é havido como se tivesse sido dissolvido. Na verdade, a dissolução só ocorrerá com o divórcio; mas, com a separação, se extinguem, praticamente, todos os efeitos do casamento, exceto um, o relativo ao impedimento de con

renovar novo matrimônio, pois este último depende da decretação do divórcio. É necessário esclarecer a eficácia da separação. Como é tradicional em nosso direito, com a separação o casamento é considerado para quase todos os efeitos como se tivesse sido dissolvido, porquanto só lhe falta o último e definitivo efeito, o desfazimento dos impedimentos para novo casamento, dependente da sentença de divórcio.

Emenda nº 204. Pela rejeição.

Justificação: A emenda suprime a expressão "nos termos em que fora constituída", e se relaciona com o art. 1581, que trata da circunstância de as partes terem, depois da separação, restabelecido a sociedade conjugal. Por força de não se adotar o princípio da revogabilidade dos regimes de bens, não se admite que esta possibilidade ocorra no caso da restauração da sociedade conjugal, pois, de outra forma, se teria descoberto a maneira de alterar o regime de bens.

Emenda nº 205. Pela aceitação com substitutivo.

Justificação: Nessa emenda visa-se a alterar o art. 1582 e seus parágrafos, substituindo-se a expressão "a mulher condenada, pelo 'cônjuge responsável'", no caput do mencionado artigo; e no § 3º, à expressão "condenado o marido" por "responsável um dos cônjuges". Parece-me que o substitutivo deveria ter a seguinte redação:

Art. 1582. "o cônjuge condenado pela separação judicial perde o direito de usar o nome do outro.

§ 1º: Aplica-se ainda o disposto neste artigo ao cônjuge que tiver a iniciativa da separação judicial, com fundamento nos parágrafos primeiro e segundo do art. 1575.

§ 2º: Nos demais casos, caberá ao cônjuge separado judicialmente optar pela conservação do nome de casado.

§ 3º: Condenado um dos cônjuges pela separação judicial, poderá o outro renunciar, a qualquer tempo, ao direito de usar o nome de casado".

Não há motivo, como se pretende na emenda, para suprimir o termo "condenado", porquanto a ação judicial tem a natureza de ação constitutiva, em que há aspectos condatórios relevantes. A terminologia é de direito processual. Não se pode usar o termo condenado no sentido que lhe dá o Direito Penal. Condenado é o cônjuge que houver perdido a questão; e um dos efeitos da sentença será a perda da possibilidade de utilizar o nome do outro cônjuge.

Ao invés, porém, de dizer a regra "a mulher condenada na ação de separação (...), como está no art. 1582, seria melhor substituí-la pelo "cônjuge", o que dá maior generalidade e abrangência ao artigo.

Emenda nº 206. Pela rejeição.

Prejudicada pelo substitutivo proposto na emenda nº 205.

Emenda nº 207. Pela rejeição.

Justificação: Prejudicada pelo substitutivo à emenda nº 205.

Emenda nº 208. Pela aceitação.

Justificação: Houve, na verdade, um erro de redação, devendo substituir-se a expressão "imputar" por "imputar".

Emenda nº 209. Pela alteração de localização.

Justificação: A emenda alude à circunstância de que nos artigos 1583 e 1584 do Projeto se passa abruptamente, da separação judicial ao divórcio "sem defi-

nir a natureza da mudança e sem indicar a titularidade da iniciativa". Não seria, pois, o caso de alterarem-se os artigos, e, sim, de modificar a ordem em que são propostos. É preciso estabelecer o modo como se fará a conversão da separação judicial em divórcio. A ordem deveria ser a seguinte: o art. 1585 tomaria a numeração de 1584, porquanto é mais geral e diz respeito às condições de transformação da separação judicial dos cônjuges em divórcio. Em seguida, ter-se-ia a titularidade, no art. 1586, que passaria a ser o 1585. E, finalmente, o art. 1584, que cuida da decretação do divórcio, teria a numeração correspondente ao art. 1586. Com esta simples alteração de localização, estaria atendida a crítica formulada na justificação à Emenda nº 209, sem necessidade de acietar o artigo proposto, aliás, redundante.

Emenda nº 210. Pela rejeição.

Justificação: Uma vez decretada a partilha de bens, por sentença, supondo-se, evidentemente que o casal tenha patrimônio, surge para cada uma das partes o direito formativo de realizar esta partilha, fazendo o necessário registro se se tratar de imóvel. Se uma das partes não se interessar, este fato não poderá prejudicar a outra, razão por que parece importante não se adotar a regra proposta na emenda nº 210, porquanto, se foi decidida a partilha por sentença, pode qualquer das partes executá-la a qualquer tempo. Pode suceder que um imóvel tenha sido atribuído em favor de uma só das partes, e esta não tenha interesse em registrá-lo, prejudicando, assim, que a outra possa casar-se. Se não o fizer, o fato não poderá prejudicar a outra parte, impedindo-a de casar. A emenda não pode ser aceita porque exige "a liquidação patrimonial definitiva do casamento" o que somente ocorreria, na hipótese mencionada, através do registro de imóveis. Mas essa providência pode ser independente da vontade de quem deseja casar-se.

Emenda nº 211. Prejudicada.

A nova redação do art. 1585 suporia que se adotasse outra disposição, como a que se contém na emenda proposta sob nº 209, perfilhada por, com substitutivo no pertinente à localização, razão pela qual a de nº 211 ficou prejudicada.

Emenda nº 212. Pela rejeição.

Justificação: Esta matéria é de direito transitório, e por isso não deve constar no Direito de Família. O seu lugar estaria entre as disposições de Direito Transitório.

Emenda nº 213. Pela rejeição.

Justificação: Conforme se vê na justificação da emenda nº 213, ela parte da idéia que se tivesse abolido completamente a separação por culpa, o que não é o caso.

Emenda nº 214. Pela rejeição.

Justificação: O parágrafo primeiro do art. 1588 do Projeto é tradicional em nosso direito; somente se pode atribuir a outra pessoa a guarda de filhos, verificando-se não terem os pais condições para isso; de outro modo, a paternidade perderia totalmente o seu valor.

Emenda nº 215. Pela rejeição.

Justificação: Não se cuida de privilegiar a mãe em relação ao pai em matéria de filiação. Sucede que em todo o mundo, e o Brasil não é exceção, tem a mãe um certo privilégio, resultante, decerto, da moderna psicologia, que sustenta dever a criança até certa idade ficar, preferentemente, com a mãe. Não seria curial pre-

tender aqui aplicar a regra da igualdade, igualdade formal, não atendendo à circunstância de que, para a criação, a mãe exerce uma função indelegável e insubstituível, pelo menos até certa idade; por isso, parece da mais alta conveniência a manutenção do art. 1593, na sua redação, porquanto o juiz, no caso de homologação, ou de simples decretação de separação de corpos, medida cautelar, deve examinar as circunstâncias em que vivem os cônjuges e até mesmo suas famílias. Havendo uma certa equivalência de situação, deferir-se a guarda à mulher. É necessário fazer uma opção, uma vez que não é possível atribuí-la a ambos os pais. O artigo tem a sua razão prática e a emenda deve ser rejeitada.

Emenda nº 216. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa suprimir a expressão "qualquer deles" constante do art. 1590. Dá-se na justificação uma interpretação que não se ajusta à espécie. "Qualquer deles" está no artigo como alusão tanto ao pai quanto à mãe, não se podendo deduzir ou interpretar da maneira como se fez na justificação.

Emenda nº 217. Pela rejeição.

Justificação: Nessa emenda, prevê-se uma nova redação para o art. 1593, incluindo-se um parágrafo único através do qual se exara a regra: "o juiz (...) res ponderará disciplinarmente pelos excessos que praticar em detrimento injustificável do direito de um dos pais... Essa disposição, de natureza disciplinar, melhor ficaria num Código de Organização Judiciária, e não no Projeto do Código Civil.

Emenda nº 218. Pela aceitação.

Emenda nº 219. Prejudicada pela aceitação da emenda nº 218.

Emenda nº 220. Pela rejeição.

Justificação: Nesta emenda pretende-se um novo artigo em que se afirma: "Na fixação de visitas, o juiz levará em consideração o interesse dos avós em manter com os netos laços de parentesco e amizade". É óbvio que ao fixar o direito de visitas, os avós não deixem de ser considerados, porquanto integrantes da família. Todavia, o interesse que sobreleva é o dos pais; estes, sim, são os titulares do pátrio-poder. E os avós, ao adotar-se essa disposição, teriam legitimação para intervir, inclusive, no direito de visitas dos pais, o que não é admissível.

Emenda nº 221. Pela aceitação.

Emenda nº 222. Pela aceitação.

Emenda nº 223. Pela rejeição.

Justificação: O conceito de filho legítimo é um conceito jurídico e com isto não se quer dizer que os filhos ilegítimos não estejam a eles equiparados. Mas há uma distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, o que resultante necessário do conceito de casamento. O que a emenda pretende é fazer uma distinção que tornaria incompreensível todo o capítulo. O Capítulo II, do Casamento, trata dos que nasceram na constância do casamento, com todas as suas presunções; depois, cuida da legitimação, e do reconhecimento dos filhos ilegítimos. Com a adoção da terminologia da emenda, não se modifica a situação, pois em todas as legislações, o Direito distingue uns e outros, sendo filhos legítimos os nascidos na constância do casamento, e ilegítimos, os nascidos fora dele. O que desapareceu foi o tratamento discriminatório, mas a terminologia deve permanecer, porquanto senão não haveria como determinar os efeitos do casamento

to sobre a filiação. (Ver justificação à rejeição da emenda nº 167).

Emenda nº 224. Pela rejeição.

Justificação: Nesta emenda procura-se estabelecer a filiação legítima também dos filhos resultantes da fecundação artificial mesmo após a morte de um dos cônjuges. Todavia, esta matéria deve ficar à discrição da Jurisprudência, que pode extrair do Código regras a respeito. Não se deveria estabelecer um artigo fechado, como se propôs na emenda para a normação da matéria.

Emenda nº 225. Pela aceitação.

Emenda nº 226. Pela rejeição.

Justificação: No art. 1603, exarou-se uma regra de presunção de legitimação dos filhos. Segundo o art. 1602, são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, presumindo-se que sejam filhos legítimos os que nasceram 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; e os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial ou anulação. (art. 1603, I e II).

Consequentemente, a regra do art. 1604 está certa. Por que ainda que alguém tenha nascido antes do período previsto no art. 1603, I, "a legitimação não pode ser atacada e, pois, a paternidade, se o marido antes de casar tinha ciência da gravidez da mulher; se assistiu pessoalmente ou por procurador, a lavrar-se o termo do nascimento do filho, sem contestar a paternidade." Mas a impugnação aqui diz respeito à legitimidade, porquanto se fosse substituída a regra, como pretende a emenda nº 226, não se saberia se o filho, nas condições previstas nos incisos I e II do art. 1603, seria legítimo ou não; todos os Códigos formulam disposições a respeito da legitimidade dos filhos.

Emenda nº 227. Pela rejeição.

Justificação: Tendo em vista que se adotou no Projeto o conceito de filho legítimo e, portanto, o de legitimação e o de legitimidade, pelas razões expostas na Rejeição das emendas nºs. 167, 223 e 226, deve ser rejeitada a emenda nº 227, porque se trata de impugnação à legitimidade, que é a impugnação à paternidade mais à da concepção do filho na constância do casamento, como expressamente afirma o art. 1602. A regra não é somente sobre impugnação de paternidade; e, sim, também de impugnação de uma paternidade qualificada, ou seja, a dos filhos nascidos na constância do casamento, que são, em consequência, legítimos. Parece mais exata a redação do Projeto, porquanto se qualifica, e necessariamente se deve qualificar, o tipo de paternidade e de filiação no art. 1602, ao afirmar-se: "são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento", legitimação esta que pode ser, em certos casos, impugnada. O termo certo é de impugnação da legitimidade e não, simplesmente, a de impugnação da paternidade.

Emenda nº 228. Pela rejeição.

Justificação: A regra do inciso III, no art. 1606, tendo-se como causa da impugnação da legitimidade "a impossibilidade da filiação comprovada através de prova pericial", já se encontra claramente expressa no art. 1608, não sendo necessário afirmar que a prova tenha de ser pericial, como se prevê no artigo. A prova pericial é um dos tipos de prova; não há de ser a única. Esse aspecto deve ficar à discrição do juiz, e a jurisprudência atenderá aos dados da ciência. Por esse motivo, parece mais adequado manter a solução dada pelo Projeto.

Emenda nº 229. Pela rejeição.

Justificação: O projeto manteve, como teria de manter, a distinção entre legitimação e legitimidade (a respeito ver a justificação da rejeição das emendas n.ºs. 167, 223, 226 e 227).

Emenda nº 230. Pela rejeição.

Justificação: No Projeto, faz-se a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, como conceito jurídico; e consequentemente é rejeitada a emenda ao art. 1609, porquanto, segundo o que nela se contém, esta distinção não existiria. Se não existisse essa distinção, seria difícil tratar da legitimação, prevista no Projeto, art. 1618 e 1620, ou mesmo do reconhecimento dos filhos ilegítimos previsto no art. 1621. (Ver a justificação à rejeição das Emendas n.ºs. 167, 226 e 227).

Emenda nº 231. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dos artigos anteriores.

Emenda nº 232. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa incluir o termo no art. 1610, "caput", antes da expressão "ao marido", o termo privativamente. Parece desnecessário que assim se faça, porquanto o art. 1611 determina em que situação podem os filhos continuar a ação. Apenas contestada a filiação, diz o art. 1611, é que passa aos "herdeiros do marido o direito de tornar eficaz a contestação". Isso significa dizer que só o marido é que pode propor a ação. Se não fosse assim, não se justificaria a regra constante no art. 1611. Não parece, em consequência, necessária a inclusão do termo "privativamente" por ser óbvio que somente o marido é competente para impugnar, o, após a sua morte, se houver proposto a ação, são legitimados os seus herdeiros para nela prosseguirem.

Emenda nº 233. Pela rejeição.

Justificação: Observa-se que esta emenda não diz respeito ao direito de família e, sim, ao Direito das Sucessões, porque ela remete aos art. 1613, 1615 e 1622, a que correspondem os art. 1867, 1868 do Código Civil. Ninguém ignora que existem sistemas jurídicos em que o sistema de representação é mais amplo, havendo não só na linha descendente como também na ascendente. Toda via, no direito brasileiro a representação sempre foi concebida numa forma mais restrita. Parece necessário manter o sistema tradicional do direito brasileiro, porquanto nunca houve crítica nesse particular, e não seria conveniente agora alterar uma matéria considerada específica; se fosse o caso de modificar o direito brasileiro nos termos propostos, porque não admitir também representação na linha ascendente, como fazem alguns Códigos, o independentemente de graus? Todavia, a orientação melhor é a do Código Civil Brasileiro, mantida pelo Projeto.

Emenda 234. Pela rejeição.

Justificação: Veja as justificações dadas às emendas n.ºs. 229, 230 e 231.

Emenda nº 235. Pela rejeição.

Justificação: Deve-se manter o texto do Projeto art. 1616, porquanto a emenda diz respeito à ação de filiação legítima. A emenda não adota a distinção entre filiação legítima e ilegítima (a respeito ver justificação à rejeição das emendas n.ºs. 167, 226 e 227).

Emenda nº 236. Pela rejeição.

Justificação: A expressão contida no art. 1616, sua parte final "se ele morrer menor ou incapaz",

é de tradição do nosso direito e visa a deixar claro que não somente cabe essa ação ao incapaz genericamente, mas também aquele que faleceu antes de completar a maioridade.

Emenda nº 237. Pela rejeição.

Justificação: Como foi rejeitada a emenda nº 235 ao art. 1616, na qual se mencionava que o direito de continuar a ação competia aos filhos do herdeiro pré-morto, o que não se contém no art. 1616 do projeto, o art. 1617 não é desnecessário e visa explicitar a situação decorrente do fato de haver falecido aquele que propõe a ação vindicatória do estado de filho legítimo. É preciso observar que a ação de declaração de filiação legítima é personalíssima, e somente pode ser proposta pelo próprio filho ou pelo herdeiro, se ele houver falecido menor ou incapaz. Uma vez proposta a ação, ela não se extingue pela morte do autor, pois, como sucede em muitos casos, o seu aspecto personalíssimo desaparece, razão por que os herdeiros são substitutos processuais do autor. Esta situação deve, entretanto, ficar clara.

Emenda nº 238. Pela aprovação.**Emenda nº 239. Pela rejeição.**

Justificação: Esta emenda parte do pressuposto de não mais existir no direito brasileiro a figura da legitimação. No entanto, ainda que se admita, como ninguém decerto desconhece, a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, o conceito de filiação legítima perdura e consequentemente o de legitimação. (Ver a justificação à rejeição das emendas n.ºs. 167, 226 e 227).

Emenda nº 240. Pela rejeição.

Justificação: Nesta emenda formula-se um artigo que englobaria os art. 1618 e 1619 do Projeto e que teria a seguinte redação: "equiparam-se aos nascidos no casamento, para todos os efeitos legais, os filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente se casaram.

§ Único: O disposto neste artigo aproveita aos descendentes dos filhos falecidos".

Esta emenda equipararia, como aliás faz o art. 1619, os filhos nascidos anteriormente ao casamento aos filhos concebidos durante ao casamento. Mas está na própria emenda o conceito de filho legítimo e ilegítimo, porquanto não haveria razão nenhuma para equiparar se o conceito de legítimo e ilegítimo não existisse. A própria emenda é a confissão de a distinção existir, embora não haja disparidade, porquanto os filhos legítimos e ilegítimos são iguais.

Emenda nº 241. Pela rejeição.

Justificação: A emenda pretende substituir a expressão "o filho legítimo" pela expressão "o filho havido fora do casamento". Mas como se adotou o conceito jurídico de filho legítimo e ilegítimo, a emenda não pode ser aceita. (Ver justificação às emendas anteriores).

Emenda nº 242. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda anterior.

Emenda nº 243. Pela rejeição.

Justificação: Essa emenda visa à supressão do art. 1624 e seu parágrafo. Durante o casamento, não pode o filho ser reconhecido, porquanto submeter alguém a um processo judicial, com todos os efeitos daí decorrentes, causaria mal maior do que o reconhecimento do filho. Por esse motivo não se tem permitido o reconhecimento antes da separação. Mas se a separação houver por

durado por 5 anos, faculta-se o uso da ação de investigação de paternidade ou o próprio reconhecimento.

Emenda nº 244. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda anterior.

Emenda nº 245. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda nº 243.

Emenda nº 246. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à emenda nº 243.

Emenda nº 247. Pela rejeição.

Justificação: Na justificação desta emenda a firma-se: "que o testamento é, por excelência, um negócio jurídico que só produz efeitos com a morte do testador. Até que ela sobrevenha, qualquer disposição nele contida, está, por natureza, sujeita à revogação, sem que o testador sequer esteja adstrito a justificá-la." Aparentemente esta afirmação é verdadeira. Todavia, não leva na devida conta o fato de existirem negócios testamentários e negócios não testamentários. Ninguém ignora que o testamento pode ser revogado e com ele se revogam os negócios testamentários nele contidos. Contudo, se um testamento contém negócio de outra natureza, e o reconhecimento de filho é negócio de direito de família, isto não quer dizer que se possa revogá-lo, como sucede aqui com o reconhecimento. Uma vez reconhecido o filho, é instantânea a sua eficácia, e não se poderá depois revogá-lo. A regra; além disso, é duplamente moralizadora, e deve ser mantida; a emenda parte do pressuposto errôneo de que tudo que se contém no testamento pode ser revogado.

Emenda nº 248. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada às emendas anteriores, por força de haver admitido o Projeto o conceito de filho legítimo e ilegítimo, e, consequentemente, de legitimação e legitimidade.

Emenda nº 249. Pela rejeição.

Justificação: Procura a emenda instituir a expressão "estado de casado" constituindo o item primeiro. Entretanto, não existe distinção entre "estado de casado" e concubinato. Ainda quando o casamento no religioso possa produzir efeitos uma vez inscrito, é forçoso reconhecer que, antes da inscrição, a situação daí existente é de concubinato, não havendo um suposto "estado de casado". O parágrafo único da aludida emenda nº 249 substitui o parágrafo único do art. 1630, para explicitar a regra de a ação de prova de filiação ser privativa do filho, passando após a sua morte para seus herdeiros. Esta explicitação não é necessária, porquanto é óbvio que, se foi movida ação de investigação de paternidade os herdeiros dos autores da ação podem continuar no processo e assim tem-se entendido de modo uniforme.

Emenda nº 250. Pela rejeição.

Justificação: É da maior importância a manutenção do parágrafo único do art. 1630 que a Emenda nº 250 visa a extinguir, pois pelo sistema do Projeto será possível propor ação de investigação durante o casamento, desde que os cônjuges estejam separados de fato por 5 anos.

Emenda nº 252. Pela rejeição.

Justificação: O art. 1631 faculta, mesmo na relação incestuosa, atribuir alimentos ao filho, dependendo de sentença "irrecorrível", não provocada para o filho, ou ainda quando houver confissão ou declaração escrita do pai. Em razão disso, tem o filho a oportunidade de que lhe sejam prestados alimentos. Não se cogi-

ta, ainda, de uma investigação de paternidade. Trata-se, apenas, de atribuição de alimentos na situação especialíssima pré-figurada.

Emenda nº 254. Pela rejeição.

Justificação: A emenda visa, em primeiro lugar, alterar a expressão: "a investigação da maternidade" por "investigação de paternidade", e, ainda, excluir a expressão "prole legítima" substituindo por "atribuir a mulher casada filho havido fora do casamento" e suprimir a expressão "ou incestuosa a solteira". No parágrafo único, a emenda reduz a simples separação de fato à data da concepção a hipótese em que a propositura da aludida investigação é possível. No Projeto, o parágrafo único do art. 1632, prevê duas hipóteses: a) se o filho legítimo de mulher casada tiver sido concebido depois da dissolução da sociedade conjugal; b) ou da separação ininterrupta do casal por mais de 5 anos, devidamente comprovados em juízo. Conforme se verifica, a separação de fato, pelo período de 5 anos, equivale, para vários efeitos, à verdadeira separação, facultando a investigação de paternidade e maternidade. No sistema adotado pelo Projeto, o artigo é importante e deve ser mantido; e além disso, harmoniza-se com a jurisprudência dos tribunais.

Emenda nº 245. Pela rejeição.

Justificação: A emenda tem como finalidade substituir o art. 1632 pela regra: "a investigação de paternidade é permitida na constância da sociedade conjugal". Ainda que teoricamente fosse defensável esta ideia, na prática ela criaria situações insustentáveis e altamente embaraçosas, e serviria para fins que não se recomendam.

Emenda nº 256. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda nº 255.

Emenda nº 257. Pela rejeição.

Justificação: A expressão "são os maiores de 30 anos podem adotar" está no plural genérico, abrangente de toda a categoria das pessoas que sejam maiores, não havendo razão nenhuma para pô-la no singular. Não é necessária a regra do parágrafo único proposto pela emenda ao art. 1630, porquanto, pelo sistema do Projeto, se o adotante for casado é óbvio que será necessário o consentimento do outro cônjuge, não sendo curial que se ressalve a hipótese de ser impossível obtê-lo.

Emenda nº 258. Pela rejeição.

Justificação: Nessa emenda, formulam-se diversos artigos a respeito da adoção. Propõe-se nova redação para o art. 1636 "de 30 para 25 anos", havendo limite de 60 anos para o adotante. Questão da idade é sempre arbitrária: a idade adotada pelo Projeto parece adequada. De outra forma, dever-se-ia baixar o limite da simples maioridade. Exigiu-se uma idade específica para o adotante, e situou-se em 30 anos, não havendo razão para reduzi-la a 25 anos para o adotante. A idade de 30 anos, prevista no Projeto, parece própria a uma estabilidade emocional e econômica, sem a qual a adoção não subsiste. Por outro lado, exige-se uma diferença de 16 anos entre o adotante e o adotado, não podendo ser adotadas pessoas com mais de 16 anos, a menos que desde essa idade tenham estado aos cuidados do adotante, embora não possa ultrapassar os 21 anos, e nem ser emancipado (art. 1641). Além disso, contém-se na Emenda, um limite máximo para adoção, fixado em 60 anos. Todavia, não parece conveniente essa limitação, porquanto o juiz, ao examinar o pedido na adoção plena, que são as que mais importam, verificará se a adoção beneficia o adotado, não havendo, assim, razão para estabelecer uma idade máxi-

ma para o adotante. No § 2º, do art. 1633, formula-se a regra de que "ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos dois anos de casamento". Esta disposição reproduz o que se contém no parágrafo único, do art. 1636 do Projeto, reduzindo, entretanto, o prazo de 5 para 2 anos. Parece preferível o período de 5 anos. Ele configura-se como juízo presumível da estabilidade do casamento, e 5 anos parece atender a este requisito. No art. 1637, usa-se a expressão "o adotante" ao invés de os "adotantes", como está na emenda. As duas formas se equivalem, parecendo, entretanto, mais exato e elegante que se use no singular e não no plural, como está no Projeto. O art. 1638 da Emenda tem a mesma redação do art. 1638 do Projeto. No art. 1639, a emenda exclui a parte final, "e, também, da concordância deste, se contar mais de 14 anos de idade", se o adotado tiver mais de 14 anos de idade, embora seja absolutamente incapaz, pois suas condições de ajudar se deseja, ou não, ser adotado, razão pela qual o Projeto, nos termos, aliás, do novo Código Civil Português, permitiu que ele pudesse participar do processo de adoção, manifestando a sua concordância. Justifica-se o fato porque, em geral, a idade máxima para ser adotado é de 16 anos, idade, aliás, em que cessa a incapacidade absoluta. Por esse motivo, deu-se oportunidade a que, aos 14 anos de idade ele manifestar a sua concordância.

O art. 1640 da Emenda prevê "a adoção pelos cônjuges ou pelos concubinos". Não parece admissível que a adoção possa ser feita por concubinos. Nesse caso, estar-se-ia a equiparar o casamento, ao simples concubinato, em matéria em que tal equiparação não cabe. Em razão do divórcio, a importância do concubinato tende a esmaecer, porquanto, na generalidade dos casos, é possível restabelecer a união conjugal através de novo casamento. No § 2º do art. 1640, nos termos da Emenda, permite-se que os cônjuges separados judicialmente ou divorciados possam adotar menor que tenha estado sob a sua guarda na constância do matrimônio. Mas, neste caso, um ou outro deveria adotar. A adoção por parte de cônjuge divorciado ou separado perde grande parte de sua finalidade, porquanto só um deles deveria, então, adotar. Parece correta a regra do art. 1640 do Projeto em que se afirma: "ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher". Admitir a adoção em conjunto por cônjuge divorciado ou separado seria multiplicar os problemas, ao invés de resolvê-los. Cogita o § 4º da Emenda da adoção póstuma. Todavia, a adoção é um ato que deve referir-se ao futuro. A adoção póstuma teria apenas efeitos patrimoniais, que poderiam ser estabelecidos pelo interessado através de testamento. Admitir-se, entretanto, a adoção póstuma, poderia configurá-la como instituto de efeitos meramente pecuniários, o que tem sucedido em muitos países. A adoção deve configurar-se através de critérios exatos para evitar-se que, através dela, se estabeleçam fraudes à legítima dos ascendentes, e se estabeleçam adoções puramente econômicas. Por todos esses motivos, a adoção póstuma não parece ser uma idéia feliz.

Na seção II, a aludida Emenda formulou uma regra, no art. 1641, permitindo "a adoção do maior cuja convivência familiar com o adotante tenha sido de 10 anos, no mínimo". Todavia, a adoção plena é instituto que se enuncia em geral a menores. Seria difícil que ela abrangesse maiores. Quanto a estes, haveria, se o problema fosse apenas estabelecer um vínculo hereditário, sempre a possibilidade de realizar testamento, com a substituição de herdeiro. Não é essa a finalidade da adoção.

O art. 1642 do Projeto modifica um pouco a redação do Projeto afirmando, apenas, que a "adoção será constituída mediante processo judicial". A adoção é um ato

nisto. É necessário dizer como ele se constituirá. Não é, tão somente, a sentença do juiz que constitui a adoção, pois ela depende do consentimento do adotado ou de seu representante legal, caso seja incapaz. Neste artigo segundo a emenda, incluiu-se a expressão "formal" depois do vocábulo consentimento. Não se entende, entretanto, o que se pretende dizer com a termo "formal". Prevê-se no § 2º, a revogação desse consentimento "no primeiro ano de sua manifestação". Todavia, parece mais exata a regra do § 2º do Projeto, em que se diz que a revogação é possível se chegar ao conhecimento do juiz antes de lavrada a sentença. Lavrada a sentença, não haveria como revogá-la. Enfim, não há na emenda o § 3º, porquanto ela não prevê o consentimento do próprio adotado. No Projeto, está previsto e parece necessário. O § 3º do art. 1642 do Projeto deve, assim, ser mantido. O art. 1643 da emenda excluiu a parte final do art. 1643 do Projeto. "ou do órfão ou reclamado por qualquer parente por mais de um ano". Parece necessária essa proposição, porquanto, de outro modo, se tornaria muito difícil a adoção de órfãos. O art. 1644 do Projeto é mantido com outra redação pela emenda: "O pedido de adoção será concedido sempre em benefício do adotando". E no art. 1644 do Projeto tem-se a regra: "O pedido de adoção será concedido sempre em benefício do adotando", que parece melhor. O Projeto exige que haja efetivo benefício, o que exclui discussões a respeito do tipo de benefícios e se seria suficiente o benefício potencial, futuro ou hipotético.

O art. 1645, o Projeto, ao disciplinar os efeitos da adoção, determina que ela desligará do adotado de qualquer vínculo com seus pais e parentes, "salvo os relativos a impedimentos matrimoniais e a sucessão prevista no art. 1681." Segundo a Emenda, esta última parte deveria ser excluída, entretanto, é necessário esclarecer que os impedimentos matrimoniais, apesar dos efeitos da adoção plena, persistem, pois não é possível admitir casamento em face de parentesco próximo, em qualquer hipótese. Houve, na verdade, no art. 1645 do Projeto, um erro de redação, porquanto o artigo que se refere à sucessão em matéria de adoção plena, é o art. 1680 e não o art. 1681, havendo, portanto, lugar para essa correção; mas a regra jurídica é exata, pois para vincular aos ascendentes do adotante é preciso o consentimento deles.

No art. 1645, não houve, na verdade, uma imprecisão, ou erro de redação no Projeto, porquanto ali se menciona a "decisão confere ao menor" (etc.); e está certa a regra, uma vez que é a decisão no processo de adoção que confere os efeitos ali prescritos. Quanto ao art. 1647, a Emenda reza o seguinte: "os efeitos da adoção começam a partir da homologação da sentença", enquanto que o Projeto tem regras mais extensas. Estabelece os efeitos da adoção, esclarecendo o parágrafo único a circunstância de os efeitos somente se estenderem aos ascendentes do adotante se houverem aprovação, por ato inequívoco, a aludida adoção. Esse parágrafo único foi excluído na Emenda e parece ser da mais alta relevância a sua manutenção. Observe-se que no Direito brasileiro a legítima deve ser atribuída "in natura" e não corresponde ao Direito de outros países em que a legítima não tem essa amplitude; cuida-se, simplesmente, de um dever, de mera obrigação, podendo perfeitamente, ser atribuída toda parte hereditária a um só dos herdeiros, conferindo-se aos outros herdeiros apenas um crédito sobre a herança. A nossa concepção, mantida no Projeto, é tradicional, e assegura melhor os direitos sucessórios dos herdeiros necessários do que a de outros países, que não têm a mesma disposição; consequentemente, não é possível restringir o direito dos ascendentes, fazendo com que se irradie contra os ascenden-

tes os efeitos da adoção, limita-se-lhes, ao mesmo tempo, a faculdade de testar, porquanto se criou um herdeiro necessário. E para a sua criação, através da adoção plena, não se exigiu a concordância dos ascendentes. Não parece que isso se amolde ao espírito do direito brasileiro; especialmente, em razão do fato de termos o conceito material de legítima e um direito sucessório mais restrito quanto à amplitude do poder de testar do que outros sistemas jurídicos.

O art.1648 da Emenda qualifica o tipo de sentença e os efeitos dela resultantes. Não parece de boa técnica legislativa qualificar-se, no campo do Direito Civil, e, também, esclarecer como deverá ser feito o registro, porquanto esta última parte diz respeito ao Direito Registral, e deveria constar na Lei dos Registros Públicos e não no Código Civil.

Há uma regra da emenda, a respeito do estrangeiro, no art.1649. É evidente que uma adoção feita no Brasil, por estrangeiro ou nacional, tem de obedecer às leis do País; por isso esta regra de Direito Internacional Privado não deve constar no Código Civil. As demais disposições a respeito da rescisão da sentença e da possibilidade de ação de investigação de paternidade são excluídas, na Emenda; e, no entanto, parece ser da maior importância a manutenção dos arts.1648, 1649 e 1650 do Projeto, porque acentuam ser o direito ao reconhecimento da paternidade, em seus aspectos pessoais, um direito de personalidade, o não pode, assim, ser restringido pelos efeitos da adoção plena, sob pena de se criarem situações absolutamente injustas, dando margem a todo tipo de fraude em matéria de filiação. Observe-se que no direito brasileiro, a ação de investigação de paternidade, quanto aos efeitos pessoais, é imprescritível (Súmula nº 149) com o que se acentua se constituir em verdadeiro direito de personalidade.

O art.1651 da Emenda corresponde ao art.1651 do Projeto; e o art.1652 da Emenda corresponde ao art.1653 do Projeto. Por fim, o art.1653 da Emenda tem redação um pouco diversa da do art.1654, devendo ser matida a do Projeto, pois se cuida de problema de redação e a do Projeto parece ser a mais adequada. Foram excluídas na Emenda as regras do art.1655, 1656 e 1657 que parecem, entretanto, das mais importantes. Em primeiro lugar, porque o art.1655 determina os casos em que se dissolve os vínculos da adoção restrita. O art.1656 diz respeito ao nome que terá o adotado, e, finalmente, no art. 1657, há uma regra de aplicação subsidiária de alguns princípios da adoção plena à adoção restrita, não havendo motivo para excluir esses princípios do regramento geral da adoção. Por esses fundamentos, foi rejeitada, em sua totalidade, a Emenda nº 258.

Emenda nº 259. Pela rejeição.

Justificação: Na Emenda, quer-se a exclusão da expressão "de 30 anos", constante no art.1636. No entanto, se assim se procedesse aquela que houvesse completado 21 anos poderia adotar. Para que uma pessoa possa adotar é preciso, contudo, que tenha mais do que o discernimento comum para os atos da vida diária. E para esse efeito, criou-se a regra de que só os maiores de 30 anos, ou seja, aqueles que já têm, no geral, uma posição estabelecida na vida podem adotar, o que, via de regra, não sucede com uma pessoa que apenas completou a maioridade; que está no início de sua vida ativa, ou que está ainda em fase de estudos universitários ou técnicos.

Emenda nº 260. Pela rejeição.

Justificação: É de todo interesse que as adoções perdurem; não se configurem como algo de efê-

fetido, para se constituírem hoje, e se desconstituírem amanhã. À razão prática, o que mais importa na solução legislativa, exige a existência de uma certa estabilidade no matrimônio; a ninguém dá critério melhor, adotou-se o da permanência por 5 anos, conforme está no parágrafo único do art.1636. De outra maneira, ter-se-ia adoção, e após a separação dos adotantes, uma posição desfavorável do menor, tendo-se em vista que toda essa matéria gira ao redor do benefício do menor. Não foi em razão da possível esterilidade que se adotou o princípio, como sugere erroneamente a justificação. O motivo está em que o matrimônio necessita ter estabilidade em benefício do normal desenvolvimento psicológico do adotando.

Emenda nº 261. Pela rejeição.

Justificação: A emenda é simplesmente da redação e parece pior ao dizer que "a adoção depende do consentimento dos representantes legais do adotando e cumulativamente". Segundo a redação do Projeto, tem-se a seguinte regra: "a adoção depende do consentimento dos pais, dos representantes legais de que se deseja adotar e, também, da concordância deste." Parece mais clara a redação do Projeto, e a regra prevista não difere essencialmente do que nele se contém, razão pela qual deve ser rejeitada a Emenda.

Emenda nº 262. Pela rejeição.

Justificação: Não se especificou no texto, o que se deve entender por "estado de casado". Será um novo casamento? ou um casamento de outro tipo, assim como o "Common Law marriage" do Direito Americano? Na verdade, o Código Civil deve ser claro nesse ponto. Não admitindo o Projeto, conforme se viu em emenda anterior, a adoção por parte de concubinos, não pode também admitir a adoção por quem esteja num possível "estado de casado", cujos limites e características não são conhecidos. A figura não existe no Direito de Família brasileiro, e não vale a pena criá-la. Esclareça-se que no Direito Americano os Estados federados procuram extinguir o denominado "Common Law Marriage", um casamento inferior, ou concubinato com certos requisitos.

Emenda nº 263. Pela rejeição.

Justificação: No sistema do Projeto, os cônjuges só podem adotar após 5 anos de vida de casados. Como a idade nupcial é de 16 anos, para a mulher e de 18 para o homem, e dependendo de 5 anos de casamento para que possam adotar, é evidente que nenhum deles será de menor idade ao realizar a adoção, razão pela qual a regra da Emenda não se justificaria.

Emenda nº 264. Pela aceitação nos termos da justificação.

Emenda nº 265. Pela aceitação com substitutivo.

Propõe-se a seguinte redação para o caput do artigo 1647, mantidos os demais parágrafos: "A adoção que se constituirá por processo judicial, depende da concordância do adotando e a do seu representante legal". Justifica-se a menção da concordância do adotando, porquanto esta está prevista na parte final do art.1639, sendo também necessária a do seu representante legal, porquanto a adoção plena se restringe aos menores. No texto do Projeto, alude-se a adotado, ao invés de adotando, por evidente erro de redação.

Emenda nº 266. Pela rejeição.

Justificação: A redação proposta ao § 2º do art. 1642 tem o mesmo significado que a do Projeto. A-

penas acrescenta que a sentença é constitutiva. Todavia, a qualificação das sentenças é matéria da doutrina do Processo Civil; não convém que o Código Civil lhe dê a qualificação científica. Certo as sentenças não têm sempre um só efeito, porquanto nelas se podem acumular várias eficácias. A sentença de adoção é constitutiva, mas é também fortemente declaratória, como são todas as sentenças constitutivas. De qualquer forma, não seria oportuno qualificar o tipo de sentença no Código Civil, matéria que é, exclusivamente, doutrinária.

Emenda nº 267. Pela rejeição.

Justificação: Procura-se na Emenda incluir, no § 3º do art. 1642, a expressão "prestado quando for capaz". É óbvio que o consentimento do adotado, que valida o ato, há de ser o prestado quando ele houver atingido a maioridade. Parece desnecessária a sua inclusão no texto.

Emenda nº 268. Pela rejeição.

Justificação: Na Emenda inclui-se um parágrafo único ao art. 1644, em que se afirma: "igual preceito se aplica ao pai e a mãe solteiro que se casarem". Observe-se que o art. 1644 exprime um princípio que se destina única e exclusivamente ao adotando; e constituiu a razão de ser mesma da adoção. O parágrafo único proposto, manifestamente não se vincula com o preceito do art. 1644 do Projeto.

Emenda nº 269. Pela rejeição.

Justificação: O "status" que assume o adotado plenamente é de filho legítimo. Embora não existam distinções econômicas entre a filiação legítima e a ilegítima é evidente que os filhos procedem do casamento têm uma denominação diversa. E como as legislações adotam essa distinção é necessário dizer que o adotado plenamente tem a situação de filho legítimo.

Emenda nº 270. Pela rejeição.

Justificação: Na emenda, pretende-se a substituição da expressão "de pais e parentes" constante do art. 1645 por "família de sua proveniência biológica". Esse termo não é próprio do Direito de Família. Nele devem utilizar-se os termos que lhe são adequados, e relativos a parentesco. E a expressão utilizada no Projeto é absolutamente exata. Veja-se a redação do art. 1645, segundo a Emenda: "adoção plena atribui a situação de filho legítimo ao adotando, desligando-o de qualquer vínculo com a família de sua proveniência biológica", como pretende a Emenda. A expressão parece infeliz; não é corrente no direito, e não se relaciona com o parentesco; este, sim, conceito jurídico. É sabido que a antropologia cultural faz uma distinção entre família biológica ou sanguínea, e família artificial. Mas esta distinção não se relaciona com o direito, não se devendo adotar essa terminologia.

Emenda nº 271. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à emenda nº 258.

Emenda nº 272. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à emenda nº 258.

Emenda nº 273. Pela rejeição.

Justificação: É da maior importância que se possa rescindir a sentença, quando verificar-se que a adoção foi intencionalmente estabelecida em favor do adotante, como está no inciso II, do art. 1648, do Projeto. Embora a adoção se constitua através de uma sentença, é necessário que se dê possibilidade de rescisão. Convém acentuar que o direito a reconhecer a pa-

ternidade, e conseqüentemente a rescindir a adoção plena, é direito de personalidade. No momento ninguém ignora o denominado "tráfico de bebês". Nesse caso, seria impossível rescindir a sentença de adoção, se não houvesse a disposição que a Emenda visa a suprimir, isto é, a constante no inciso II do art. 1648, segundo a qual é possível a rescisão da sentença de adoção se ela houver sido instituída em favor do adotante. Esta regra é complementada ao princípio geral de a adoção de ver ser feita sempre em favor do adotado. Seria simples "flatus vocis" exarar semelhante norma e ao mesmo tempo não lhe dar o corretivo jurídico eficaz, quando de sua violação.

Emenda nº 274. Pela rejeição.

Justificação: Não há razão para que se exclua o parágrafo único do art. 1648, porquanto se a adoção foi intencionalmente estabelecida em favor do adotante, é necessário que seja ela rescindida, sem prejuízo do dever de prestar alimentos. De outro modo, não haveria corretivo para os casos de adoção estabelecida intencionalmente em favor do adotante, e este se livraria sempre de seus encargos. A prática das coisas da vida aconselha que se mantenha este parágrafo único pelo seu efeito altamente moralizador.

Emenda nº 275. Pela aprovação.

Emenda nº 276. Pela rejeição.

Justificação: Trata-se de mera emenda de redação, havendo a substituição do termo constante do Projeto "no caso de ser adotado filho ilegítimo de outrem" por "o filho havido fora do casamento de outrem". Todavia, como o conceito de legitimidade permanece no Projeto, e deve permanecer, não se pode deixar de manter a redação do artigo.

Emenda nº 277. Pela rejeição.

Justificação: Esta emenda quer excluir o art. 1650. Ela exara a regra de que "no caso de ser 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". Esta regra foi exarada para evitar a possibilidade de que alguém, o pai, determinasse que outrem, um seu empregado por exemplo, adotasse plenamente o seu filho, visando a livrar-se de uma futura ação de investigação de paternidade. Com isso, resolveria todos os seus problemas. Não se pense que a hipótese é acadêmica. Se há a solução para todos aqueles que quisessem evitar uma investigação de paternidade; e, tendo meios para isso, seria fácil convencer a outrem a adotar o seu filho. Não há como se pretender a supressão do art. 1650. E mais: não se pode dizer que através da adoção alguém nasce de novo, como se afirma na justificação. É muito perigosa esta solução. Os paladinos do Registro Tórens também sustentavam que a propriedade, uma vez registrada, nascia "ex novo", porque o registro era abstrato. É oportuno lembrar o que aconteceu com o Registro Tórens! Quer-se fazer da adoção plena um modelo semelhante, no plano do direito de família, ao Registro Tórens? Assim, é de suma importância o art. 1650. O direito a investigar a paternidade é direito de personalidade de que não pode ser suprimido por terceiro, o adotante. Por esse motivo, a Súmula 149 tem como imprescritível a ação de investigação de paternidade.

Emenda nº 278. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa a mudar o Título I, Subtítulo II, a designação do Capítulo 6º para "da autoridade parental". Dá as seguintes razões: "A

designação do Projeto para o conjunto orgânico das funções que se atribuem aos pais relativamente aos filhos menores é a tradicional de "pátrio-poder", geralmente criticada pela sua impropriedade. A Emenda acompanha a Lei francesa nº 70/459, de 4 de junho de 1970, que originou a mudança da expressão "puissance paternelle" para "autorité parentale". Sucede, porém, que o termo "autoridade" é muito mais sugestivo de poder do que o "pátrio-poder", cuja modificação semântica vem ocorrendo através dos tempos. Hoje, quando se diz pátrio poder, não se tem a concepção do pátrio poder vigorante no direito romano. Mas a "autoridade parental" aponta para o renascimento dessa antiga concepção, para um poder superior, intocável. Do termo autoridade resultou outra expressão: o autoritarismo. Autoridade vem de "augere" aumentar; a autoridade (auctoritas) tende a aumentar sempre os seus poderes. Não convém substituir o termo clássico, pátrio poder, porque mudou a sua aceção semântica. E também não convém copiar de outros países certos modismos de expressão, nem sempre felizes. O pátrio poder será compreendido sempre dentro dos limites que o Código Civil lhe descrever. Substituí-lo por "autoridade parental" não parece próprio, porque é um termo que acentua a prevalência dos poderes dos pais, mais do que o simples pátrio poder, compreendido agora numa forma atualizada. Houve uma modificação semântica na expressão, não tendo a conotação peculiar ao direito Romano ou à Idade Média, o que poderia suceder com a expressão "autoridade parental".

Emenda nº 279. Pela rejeição.

Justificação: A finalidade da emenda seria a de excluir a expressão "os filhos legitimados ou legalmente reconhecidos, e os adotivos", no art. 1658, por "os filhos, inclusive os adotivos (etc.)". A expressão filho legitimado, e os legalmente reconhecidos, e ainda os adotivos são espécies existentes no nosso Direito. O conceito de filho legítimo e ilegítimo existe, muito embora muitos dos seus efeitos não mais ocorram. Mas outros ainda subsistem, e desde que se admita que o casamento é o ato fundamental ao direito de família, é claro que os filhos nascidos do casamento são concebidos diferentemente. (ver a justificação à rejeição das emendas nºs. 167, 226 e 227).

Emenda nº 280. Pela rejeição.

Justificação: A mesma para a rejeição da Emenda nº 278.

Emenda nº 281. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da rejeição da emenda nº 279.

Emenda nº 282. Pela aceitação.

Emenda nº 283. Pela rejeição.

Justificação: Pelo Projeto, o art. 1667, o regime de bens é irrevogável. Devo, entretanto, acrescentar que na Comissão Ministerial fui favorável à revogabilidade dos regimes de bens, razão pela qual, nos "Princípios para a Reforma do Código Civil" se menciona esta circunstância. A Comissão Ministerial entendeu, por maioria, que a revogabilidade criaria problemas dentro do núcleo familiar, e por isso, prevaleceu a regra da irrevogabilidade, para evitar pressões que, segundo se afirmava, ocorreriam dentro da família.

Emenda nº 284. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da Emenda nº 283.

Emenda nº 285. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda pretende que se adote novamente no direito brasileiro o regime de comu-

nhão de bens, que a Lei do Divórcio tornou regime supletivo, isto é, vigorante quando houver manifestação de vontade dos nubentes. O regime regra é o da comunhão parcial. Esse regime tem sido aplicado com sucesso entre nós, nada recomendando que se retorne ao regime da comunhão universal. A comunhão universal foi, aliás, profundamente modificada pela Lei nº 4.121/62. Impunha-se, pois, a adoção do regime de comunhão parcial, mais consentâneo com a realidade de nossos dias. (ver Guilherme Braga da Cruz, O Regime Matrimonial de Bens Supletivo no Direito Luso-Brasileiro, in: Obras Esparças vol. II, 1ª parte, Coimbra, 1981, p.p. 77-125).

Emenda nº 286. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da Emenda nº 285.

Emenda nº 287. Pela rejeição.

Justificação: O regime da comunhão de bens não é mais o regime regra; mas se facilitou a sua adoção. Para os demais regimes, é necessário que seja anotado em escritura pública, no denominado pacto antenupcial.

Emenda nº 288. Pela aceitação.

Justificação: Não há razão para disparidade de idades entre homem e mulher, 60 anos para aquele e 50 anos para esta, como se contém no inciso II, do art. 1669 do Projeto, de que resultaria o casamento sob o regime de separação de bens, embora a regra seja do Código Civil.

Emenda nº 289. Pela rejeição em razão da aceitação da emenda anterior.

Emenda nº 290. Pela rejeição.

Justificação: A regra do Projeto, art. 1669, III, é no sentido de que o casamento se fará com separação daqueles que dependam de suprimento judicial. Não significa dizer que, obtido o suprimento, o casamento poderá ser por outro regime, que não o da separação obrigatória. A redação proposta na Emenda nº 290 não tem sentido. Se alguém, incapaz, se casar sem suprimento judicial, o casamento será evidentemente inválido. Se casar com suprimento judicial, o regime será o da separação de bens. Ora, a regra da Emenda prevê outra coisa; prevê que o casamento do incapaz, sem suprimento judicial, poderia ser válido, o que é contrário ao sistema, pois, nos termos da Emenda, a falta de suprimento não acarreta a invalidade.

Emenda nº 291. Pela rejeição nos termos da Emenda nº 283.

Emenda nº 292. Pela rejeição.

Justificação: É importante a parte final do inciso V do art. 1670, "se o casal estiver separado de fato há mais de 5 anos". Em razão dessa norma há presunção de que os bens foram adquiridos mediante esforço comum. Inexistente a regra, não haveria a presunção. Ainda quando o concubinato não tivesse durado mais que algumas semanas ou meses, já haveria presunção que o bem teria sido adquirido pelo esforço comum, o que não é certo, razão pela qual parece necessário manter a regra do art. 1670, V, pois de outro modo não haveria presunção de aquisição de bem pelo esforço comum, princípio importante pois inverte o ônus de prova.

Emenda nº 293. Pela rejeição.

Justificação: O regime da separação absoluta é aquele em que não se realiza de nenhuma maneira a sociedade conjugal. Assim, não há razão para restringir os poderes patrimoniais de cada um dos cônjuges. Por esse motivo, o art. 1675 deve permanecer tal como está no Projeto.

Emenda nº 294. Pela aceitação.

Emenda nº 295. Pela aceitação.

Emenda nº 296. Pela rejeição.

Justificação: A existência de uma ação de separação não significa que um dos cônjuges vá alterar, enquanto não decidida em definitivo a questão, a administração resultante do regime de bens adotado, como está no art. 1.679. Poderá suceder que, através de uma medida cautelar, se regule de modo diverso a administração. Mas não seria conveniente a inclusão do parágrafo único, uma vez que em toda a ação de separação se teria como resultado a imediata cessação dos poderes decorrentes do regime de bens adotado. Isto seria um forte incentivo à proposição de ações desarrazoadas. O mesmo resultado pode ser obtido através de uma ação cautelar inominada, ficando na esfera processual a solução do problema, com a cognição do juiz no caso concreto.

Emenda nº 297. Pela rejeição.

Justificação: Como não se permitiu as modificações do regime de bens após o casamento, a denominação correta é do pacto antenupcial.

Emenda nº 298. Pela rejeição.

Justificação: A mesma da emenda nº 297.

Emenda nº 299. Pela rejeição.

Justificação: No art. 1.682 está a regra de que a eficácia do pacto antenupcial está condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Parece essa redação superior à prevista na Emenda nº 299, pois nela se esclarece que a autorização é elemento de eficácia e não de existência do pacto antenupcial; e, também, que o pacto antenupcial não terá nenhum efeito se o regime obrigatório for o da separação de bens. A redação do antiprojeto é assim, mais exata do que a prevista na emenda nº 299; e, por isso, deve ser mantida.

Emenda nº 300. Pela aprovação.

Emenda nº 301. Pela rejeição.

Justificação: Os direitos resultantes do próprio poder, ou do casamento, e previstos no art. 1.683, são em si intocáveis, não havendo justificação para se proceder a exclusão da expressão "prejudique os direitos conjugais ou paternos" constante no Projeto. A autonomia da vontade em matéria de regime de bens é ampla, mas não absoluta, tendo esses limites.

Emenda nº 302. Pela rejeição.

Justificação: O art. 1.684 poderia ser incluído tanto em meio às regras do pacto antenupcial, como nos do regime de participação final dos aquestos. Como se cuida de uma norma que pode constar no pacto antenupcial, parece mais exata a colocação entre as disposições referentes ao pacto antenupcial do que nas pertinentes ao regime de participação final dos aquestos.

Emenda nº 303. Pela aceitação.

Emenda nº 304. Pela rejeição.

Justificação: Não se pode fazer a inversão, colocando o Capítulo IV antes do Capítulo III, porque o regime regra é o da comunhão parcial e não o da comunhão universal, como pretende a aludida Emenda. A justificação da rejeição é a mesma dada à Emenda nº 285.

Emenda nº 305. Pela aceitação.

Emenda nº 306. Pela rejeição.

Justificação: Não se tendo adotado como regime-regra o da comunhão universal, não tem sentido o que se contém na Emenda aos art. 1.691 e 1.694.

Emenda nº 306. Pela rejeição.

Justificação: Está correto o que se contém no art. 1.693, não havendo razão para substituir a expressão no "pacto antenupcial", como se contém no aludido artigo, por "em pacto antenupcial", como se propõe na Emenda. E mais: também não há motivo para se dar nova redação ao art. 1.715. Segundo o Projeto, cada um dos cônjuges poderá, no regime da separação de bens, alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais cada um dos bens de sua propriedade, não havendo necessidade do consentimento do outro como se pretende no aludido artigo. Se houvesse necessidade, ter-se-ia adotado outro regime que não este. Para isso, seria preciso que houvesse sociedade conjugal, que não se forma no regime da separação de bens.

Emenda nº 308. Pela rejeição.

Justificação: Não se tendo adotado o regime da comunhão universal como regra, perde sentido a proposta contida na Emenda ao art. 1.698.

Emenda nº 309. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa à inclusão de um parágrafo único ao art. 1.700 do Projeto. Neste artigo, prevê-se que, no regime da participação final dos aquestos, cada cônjuge terá direito à metade dos bens à data da dissolução. Na Emenda pretende-se que essa participação, ou direito à metade dos bens, possa ser convencionalizada de modo diverso. Entretanto, não há razão para isso, e a regra da Emenda desnaturaria a presunção de que ambos os cônjuges participaram em igualdade de situação na aquisição destes bens. Não se pode esquecer que os cônjuges nem sempre estão na mesma situação ao realizarem o casamento, razão por que é necessário que se estabeleçam parâmetros claramente definidos, o que significa dizer que, durante o casamento, há a presunção de que ambos os cônjuges participam em igualdade de condições na obtenção do patrimônio comum.

Emenda nº 310. Pela rejeição.

Justificação: Não há razão para que se substitua a expressão constante no art. 1.703 "doações" por "liberalidade". A doação é a liberalidade por excelência, podendo considerar-se as duas expressões como sinônimas.

Emenda nº 311. Pela rejeição.

Justificação: No sistema da participação final dos aquestos, como proposto no Projeto, os cônjuges têm um direito expectativo real, quanto aos bens que comporão a futura meação. Não tem apenas uma quota, mera participação obrigacional, suscetível de operações contábeis morosas e difíceis. Por isso, preferiu-se dar uma participação, em princípio, "in natura", razão pela qual o conceito de meação é próprio, e não o de quota.

Emenda nº 312. Pela rejeição.

Justificação: Não há nenhuma razão para incluir a regra do parágrafo único ao art. 1.704, uma vez que se houve consentimento do outro cônjuge na doação não se configura alienação em detrimento da meação. Não pode haver prejuízo se o interessado concordar com a doação, e por isso, o parágrafo único perde sentido.

Emenda nº 313. Pela rejeição.

Justificação: É importante a manutenção do parágrafo único do art.1709. No regime da participação final dos aquestos, os bens imóveis são registrados durante o casamento em nome de cada um dos cônjuges; mas pode ocorrer que tenham sido adquiridos, não com valores subrogados de bens anteriores ao casamento, e sim com rendas ou lucros auferidos durante o casamento. Nesta segunda hipótese, este bem fará parte da futura meação. Em consequência, se for impugnada a titularidade, deve aquele que tem o imóvel registrado em seu nome provar a causa da aquisição, porquanto só ele é que tem essa faculdade. Se só o parágrafo for excluído, e se houver dúvida a respeito de o imóvel ter sido adquirido com bens ou com valores provenientes de rendas anteriores ao casamento ou posteriores, o ônus da prova será do outro cônjuge. Seria tão difícil a prova que se poderia considerar uma verdadeira "probatio diabólica". Por esse motivo, é necessária a manutenção do parágrafo único do art.1709.

Emenda nº 314. Pela rejeição.

Justificação: Conforme já se mencionou, não se adotou a expressão "quota de participação", nas "meações" pelas razões constantes na Emenda nº 311. Na justificação, não se prestou atenção ao fato, claramente exposto nos "Princípios para a Reforma do Código Civil", de que, na vigência do regime da participação final dos aquestos, cada um dos cônjuges tem direito expectativo real à futura meação; o que é atual é o direito expectativo. Não existe uma quota antecipadamente, porque ela é variabilíssima, e nem se sabe se existirá algum dia, porquanto é circunstância que só se verifica ao término do regime de bens. Por isso, há um direito expectativo, e não uma quota, que seria uma determinação concreta. Quota é fração sobre um patrimônio; e esta fração ainda não existe, e nem se sabe se existirá. A expressão "futura meação" é absolutamente correta, e a pretendida na emenda nº 214 é inexata.

Emenda nº 315. Pela aceitação.

Emenda nº 316. Pela aceitação.

Emenda nº 317. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à Emenda nº 278.

Emenda nº 318. Pela aceitação.

Emenda nº 319. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa a incluir a letra d) ao art.1719, permitindo que o MP possa promover ação de nulidade, quando os pais alienarem ou gravarem de ônus reais imóveis dos filhos, ou contraiam, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração. Esta matéria interessa à regulamentação interna da família, não sendo possível que sobre ela tenha interferência o MP.

Emenda nº 320. Pela rejeição.

Justificação: A mesma dada à rejeição da Emenda nº 222.

Emenda nº 321. Pela rejeição.

Justificação: Não é possível exigir que os pais devam prestar alimento para educação dos filhos, quando maiores. Se assim fosse, como sucedeu nos EUA,

se estabelecería uma verdadeira indústria da educação, porque os filhos jamais deixariam de cursar este ou aquele curso, a fim de poderem obter os alimentos como que viveriam, talvez regaladamente, tudo à custa dos pais, muitas vezes sobrecarregados com as mais diversas tarefas e despesas.

Emenda nº 322. Pela rejeição.

Justificação: Ainda quando a Lei do Divórcio tenha permitido que a obrigação de prestar alimentos se transmita aos herdeiros, é forçoso reconhecer que é uma obrigação personalíssima. A transmissão dessa obrigação aos herdeiros onera e torna quase impossível a realização dos inventários. Por isso, na prática, esta obrigação não tem sido exercida, pois ela levaria a que os inventários perdurasssem indefinidamente. É exata a regra constante no art.1728 do Projeto: "a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor" e não a que se contém no art.23 da Lei do Divórcio.

Emenda nº 323. Pela rejeição.

Justificação: Nessa emenda, procura-se substituir a expressão separação judicial litigiosa pro desquite; mas esta denominação não foi aceita no Projeto, e nada aconselha que assim se faça, pelo sentido depreciativo do termo desquite. Além disso, a Emenda reproduz o que se contém no art.1730 do Projeto. Peixes, porém, de consignar o requisito de o cônjuge ser inocente, como se contém no art.1709. Ademais, o Projeto adota a separação por culpa e hipóteses de separação sem culpa, de sorte que a Emenda não pode ser aceita.

Emenda nº 324. Pela rejeição.

Justificação: Não se tendo aceito o termo desquite, não há como substituir a expressão, nos art. 1371 e 1376, "separado judicialmente" por "desquitado", como pretende a Emenda.

Emenda nº 325. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa a substituir no art.1732 a expressão "culpado na separação judicial" pela seguinte: "responsável pela separação judicial". Na verdade, adotando-se os dois tipos de separação, por culpa e sem culpa, não há como deixar de adotar-se a regra de que um dos cônjuges pode ser culpado na separação judicial. De outro lado, a expressão responsável em nada melhoraria a situação.

Emenda nº 326. Pela rejeição.

Justificação: Esta Emenda visa a suprimir o art.1732. Mas ele, no sistema do Projeto, é absolutamente necessário, especialmente o parágrafo único em que se prevê a possibilidade de o cônjuge culpado ter alimentos, preenchidas certas condições, sendo uma delas a de não ter parentes em condições de prestá-los, e outra, se não tiver aptidão para o trabalho. Observe-se, por igual, que, nesse caso, os alimentos são os estritamente necessários para a subsistência.

Emenda nº 327. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda visa a alterar a expressão "considerado culpado" prevista no art.1732, pela "responsável pela separação judicial". A rejeição à Emenda tem justificação igual à da rejeição da Emenda nº 325.

Emenda nº 328. Pela rejeição.

Justificação: O art.1733 é mais analítico, esclarecendo as situações em que é possível propor a-

ção de investigação para fins alimentares, enquanto que na Emenda alude-se, apenas, a filhos havidos fora do casamento, não se sabendo se os incestuosos teriam essa possibilidade.

Emenda nº 329. Pela rejeição.

Justificação: Nessa Emenda visa-se suprimir o art. 1733, mas ele é necessário e está de acordo com o sistema do Projeto, conforme se verificou em diversas oportunidades, e especialmente na rejeição à Emenda nº 328.

Emenda nº 330. Pela rejeição.

Justificação: A mesma justificação das Emendas anteriores.

Emenda nº 331. Pela rejeição.

Justificação: No direito brasileiro, de há muito tempo, tem-se como irrenunciáveis os alimentos, não só em razão do parentesco, como também em razão do casamento, e ainda após a sua cessação. Foi objeto da Súmula nº 379 e atende bem à concepção social dos alimentos vigentes no país. Seria um retrocesso a adoção da aludida Emenda.

Emenda nº 332. Pela rejeição.

Justificação: Ainda quando em outros países, seja possível a renúncia aos alimentos em razão do casamento, o Direito Brasileiro adotou uma orientação mais moderna e mais social. Ninguém ignora que, em princípio, a jurisprudência brasileira admitiu a renúncia para, posteriormente, não mais admiti-la, o que foi um progresso. Os alimentos, hoje, não detêm mais o cunho individualista de tempos atrás e de algumas legislações. No Direito Brasileiro, os alimentos possuem alto caráter social. Não fora essa concepção, ter-se-ia uma situação talvez difícil de ser controlada. Até certo ponto, consiste em previdência social no seio da família; e, por essa razão, está correta a Súmula nº 379 do STF, que prevê a irrenunciabilidade dos alimentos.

Emenda nº 333. Pela rejeição.

Justificação: Nessa Emenda, quer-se a substituição da expressão "separado judicialmente" por "desquitado", mas esta denominação não foi aceita no Projeto, e especialmente pela Lei do Divórcio, não havendo razão para retornar-se à antiga denominação, aliás com características ignominiosas.

Emenda nº 334. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda refere-se ao art. 1738 do Projeto, na qual se lê a seguinte regra: "se o cônjuge devedor da obrigação vier a casar-se, o novo casamento não alterará a sua obrigação. O art. 1737, previsto na Emenda tem o mesmo significado, divergindo um pouco na sua redação: "O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio". Parece ser melhor a do Projeto, uma vez que é mais ampla, tendo em vista que a obrigação alimentar nem sempre dependerá da sentença de divórcio. Poderá existir com a simples sentença de separação, razão pela qual não é exata a proposição constante da Emenda nº 334. O cônjuge separado pode não requerer o divórcio, ou falecer no período em que ainda não tem a possibilidade de propor a aludida ação. Nesses casos, não poderá dizer que a obrigação alimentar decorrerá da sentença de divórcio. Ela resulta da sentença de separação.

Emenda nº 335. Pela rejeição.

Justificação: A Emenda prevê um dispositivo novo que exara a seguinte regra: "A mulher necessitada

e que não haja sido responsável pela dissolução da união livre, existente há 5 anos, ou que dela tenha filhos, poderá pleitear do homem que a abandonou o necessário ao seu sustento." Com essa emenda, o concubinato geraria direito a alimentos. No entanto, não tem sido assim a orientação na maioria, senão na totalidade dos países, salvo aqueles que admitem um casamento de direito comum "common law marriage". Vale esclarecer que, os Estados Americanos que possuem esta instituição a tendência é excluí-la em favor do casamento, segundo a legislação. Não parece oportuno que se regule a união livre, atribuindo alimentos na hipótese de sua extinção.

Emenda nº 336. Pela rejeição.

Justificação: Pretende-se a inclusão de um novo artigo segundo o qual a mulher grávida pode pedir alimentos em função do nascituro. Segundo as disposições da Parte Geral, art. 2º "a personalidade civil do homem começa do nascimento, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro". Entre esses direitos, estaria o de subsistência, cuja proteção é óbvia. Isto, entretanto, não impede que se deva provar que aquele, contra quem se pretendem alimentos, é o futuro pai. O artigo suporia um processo que duraria muito mais do que os 6 meses. Com base no art. 2º do Projeto do Código Civil, e através de uma medida cautelar, se poderia prover, para logo, a subsistência, sem necessidade de incluir-se um novo artigo, cuja realização prática levaria muito tempo, o tempo normal de um processo de alimentos.

Emenda nº 337. Pela aceitação.

Justificação: A Emenda ao art. 1739 do Projeto visa a excluir que se aplique à prestação alimentar as variações da ORTN, conforme foi estabelecido pela Lei 6.515, de 1977. Com a adoção do cruzado, pelo Decreto nº 2283, em 27 de fevereiro de 1986, não temos mais ORTN, razão pela qual deve ser adotada a Emenda proposta.

Emenda nº 338. Pela aceitação.

Emenda nº 339. Pela rejeição.

Justificação: A matéria já se encontra suficientemente regulamentada no art. 1749, em seu parágrafo único, não havendo razão para se fazer o aludido desdobramento. Aliás, a Emenda é, praticamente, de redação, pois não altera em nada os preceitos constantes no Projeto.

Emenda nº 340. Pela rejeição.

Justificação: O parágrafo único do art. 1757 deve ser mantido, porquanto esclarece que a curatela especial pode ocorrer ainda quando o menor esteja sob pátrio poder ou tutela. Não fosse assim, poderia haver dúvida se, nesses casos, se facultaria, ou não, nomear um curador especial.

Emenda nº 341. Pela aceitação.

Emenda nº 342. Pela aceitação.

Emenda nº 343. Pela rejeição.

Justificação: O termo "oportuno" previsto no art. 1768 é o indicado e não o "tempestivo". Aqui se cogita de uma nomeação quando suceder uma situação que assim o exija, não só temporalmente, mas em razão de outras circunstâncias; portanto, o termo "oportuno" serve melhor a essa finalidade do que o "tempestivo".

Emenda nº 344. Pela rejeição.

Justificação: No art. 1769, descrevem-se os requisitos da entrega dos bens do menor ao tutor; e no parágrafo único prevê-se uma hipótese de dispensa quan

do o tutor for de reconhecida idoneidade. A Emenda visa a excluir esta última hipótese, de modo que só mediante caução é que se poderia nomear um tutor. Ora, sob esse pressuposto seria difícil aceitar o encargo de tutor. Se alguém é considerado como pessoa de notória idoneidade, não haveria motivo para exigir-se dele uma caução. Dificultando-se, em excesso, a tutoria, não se vê a aplicação prática.

Emenda nº 345. Pela rejeição.

Justificação: Há certos atos que o tutor só pode praticá-los mediante autorização do juiz. Existe uma nítida distinção entre pagar as dívidas do menor, previstas no art. 1772, II, o que depende da autorização do juiz; e fazer as despesas de subsistência e educação, bem como as da administração, conservação e melhoramento de seus bens, o que o tutor pode realizar sem a necessária autorização do juiz. Do mesmo modo como sucede em matéria de inventário, há situações em que o inventariante, administrador da herança, pode praticar atos sem necessidade de autorização do juiz; e outras, em que essa necessidade se impõe. Desde que se cuide de dívidas de outra natureza, isto é, não relacionadas com despesas de subsistência ou educação, nem para conservação ou melhoramento de seus bens, é necessário que haja autorização do juiz. Também quanto aos demais atos previstos no art. 1772, os mais importantes, impõe-se a autorização do juiz. Não seria curial que todos estes atos pudessem ser praticados sem autorização, como se prevê na Emenda nº 345.

Emenda nº 346. Pela rejeição.

Justificação: A constante na Emenda nº 345.

Emenda nº 347. Pela rejeição.

Justificação: É evidente preconceitismo querer substituir a expressão "não lhe poder cobrar" por "não lhe poder cobrar". Tal disposição não atende à situação atual do idioma que é algo vivo.

Emenda nº 348. Pela rejeição.

Justificação: A curatela dos prodígios é tradicional no direito brasileiro, o necessário rever a disposição da Parte Geral que a consagrou; mas não parece ser esta a melhor solução: os prodígios precisam, realmente, de uma curatela especial, pois ela se refere apenas a certos atos.

Emenda nº 349. Pela aceitação.

Emenda nº 350. Pela rejeição.

Justificação: Não se adotou no Projeto a substituição pretendida no termo "separado" por "desquitado", razão pela qual a Emenda não pode ser aceita.

Emenda nº 351. Pela rejeição.

Justificação: A matéria não se encontra, como se propala, na justificação à Emenda nº 351. No art. 1803, a que se refere essa Emenda, dão-se as condições para que se possa dar curador ao nascituro, exigindo-se que o pai tenha falecido, estando a mulher grávida, e não tendo esta, ainda, o pátrio poder. Estas condições não estão consagradas no art. 1802. Em razão disso, não se pode dizer que a matéria do art. 1803 do Projeto está toda ela regulada no art. 1802.

Emenda nº 352. Pela rejeição.

Justificação: Mantida a curatela dos prodígios que se impõe venha a suceder não tem sentido a E-

menda proposta, pois ela visa suprimir o art. 1806, que regula a curatela do prodígo.

Projeto 14 de março de 1986
João T. do Carmo Silva

ANEXO 2

2 - FILHOS ILEGÍTIMOS - CONCUBINATO -

Primeiro Parecer do Deputado Plínio Barreto ao Projeto de Lei da Câmara nº 194, de 16 de maio de 1947.

"I - Filiação ilegítima. Concubinato. A situação jurídica especial do filho concebido fora do matrimônio, que tanto assunto forneceu ao dramaturgo e ao romancista do século XIX, e mesmo aos dos fins do século anterior, tende a normalizar-se. Na sociedade, a normalização não tinha dificuldade apresentava quando, nas monarquias, o pai era o próprio soberano. A numerosa prole adulterina de que Luís XIV, em cooperação com a Sra. Montespan e outras damas da corte francesa, encheu os palácios reais, viveu sempre cercada da maior consideração, sem embargo dos protestos e da revolta de uma parte da nobreza capitaneada pelo intransigente e venenoso duque de Saint-Simon. Centenas e centenas de páginas das célebres Memórias, desse inimitável retratista de almas e caracteres são dedicadas à crítica acerba do que o rei fazia para elovar a sua família extramatrimonial e das pretensões cada vez mais exageradas dos seus filhos naturais, de cuja educação a viúva Scarron, a veneranda amiga de Ninon de Lenclos, se encarregou com tamanho carinho que, em uma das mais prodigiosas aventuras sentimentais de que há notícia, acabou tomando em mãos, também, mediante uma ligação selada pelo casamento secreto, a sorte do príncipe monarca. Tão longe foi o prestígio dessa mulher sobre o soberano que este, nas vizinhanças da velhice, talvez ajudado um pouco pela própria natureza, entrou a palmar o caminho não propriamente da virtude, mas da continência. A esperta senhora soube apagar, nas veias do monarca, o fogo da concupiscência amorosa por uma infinidade de recursos sutis, entre os quais se destacava a ameaça do fogo eterno nas fogueiras do inferno. O monarca, que tudo podia, entrou a tremer do medo do diabo, o que, entretanto, não foi impedido para que tentasse, em seu testamento, alcançar a suprema grandeza a filiarada epúria. A bastardia principesca que vinha de longe, que era uma tradição na corte francesa e em quase todas as cortes do Brasil, - pai ostensivo e escandaloso de grande prole adulterina - não colocava mal nem os pais nem a prole."

"Na Índia, por exemplo, segundo a legislação de Manu, os filhos nascidos de concubinas tinham direito à metade do que coubesse ao filho nascido das esposas. Mas a distinção desaparecia quando os filhos naturais pertenciam às castas superiores. Nesta hipótese, os bastardos eram colocados no mesmo plano em que se achavam os legítimos. Na China, todos os filhos, fossem naturais ou não, tinham idênticos direitos à sucessão do pai. O mesmo acontecia entre os árabes. Em Israel, os filhos das concu-

"binas gozavam dos mesmos direitos que os filhos das mi-
lheres legítimas. Todos concorriam à herança paterna. A
liã, o concubinato foi uma instituição que deixou raj-
zes muito longo. A própria Igreja Católica, durante al-
gum tempo, teve que o tolerar. Mais tarde, combateu-o com
tanto vigor que acabou fechando o tesouro das suas indul-
gências para os filhos ilegítimos, os quais, conquanto
nos primeiros tempos podiam receber ordens sacras, nos
séculos IX e X perderam essa faculdade. A recusa de og-
dens que a princípio se negava somente aos filhos dos
clérigos foi, a pouco e pouco, abrاندando não só median-
te dispensas como, também, nos casos de legitimação.

"A um bastardo, o mestre de Avis, coube a instaura-
ção da segunda dinastia portuguesa, quando foi da vitó-
ria de Aljubarrota. Entretanto, as leis portuguesas re-
savam ao bastardo do nobre qualquer direito à sucessão
do pai nas, do mesmo passo, reconhecia ao bastardo do
plebeu o direito de suceder ao pai e ao avô até em con-
corrência com os legítimos. Triste era quase sempre a
sorte da bastardia modesta, desprovida de sangue real. Es-
sa bastardia sofria muito e o sofrimento aumentava à pro-
porção que se distanciava do trono e do círculo da alta
nobreza. Na sociedade burguesa, em que os preconceitos
dominavam tanto quanto o dinheiro, o filho natural veio
a ser um réprobo, quando réprobos deviam ser apenas, em
boa justiça, os seus progenitores. Os inocentes viviam a
pagar, e largamente, pelos pecadores.

"Essa injustiça clavava nos céus. Não era possível
que permanecessem os filhos ilegítimos virtualmente se-
gregados da sociedade por um delito de que eram as víti-
mas, enquanto os pais, os verdadeiros delinquentes, con-
tinuavam a tirar da vida, tranquilamente, tudo quanto ela
era capaz de lhes proporcionar em felicidade. Procuraram
os legisladores atenuar essa iniquidade por meio de leis
humanas, mas os seus esforços foram contidos, durante
muito tempo, pela barreira dos preconceitos sociais e pe-
lo princípio de que tudo quanto se concedesse ao filho
ilegítimo iria desfalcar o patrimônio moral da família le-
gítima. Nada mais expressivo a esse respeito do que a
luta que, ao longo do século XIX, se travou na terra ci-
vica das bastardias reais e principescas, — a França, —
para dar ao filho natural um estatuto que o compensasse,
até certo ponto, da mácula originária. Se, durante a Re-
volução Francesa, os filhos ilegítimos quase foram igua-
lados aos legítimos, o Código de Napoleão levou a reação,
no plano da virtude, ao extremo de negar ao filho natu-
ral o direito de pertencer a uma família, doutrina que,
mais tarde, veio a desaparecer, pois que a vencedora é,
hoje, a de que o filho natural tem a família do pai, ou
da mãe, que o reconhecer.

"Várias leis, notadamente as de 1896, 1907, 1912,
1915 e 1924, procuraram ampliar os casos de investigação
da paternidade e facilitar o reconhecimento dos filhos
ilegítimos. A de 1907 permitiu o reconhecimento de fi-
lhos adulterinos da mulher, repellidos pelo marido, quan-
do nascidos em período de separação legal dos cônjuges.
A de 1924 deu um passo adiante, admitindo a legitimação
dos filhos adulterinos pelo casamento posterior dos pais.
O movimento renovador no sentido humanitário recebeu o
impulso inicial com a lei de 25 de março de 1896, a qual
aumentou consideravelmente os direitos do filho natural.
Essa lei foi inspirada pelo fato de que, a despeito do
rigor do Código de Napoleão, o número de filhos naturais
crescia muito. Cresceu de tal modo que, segundo a obser-
vação de um jurista francês, só restava no ativo da lei,
ao cabo de tanto tempo, uma crueldade sem utilidade. O
Código dava aos filhos naturais o direito sobre parte da
sucessão dos pais mas, por outro lado, dificultava o re-
conhecimento. O Código só concedia aos filhos naturais u-

"na porção patrimonial, correspondente à terça ou três
quartas partes do quinhão que normalmente caberia ao fi-
lho legítimo. Não permitia que essa porção fôsse acresci-
da por liberalidades testamentárias. Daí ver-se o pai,
às vezes, deixar de reconhecer o filho natural para po-
der gratificá-lo como se fôra uma pessoa estranha. Como o
que interessa à sociedade é o reconhecimento do filho, a
lei de 1896 acabou com essas restrições e, conquanto edi-
tasse outras, colocou os naturais praticamente na mesma
posição em que, nas sucessões ab intestato, se encontram
os filhos legítimos. De tudo resulta que, afinal, o sen-
timento de humanidade veio a transpor a barreira das con-
veniências sociais e a abafar, na consciência do legisla-
dor, o receio de que, se viesse a melhorar a situação ju-
rídica dos filhos naturais, iria dar em terra com a insti-
tuição da família legítima, que deve ser uma instituição
intangível em todas as sociedades bem organizadas.

"II — A vitória dos sentimentos humanitários. Aqui
e ali foram surgindo leis favoráveis aos filhos naturais,
facilitando-lhes o reconhecimento e ampliando-lhes os di-
reitos. O filho simplesmente natural entrou a ser equipa-
rado, em quase todas as legislações, para os feitos pa-
trimoniais, aos filhos legítimos. Com o andar dos dias o
legislador lançou as suas vistas, com solicitude, até pa-
ra os chamados filhos espúrios, os quais, como se sabe,
ou são adulterinos ou são incestuosos, excluindo-se da
classificação os que antigamente nela figuravam sob a de-
nominação de filhos sacrílegos, quando a Igreja e o Esta-
do viviam unidos e a lei canônica produzia efeitos de ca-
ráter civil. Os sacrílegos são, no estado leigo, quando
havidos de mulher solteira ou viúva, simplesmente natu-
rais.

"A princípio, os filhos espúrios só tinham o direi-
to de exigir do pai os alimentos de que necessitassem.
Mais tarde, chegou-se a permitir o reconhecimento dos
adulterinos, em certos casos e mediante certas condições.
Esse reconhecimento veio a ser, em alguns países, autori-
zado também em relação aos filhos incestuosos. É o que
ocorreu, na Alemanha, onde não há distinção entre os fi-
lhos naturais. Aliás, nosso caminho, a Alemanha nazista
foi longe demais, pois veio a criar, durante a guerra,
"os filhos da nação", isto é, os filhos de mulher casada,
viúva ou solteira com soldados e civis arianos... No Urú-
guai, também os espúrios podem ser reconhecidos após a
dissolução da sociedade conjugal. O projeto de reforma do
Código italiano, de 1930, admitia o reconhecimento dos
filhos incestuosos pela mãe, e a legitimação dos adúl-
terinos, bem como o seu reconhecimento em certos casos. No
projeto primitivo do Cód. Civil brasileiro até o ince-
stuosos poderia ser reconhecido, mediante umas tantas cau-
telas determinadas pela conveniência de se evitar a info-
rência de que o filho procedia de concubito reprovado.
Graças à oposição inflexível do conselheiro Andrade Fi-
gueira, essa concessão foi repelida e o que veio a preva-
lecer foi o dispositivo rigoroso e absoluto, do art. 358,
que veda reconhecimento tanto dos filhos adulterinos co-
mo dos incestuosos, isto é, de todos os filhos espúrios.
Ligeiro histórico da nossa legislação mostrará co-
mo o código apesar disso, marcou um avanço no sentido hu-
manitário.

"III — As leis brasileiras. Até 1847, o reconheci-
mento dos filhos naturais não era permitido a todas as
classes. A lei de 2 de setembro de 1847 estendeu aos fi-
lhos naturais dos nobres os mesmos direitos que, pela Or-
denação, Liv. IV, tit. 92, competiam aos filhos naturais
dos plebeus.

"Essa lei procurou, por outro lado estabelecer re-
gras gerais para o reconhecimento de filhos ilegítimos e
para a prova de filiação natural. Nesse ponto provocou in-
findas controvérsias. Se o reconhecimento por escritura
pública, anterior ao casamento, é que dava ao filho natu-
ral o direito de concorrer com os legítimos à herança do

"pai comum. O dec. nº 181, de 24 de janeiro de 1890, facultou mais o reconhecimento da filiação natural paterna, estabelecendo que ela se poderia provar pelo reconhecimento do filho feito pelo pai no ato do nascimento. Segundo o Cód. Civil entrou francamente na direção humana, admitindo que, desde que não fossem incestuosos ou adulterinos, os filhos podiam ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, e o reconhecimento poderia fazer-se ou no próprio termo do reconhecimento ou mediante escritura pública, ou por termo de reconhecimento, ou por testamento, e tanto pode preceder o nascimento do filho como suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. Recusou, entretanto, no caminho humanitário, como já fizera, quando determinou categoricamente, que os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos. Clóvis Beviláqua dá-nos, nestas linhas, a razão dessa parada, senão desse recuo:

"Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela. A indignidade está no fato do incesto e do adultério e a lei procede como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas. Mais uma vez cabe repetir as palavras indignadas de Címbali: 'Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cipismo, subverte, por completo, os mais sagrados princípios da responsabilidade humana, fazendo do réu a vítima e da vítima o réu, condenado a expiar, inexoravelmente, a pena de um crime que não cometeu: *pater nostri peccaverunt, et nos peccata eorum portamus*'. É este misto de ciúme e de ingenuidade, de absurdo e da injustiça, atinge ao cúmulo quando se assiste ao espetáculo repulsivo, como na França e na Itália meridional, da absoluta irresponsabilidade do incesto, quer em relação à lei penal, quer em face da lei civil, a par da inteira responsabilidade a ser atribuída ao pai inocente dos filhos, negando-se-lhes todo o direito, inclusive o de alimentos, consequência e expressão imediata ao direito à vida, que também eles têm, se é que se não quer tor a franqueza de afirmar que somente a eles corre a obrigação de morrer."

"Os princípios fundamentais que devem dominar esta matéria são os seguintes: 1º) O direito à vida compete a todo indivíduo: o filho espúrio, como indivíduo, deve ter o mesmo direito às possibilidades da existência que qualquer outro; fechar-lhe as portas da sociedade, restringir-lhe os direitos, é uma injustiça, tanto mais grave quanto ele nada fez para merecê-la. 2º) O princípio da responsabilidade dos pais: aquele que criança existe, cria um filho, contraiu, por esse mesmo fato, a obrigação de o alimentar e dirigir na vida. Se a lei proíbe ao pai de reconhecer o filho espúrio, liberta-o dessa responsabilidade em detrimento do filho. E, ao mesmo tempo, uma lei injusta, porque tira do fato de outrem (os pais) o motivo para prejudicar o filho; e imoral, porque se faz por meio de leis condenáveis, resguardando-as, severamente, de quaisquer perturbações. 3º) O interesse social. 4º) O interesse das famílias: o interesse da sociedade favorece as uniões legais e, ao mesmo tempo, condena as desclassificações dos espúrios. O interesse das famílias exige que os reconhecimentos se façam com as cautelas necessárias, a fim de que não se ofenda o recato das lares honestos, nem se introduzam nas famílias brigações estranhas."

"Da combinação desses princípios resulta a necessidade de aceitar a lei o reconhecimento dos espúrios, mas impondo-lhe certas cautelas, como se vê no projeto primitivo, art. 420: 'No ato do reconhecimento do filho adulterino ou incestuoso, é vedado, sob pena de nulidade, fazer qualquer menção da qual se induza que procedeu de um reconhecimento reprovado.'"

"IV - O decreto-lei de 1942. Era esta a doutrina de nosso direito até que, pelo dec.-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, foi autorizado o reconhecimento do filho adulterino, ao qual se conferiu, também, o direito de pleitear judicialmente esse reconhecimento. O texto dessa lei é o seguinte:

"O filho, havido pelo cônjuge fora do matrimônio, pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação."

"Essa modificação profunda no direito anterior provocou críticas asperas por parte dos que, como o conselheiro Andrade Figueira, entendem que os filhos espúrios nunca devem ser reconhecidos. O seu destino é viverem à margem da sociedade, como portadores de uma mácula infamante e indelével, sem outro direito a não ser o de exigir alimento do pai, sempre que a paternidade resultar de sentença irrecorrida, não provocada pelo filho, ou por confissão ou declaração escrita do pai (Cód. Civil, art. 405). A desumanidade dessa situação veio com o tempo a calar no espírito dos juristas mais que os argumentos a favor da cruel dureza do Código. Não era possível que, no grau de civilização a que havíamos chegado, os filhos naturais continuassem a carregar sozinho o peso de culpa que era unicamente dos pais. A facilidade do reconhecimento em vez de abalar os alicerces da família legítima, como se temia, criando ao pé dessa outra família, porém ilegítima, viria talvez a reforçá-los. Com a certeza de que, mais dias menos dias teriam que acudir à situação dos filhos ilegítimos, os pais poriam mais cuidado nas suas relações extraconjugais. A perspectiva de obrigação legal para com os filhos ilegítimos, idênticas às que tinham para com os legítimos, seria bastante para manter no bom caminho muito chefe de família quando tentado a se desviar para o mal..."

"Seja assim ou não, o certo é que, conforme se verificou na França, a dificuldade de reconhecimento do filho natural não melhorou, no Brasil, a situação da família legítima. Essa dificuldade só serviu de estímulo aos egoístas para a caça dos amores transitórios e gratuitos. O que produziu foi, tão-só, a difusão da crueldade de se manterem à beira da sociedade, privados de vantagens jurídicas que devem ser asseguradas a todos os filhos, sejam legítimos ou ilegítimos, os que, por um fato no qual não tiveram a mínima participação, vieram ao mundo de maneira clandestina."

"O reconhecimento de filhos simplesmente naturais já não era fácil no Brasil até a promulgação do Cód. Civil. A lei de 2 de setembro de 1847, que o regulava, não se distinguia pela feição liberal. O Cód. Civil representou, nesse terreno, uma conquista humanitária. Não fora o dispositivo do art. 358 e poder-se-ia dizer que ele deu a solução definitiva a um dos mais delicados problemas da família. Aliás, a legitimação dos espúrios pelo casamento posterior o Código não a repeliu. Sabe-se que o reconhecimento e a legitimação são coisas diferentes. O reconhecimento dos espúrios é proibido! Não o é, porém, a legitimação pelo matrimônio subsequente, a qual resulta do art. 353 do Código. 'Esse artigo', observa Clóvis, 'salvou uma interminável controvérsia que se levantava em torno das Ordenações, Livro II, tit. 35, § 12, quanto à amplitude de legitimação, e que mais de uma vez ecoou no Parlamento brasileiro. Por ocasião de se discutir o projeto de Cód. Civil, na Câmara, Andrade Figueira acusou-o por não excluir da legitimação os filhos espúrios. A doutrina do projeto foi brilhantemente defendida por Oliveira Fonseca. Este notável jurisperito mostrou, de modo claro, que o projeto se colocava em corrente natural das idéias e consagrava os princípios que se desprendiam da melhor doutrina. Realmente, o direito pátrio, interpretado por Melo Freire, Lobão e Coelho da Rocha, concedia a

"legitimação a todos aqueles cujos pais contraíssem legítimas núpcias. Não era ilícito que o Cód. Civil recusasse essa conquista liberal e privasse desse benefício os espúrios.

"Pelo Cód. Civil, com efeito, podem legitimar-se todos os ilegítimos, sejam naturais ou espúrios, contanto que os seus pais se unam, legitimamente, pelo casamento. Seria injusto, além de ilógico, permitir o casamento aos que se uniram contra o direito e a moral, fazer recai sobre os frutos dessa união reprovada o estigma indelével da espuriidade.

"Produz o mesmo efeito do casamento válido, o que é declarado putativo em atenção à boa-fé dos cônjuges ou, sequer, de um deles.

"Pouco importa que entre o nascimento do filho e o casamento dos seus pais tenha intervindo outro matrimônio. Casados os pais, a ação legitimadora do casamento recai sobre o filho e vai alcançá-lo no momento da sua concepção, expungindo a nota da ilegitimidade.

"Esse efeito retroativo, porém, tem apenas uma função moral. Nem o filho legitimado adquire direitos hereditários anteriores à legitimação, nem aos pais aproveita o usufruto dos bens do filho antes do casamento.

Mas o que o Código não fez, procurou fazê-lo o decreto-lei de 1942. Infelizmente, porém, o que esse decreto-lei fez não foi tudo quanto deveria fazer. Pelo seu texto, só no caso de dissolução da sociedade conjugal pelo desquite é que se poderia realizar o reconhecimento do filho concebido fora do matrimônio. Juizes e advogados sustentaram copiosamente que, em não havendo desquite, o reconhecimento era inadmissível, muito embora não houvesse motivo para excluir do mesmo favor os filhos em tais condições, quando a sociedade conjugal terminasse ou pela morte de um dos cônjuges ou pela nulidade ou anulação do casamento. Essa doutrina foi combatida por juizes de alta autoridade. No Supremo Tribunal, por exemplo, os ministros Góes Monteiro, Lafayette de Andrada, Castro Muñiz e Barros Barreto mostraram-se francamente favoráveis à inclusão do filho do viúvo entre os filhos adulterinos que podem ser reconhecidos por força do dec.-lei nº 4.737. No Tribunal do Estado do Rio manifestaram-se também no mesmo sentido os Srs. desembargadores Itabiana de Oliveira, Ivair Nogueira Itagiba e Oldemar Pacheco. A mesma doutrina saiu vencedora no Congresso Jurídico Nacional que, recentemente, se reuniu na Bahia. Decidiu essa nobre assembleia de juristas que se estendia a todos os casos de viuvez a possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos. Dentre os votos vencedores destacaram-se os dos professores de Direito Civil Arnoldo Medeiros, do Rio, e Orlando Gomes e Jaime Junqueira Aires, da Bahia. Mas nem por isso a controvérsia amainou. Diante disso, o Sr. deputado Nelson de Sousa Carneiro entendeu de bom aviso apresentar um projeto de lei que cortasse pela raiz toda as dúvidas.

"V — O projeto em debate. Uma questão o projeto suscita logo. É a seguinte: devemos encaixinar no sentido do traçado pela lei de 1942, ou devemos voltar à posição tomada pelo legislador do Cód. Civil? Por outras palavras: devemos alargar a esfera dos reconhecimentos de filhos extramatrimoniais ou devemos mantê-la nos estreitos limites fixados pelo Cód. Civil? A mim parece que devemos persistir no caminho rasgado pela lei de 1942. É esse o caminho mais humano. Sou pela máxima proteção à família legítima. Penso que, sem uma sólida organização familiar, a sociedade brasileira irá à desagregação e o Estado perderá um dos seus esteios mais firmes. Não estou convencido, porém, de que a organização da família venha a sofrer abalos profundos com a facilidade de reconhecimento dos filhos extraconjugais.

"Já o legislador constituinte de 1934 se preocupou com a sorte dos filhos ilegítimos, determinando, no art. 147, isenta de quaisquer selos ou emolumentos, a herança que lhes coubesse, ficando sujeita a impostos iguais aos que recaíssem sobre a dos filhos legítimos. A Constituição atual não reproduziu esse dispositivo. Não acredito que o tivesse feito por discordar dele, mas, naturalmente, por achá-lo supérfluo. Realmente, supérfluo seria porquanto os filhos naturais, a que a Constituinte de 1934 se referiu, foram, manifestamente, os propriamente naturais, isto é, os havidos de pais sem impedimentos matrimoniais. Ora, para esses já existiam na lei civil todas as facilidades de reconhecimento.

"O legislador de 1942 foi o primeiro que lançou os olhos para outra classe de filhos ilegítimos, isto é, para os filhos espúrios. Não o fez, porém, com justiça e de maneira completa. Só estendeu o benefício aos adultos, e isso mesmo após a dissolução pelo desquite da sociedade conjugal a que o pai estava preso.

"O projeto, a bem dizer, não avança. Apenas corta a dúvida a que atrás me referi, isto é, deixa clara que a dissolução da sociedade conjugal pelo desquite não é a única que permite o reconhecimento do filho. Dissolvida a sociedade conjugal, seja qual for o motivo, o filho havido fora do matrimônio, poderá ser reconhecido ou poderá propor a ação de filiação. Sob certo ângulo, toda via, o projeto restringe a órbita de ação traçada pelo dec.-lei nº 4.737. Esse decreto-lei não distinguia entre o reconhecimento pelo pai ou pela mãe. Tanto um como o outro dos cônjuges poderia fazê-lo. O projeto não admite o reconhecimento por parte da mãe, nem concede ao filho a ação de filiação contra ela. Eis o seu dispositivo inicial:

"Depois de dissolvida a sociedade conjugal, será permitido ao marido o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e ao filho a ação para que se declare sua filiação".

"A ação de filiação não será permitida se a sociedade conjugal se dissolver por morte do pai ilegítimo. Entretanto, o projeto concede a este a faculdade de reconhecer o filho em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e nessa parte irreversível. Neste ponto o projeto é mais severo ainda que o próprio Cód. Civil. Este autoriza a ação dos filhos ilegítimos contra os pais ou seus herdeiros para reconhecimento da filiação nos casos do art. 363, proibindo a investigação de maternidade unicamente quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada ou incestuosa à solteira (art. 364). É exato que os dispositivos do Código se referem aos filhos naturais propriamente ditos. O reconhecimento de filho adulterino ou incestuoso não não o compete em hipótese alguma (art. 358).

"O projeto nega ao filho espúrio qualquer direito contra a mãe. É o que ressalta ainda mais lendo-se o art. 29. Diz-se aí que, julgada procedente a ação negatória que cabe privativamente ao marido para constatar a ilegitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 344 do Cód. Civil), poderá o filho, em tais condições promover, depois de dissolvida a sociedade conjugal, a ação investigadora contra o pai solteiro, desquitado, ou viúvo. Parece-me que, nessa parte, o projeto está em contradição com o mesmo. Para que a mãe ficasse ao abrigo de controvérsias jurídicas a respeito da legitimidade dos seus filhos, de veria ele revogar o art. 344 do Cód. Civil. Não pode haver nada mais escandaloso para a família, nem mais vexatório para a mulher, do que a ação negatória que, nesse artigo, se concede ao pai quando tem razões para duvidar da legitimidade do filho que a esposa põs no mundo. Se

"Esse artigo é mantido, por que negar-se ao filho o direito de pleitear a filiação contra a mãe e por que lhe permitir o uso de tal ação contra o pai, somente quando a sociedade conjugal se dissolver por morte da mãe? Mais lógica parece-me a atitude do legislador de 1942. Com a interdependência, cada vez maior, que a mulher esta conquistando, não há razão para, na vida conjugal, colocá-la em plano diferente daquele em que se coloca o marido. Se, tanto como o marido, a mulher desquitada pode ter filhos extramatrimoniais por que não se lhe conceder, como se concede ao marido, o direito de reconhecer o filho e ao filho o direito de propor contra a mãe, como pode propor contra o pai, a ação de filiação?

"Tal como está redigido, o projeto dá a impressão de que, na sociedade atual, só o pai é capaz de ter filhos fora do matrimônio, o que, sabemos todos, não é verdade. As fraquezas da carne são comuns aos dois sexos. Não vejo, pois, motivos sérios para a limitação que, a esse propósito, o projeto faz. Penso, por isso, que o art. 19, deve ser modificado e passar a ser redigido desta maneira:

"Depois de dissolvida a sociedade conjugal, será permitido ao marido ou à esposa o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e ao filho a ação para que se declare a sua filiação."

"Adotada essa modificação, desaparecerá o parágrafo único do artigo. Desaparecerá, também, o art. 29. Ao art. 39, que passaria a 29, proporá, então, a seguinte redação:

"Para o efeito de prestação de alimento, o filho incestuoso poderá acionar o pai em segredo de justiça."

"Só mantenho as reservas do projeto no que concerne à essa categoria de filhos ilegítimos. O art. 49 eu o conservaria, com supressão, porém, da parte em que estabelece recurso das sentenças propostas nas ações de alimentos. Esse artigo está redigido desta maneira:

"Os filhos ilegítimos, cujo reconhecimento a lei permite, têm direito a pedir alimentos provisionais ao juiz da ação investigatória ou que a decisão judicial, sujeita a agravo de instrumento, influa, qualquer que ela seja, na sentença final."

"A alteração que proponho refere-se à parte onde se lê: "sujeita a agravo de instrumento". Não me parece de boa técnica legislativa mesclar disposições de ordem processual com disposições de natureza substantiva.

"com estas modificações, sou pela aprovação do projeto."

"Sala das Sessões, 12 de agosto de 1947 — Agamenon Magalhães, presidente; Plínio Barreto, relator; Graciano dos Reis; Carlos Valdemar, vencido; José M. Crispim, com relatórios; Adroaldo Mesquita da Costa, vencido; Lameira Bittencourt; Eduardo DuVivier; Vieira de Melo; Hernes Lima; Gilberto Valente; Flôres da Cunha; Gurgel de Azevedo; Afonso Arinos; Gustavo Capanema".

"PROJETO Nº 122 — DE 1947

"O projeto

"O deputado NELSON CARNEIRO propõe, no seu projeto:

"Art. 19 Para os fins de pleitear alimentos, pensão, montepio e meio-soldo, equipara-se à esposa a companheira do solteiro, desquitado ou viúvo.

"Art. 29 Revogam-se as disposições em contrário.

"A Constituição e o Cód. Civil

"O uso do verbo equiparar, embora precedido da restrição dos objetivos da sua ação, é que poderia suscitar dúvidas sobre a constitucionalidade da proposição, em face dos preceitos do art. 163 da Constituição.

"A verdade, porém, é que não os fere, porque a equiparação não é para os efeitos do casamento, mas apenas para finalidade de amparo a quem viveu na companhia e sociedade de quem não tinha, para isto, impedimento legal.

"Ao contrário, é a própria Constituição que, no seu art. 164, torna obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adoção, a assistência à maternidade, à infância e à adoção, a assistência e determina a instituição do amparo das famílias de prole numerosa; ainda mais, conferindo-lhes o direito a descanso, "antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário" (art. 157, inciso x), "não condiciona esse direito ao ser a gestação resultante do casamento.

"Significa isto que prevalece, na Constituição, o espírito de humanidade sobre o formalismo jurídico.

"Referindo-se à família, constituída pelo casamento ou de vínculo indissolúvel", a qual assegurou "direito à proteção especial do Estado", a Constituição (art. 163) não deixou, portanto, de assegurar efeitos jurídicos às consequências de uniões ilegítimas, nem proibiu que a estas mesmas, privadas embora de proteção especial, fossem assegurados direitos que resultem, na ordem civil e comercial, das situações de fato.

"O próprio Cód. Civil, definindo os efeitos jurídicos do casamento (arts. 229 a 232) e preceituando sobre os direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239) e os da mulher (arts. 240 a 244), sobre o regime dos bens entre os cônjuges, nas suas várias modalidades, (arts. 256 a 311) e sobre a dissolução da sociedade conjugal e a consequente proteção da pessoa dos filhos (arts. 315 a 329), não somente reconhece a situação de fato, como as decorrentes do simples transcurso do tempo e da verificação da boa-fé, a virtude raneadora de nulidades (arts. 208, 221 e 337), e, ainda, efeitos da legitimidade ao ato nulo ou anulado, em relação aos filhos (arts. 217 e 221), mas também, dispendo sobre as relações de parentesco, não apenas define o legítimo (arts. 337 a 351), como ampara o ilegítimo, pela legislação (arts. 352 a 354) e pelo reconhecimento dos filhos (arts. 355 a 378), com a única exceção dos incestuosos e adúlteros (art. 358), dos quais, para o efeito dessa restrição, a legislação posterior (dec.-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942), excluiu os do cônjuge desquitado.

"Ainda mais, sem distinção do caráter legítimo ou ilegítimo dos parentes, a todos ampara com o direito ao processo de prestação de alimentos (arts. 396 a 405).

A N E X O 3

3 - A COMPANHHEIRA - PARECER DO DEPUTADO EDUARDO DUVIVIER AO PROJETO DE LEI Nº 122, DE 1947, E QUE NÃO CHEGOU A SER VOTADO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS."

"Significa isto que, em se tratando de princípios de humanidade e de interesse social, cedem os da lógica e da sistemática jurídicas, como aquele que nega qual quer efeito jurídico ao ato nulo (art. 52), e aquele que manda, em relação ao ato anulado, restituir as partes ao estado em que antes d'ele se achavam (art. 158).

"E, com referência ao objetivo do projeto, — a proteção da companheira, — esta é a situação em que nos achamos e para a qual vem caminhando a nossa legislação e a jurisprudência dos tribunais, impondo, ao legislador, o dever de considerar, de frente, o problema, para lhe dar solução adequada.

"A situação da companheira na legislação de Previdência Social

"E no dec. nº 20.465, de 01 de outubro de 1931, que reformou a legislação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, que se pretende encontrar a primeira proteção legal à companheira, por determinar o § 3º do seu art. 31 que: "O associado que não tiver herdeiro, na forma do presente artigo, poderá mediante declaração expressa, do seu próprio punho, com testemunhas, firma reconhecida e registro respectivo, instituir herdeiro, para o fim deste artigo (direito à pensão), outro parente do sexo feminino, até 3º grau, devidamente comprovado que viva sob a sua exclusiva economia".

"Como pondera, porém, VASCO DE ANDRADE (Condição Jurídica e Social da Companheira, págs. 9 a 13), "a pensão concedida aos herdeiros do associado é, ao mesmo tempo, familiar e alimentar", decorrendo aquela condição desta, porque só os parentes podem exigir, uns dos outros, a prestação de alimentos (Cód. Civil, artigo 396), princípio que, também, justifica, quanto à viúva, o direito independente da prova de qualquer incapacidade natural, enquanto não convelar novas núpcias, pela obrigação de prestação de alimentos (Cód. Civil, arts. 233, nº V, e 234), o que post mortem se traduz na forma de pensão, ao passo que, se concubina tivesse, em virtude desse dispositivo, tido legal, direito a pensão, em superioridade estaria sobre a viúva, visto como não o perderia, por se juntar a novos amantes.

"No mesmo sentido, condicionando os benefícios à existência de laços de parentesco, foi o dec. nº 22.016, de 20 de outubro de 1932, regulamentando a execução dos socorros médicos e hospitalares das Caixas de Aposentadoria e Pensões.

"E na legislação dos Institutos que vamos, realmente, encontrar as primeiras possibilidades de proteção legal à companheira.

"O dec. nº 22.872, de 29 de junho de 1933, que criou o Instituto de Aposentadoria dos Marítimos, foi, de fato, o primeiro ato legislativo que admitiu a inclusão, no círculo dos beneficiários, de pessoa estranha ao círculo familiar, por designação do segurado, em falta de herdeiros, desde que a "determinada pessoa" vivesse sob a dependência econômica exclusiva do segurado (art. 55, § 3º), benefício esse, porém, que, em relação à pessoa estranha ao vínculo familiar, reduziu à metade da pensão.

"Com disposições semelhantes e sem esta última restrição, exigindo, porém, de igual modo, a inscrição de "determinada pessoa", alheia ao vínculo familiar, em vida do associado, com as mesmas formalidades rigorosas da declaração de próprio punho, testemunhas, firma reconhecida

e registro no Instituto, vieram os decs. nºs 24.273, de 22 de maio de 1934, criando o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, 24.274, da mesma data, criando a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns de Café, e 24.275, ainda da mesma data, instituindo a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores, sendo o dec. nº 24.274, alterado pela Lei nº 380, de 16 de janeiro de 1937, que lhe tirou a restritiva "de Café", e pelo Dec.-lei nº 651, de 26 de agosto de 1938, que elevou a Caixa a Instituto dos Empregados em Transportes e Cargas, e o de nº 24.275, alterado, também, pelo dec. nº 337, de 12 de setembro de 1935, que alçou a Caixa a Instituto de Aposentadoria e Pensões da Estiva, reorganizada, depois, pelo dec.-lei nº 1.355, de 19 de julho de 1939.

"Disposições idênticas, ou muito semelhantes, são ainda as do dec. nº 24.615, de 09 de julho de 1934, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários, e as da lei que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, de nº 367, de 31 de dezembro de 1936.

"Assim, pois, de um modo geral, as leis de seguro social não admitiram direito à companheira, para receber o montante de pensão, senão como "determinada pessoa", vivendo sob a dependência econômica exclusiva do segurado, em caso de falta de beneficiários ligados pelo vínculo familiar e mediante inscrição feita pelo próprio segurado, satisfazendo as formalidades estabelecidas pela lei orgânica do Instituto segurador.

"E o que conclui VASCO DE ANDRADE, nos seguintes termos: "A amênia ou companheira pode estar ligada ao segurado pelo elo da dependência econômica, mas lhe faltará sempre, em face da lei, como estranha ao círculo familiar, a condição do parentesco, a não ser em casos raros e anômalos de relações incestuosas. Assim, pois, estranha que é a concubina da família, legalmente considerada em nosso sistema de previdência, só pode a concubina gozar os direitos de beneficiária quando regularmente inscrita, e quando a sua inscrição for permitida, em forma regulamentar" (ob. cit. pág. 21).

"A situação da companheira na legislação de acidentes do trabalho

"Ao passo que os decretos que criavam ou reorganizavam, em 1934, as Caixas e Institutos iam permitindo, com mais ou menos amplitude e mediante formalidades mais ou menos rigorosas, designar o segurado, como beneficiária, em falta de pessoa a ele ligada pelo vínculo familiar, a determinada pessoa, que vivesse sob sua exclusiva dependência econômica, a Lei de Acidentes do Trabalho, o dec. nº 24.637, de 10 de julho de 1934, declarava, no seu art. 2º, § 4º: "Para os efeitos desta lei, equiparam-se aos legítimos os filhos naturais e a esposa a companheira mantida pela vítima, que hajam sido declarados na Carteira Profissional".

"Não há dúvida que, como observa VASCO DE ANDRADE, sendo a equiparação apenas para efeito de seguro e dependendo, para a sua efetivação, da inscrição do beneficiário, nada mais teria feito a lei do que seguir um princípio comum do seguro, do pagamento em benefício da pessoa designada pelo segurado (ob. cit., págs. 23 a 26).

"O fato, porém, é que a lei reconheceu, expressamente, a companheira, nesta qualidade, como titular de direitos, e, em matéria de tamanha gravidade, não se pode admitir que o tenha feito inutilmente, para expressar, apenas, um princípio corrente da legislação de seguros.

"E como a Lei de Introdução ao Código Civil (dec.-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) determina que, nos casos em que os omissos, se decida "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (art. 3º), e "que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (art. 4º), a jurisprudência, evidentemente imbuída das novas tendências sociais e na sua orientação de não consentir uma nova disposição legal como inócua, deu, ao texto em apreço, a significação do reconhecimento de um direito à companheira, nesta qualidade, cuja existência se subordinou, consequentemente, apenas, à prova da dependência econômica exclusiva da beneficiária em relação ao segurado, e não, como pretende o autor citado, a de uma beneficiária do seguro, indicada como poderia sê-lo qual quer outra pessoa.

"A situação da companheira em face da jurisprudência

"Baseada no reconhecimento da qualidade jurídica da companheira, a jurisprudência, não somente a dos tribunais do trabalho, como a dos tribunais comuns, de direito, inclusive do Supremo Tribunal Federal, entendeu, e logicamente, que a inscrição da beneficiária, não sendo a origem do direito, mas apenas uma formalidade, pode ser feita *post mortem*, entendendo-se, ainda, o princípio por analogia aos casos de aposentadoria e pensões.

"É o que se verifica do acórdão do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 5.226, relatado pelo Ministro CASTRO NUNES e do longo e substancial voto do ministro FILADELFO AZEVEDO (publicado in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 2, nº 8, agosto de 1944, págs. 302 a 311).

"Sobre a farta jurisprudência dos tribunais do trabalho, veja-se o bem fundado parecer do procurador J. DE SEGADAS VIANA, hoje deputado federal, publicado na Revista do Trabalho, ano X, nº 239, de maio de 1942, págs. 11 a 14.

"A situação da companheira perante a doutrina

"Como bem observa GEORGES RIPERT (Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne): "Todo jurista é o sucessor de um pontífice. Sendo o guardião do direito, julga-se obrigado a ser o defensor das leis" (pág. 5).

"Para o jurista, a lei é coisa sagrada: daí se explica a sua reação, muito comum contra as medidas inovadoras: o sistema e a técnica da interpretação e da aplicação constituem o seu campo natural de ação; tudo que solapa as bases das belas construções que os profissionais de direito levantam, para dar vida a harmonia às disposições legais, — tantas vezes mal redigidas e incoerentes, — sofre pois naturalmente, por parte deles, uma resistência à aceitação, porque essa aceitação importa a destruição daquilo que já lhes integrou a mentalidade.

"Afastados da política, refugiam-se no estudo da técnica, onde se lhes tem deixado toda a liberdade e onde têm recebido todo o estímulo, porque tais estudos são inofensivos, o que não nos permite desconhecer, nesses estudos sobre as construções jurídicas e no trabalho construtivo da jurisprudência, seu alto valor, a finura da sua análise, o progresso que trazem na aplicação do direito. O que é certo, porém, é que, inquietando-se exclusivamente com a técnica, o jurista renuncia a criar o direito (RIPERT, ob. cit., págs. 8 e 9).

"É o que explica a reação de eminentes juristas, como a de VASCO DE ANDRADE, ao reconhecimento da situação

"jurídica da companheira, reação que se baseia principalmente no receio do estímulo às uniões ilegítimas em detrimento da proteção especial que devem merecer as uniões legítimas.

"Não vemos, porém, fundamento para esse receio, se não um estímulo para que as autoridades civis o religiosem e facilitem e promovam cada dia mais a celebração dos casamentos para o início de novas uniões ou para legitimação das situações de fato.

"O que se não pode, porém, é fechar os olhos às situações de fato.

"A pobreza cria direitos", na frase lapidária de RIPERT (ob. cit., pág. 155) e, como nos informa a Enciclopédia of Social Sciences, em artigo de ROBERT BRIFFAULT, autor de notável obra, em três volumes, sobre As mães (The Mothers, Londres, 1927), "as costumeiras despesas das celebrações de casamento são, às vezes, tão grandes que são dispensadas ou indefinidamente adiadas pelos pobres, como sucede comumente entre os pobres do México atual, que criam as suas famílias em concubinação" (verb. "Concubinage").

"SEGADAS VIANA, estudando dados estatísticos do Distrito Federal e preconizando, no seu referido parecer, uma campanha de ação direta para a legitimação das uniões, escreveu: "O alto custo dos documentos necessários à habilitação (do casamento), a vida atual cheia de percalços e insegurança, a indissolubilidade do vínculo conjugal, todos esses fatores, aliados a uma grande incompreensão da vantagem de tornar legítimas as uniões, diminuíram o número de casamentos civis, mas verificou-se o que VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA acentua, em seu Direito de Família, "o homem não pode obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se possível, fora da lei, se necessário".

"Se, no Distrito Federal, existem tais dificuldades, imagine-se o que seja no remoto interior dos sertões, onde são precisos, muitas vezes, longos dias de caminhada, para se chegar a um centro, em que se possa processar a habilitação, e onde, muito frequentemente, os interessados nem o próprio registro civil têm, ou, quando o têm, é, frequentemente, nas distantes paragens de onde emigra e para onde, a fim de obter a respectiva certidão, precisariam escrever — o que não sabem — e mandar o dinheiro, ainda que só para o porte, por uma agência de correio, que não se situa senão muito longe.

"A contrário sensu, para nos convenceremos de que não será o reconhecimento de situações de fato, no objetivo de atender à companheira que vivia na exclusiva dependência do homem que a abandonou ou do segurado, e que se não deve lançar à miséria, causa para fomentar as uniões ilegítimas, vejamos o que ocorre na França: "Coisa surpreendente é que o casamento laicificado, desde a decisão da Assembleia Constituinte continuou, de fato, para a maioria dos franceses, um ato religioso". "Na sua grande maioria, os franceses, por convicção ou por hábito, fazem ainda o seu casamento de tal modo que se diz, daqueles que disto se dispensam, que estão casados civilmente, como se todos não o estivessem (pois que o casamento civil precisa de obrigatoriamente o religioso)! Os tribunais têm até, às vezes, considerado que a recusa de um dos esposos em consentir no casamento religioso, não obstante a promessa feita, constitui injúria grave em relação ao outro" (RIPERT, ob. cit., pág. 73).

"Respeitando as nossas tradições e, dentre estas, como as que mais merecem, as da formação da família, como nos de observar a evolução que as condições sociais vão

"impondo ao direito de família, que é, sem dúvida, "um di-
"reito de obrigações imperfeitas e de sanções imperfeitas"
"(Encyclopaedia cit., verbete Family Law, pág. 84); nos
"seus primeiros estágios, esse direito se assinala pelas ne-
"gões e pelo ordenamento dos interesses das classes mais
"ricas (ibidem); o contínuo progresso do individualismo foi,
"porém, restringindo-lhe a ampla noção de família, como
"coletividade econômica ligada à terra e subordinada a um
"chefe em virtude do gradativo reconhecimento dos direitos
"da mulher e dos filhos e pela libertação dos dependentes,
"até os dias atuais, em que a independência econômica dos
"sexos e o interesse público na formação dos cidadãos dá
"enfoque a novas modalidades baseadas no interesse econômi-
"co do trabalho, ao invés de o ser, como antes, no da pro-
"priedade, e autoriza a intervenção estatal na educação e
"instrução da infância e da adolescência, criando-se, a
"par das condições geradas pela industrialização e pelo
"trabalho e pela educação em comum, nova mentalidade e no-
"vas noções, que se podem desconhecer, e que, paradoxalmen-
"te, se traduzem por um menor sentimentalismo pessoal e
"por maior solidariedade social.

"O lar foi economicamente transformado. A vida
"econômica está agora em termos de renda pecuniária. Para
"substancialmente ajudar essa renda, a mulher deve, geral-
"mente, trabalhar fora de casa" (Encyclopaedia cit., verb.,
"Companionate Marriage, de MALVIN M. KNIGHT).

"Daí o chamado companheirismo marital, vulgarizado
"em todos os países altamente industrializados e que "não
"é por si uma instituição, mas, simplesmente, uma forma
"truncada de instituição familiar" (ibidem), até porque a
"esterilidade voluntária da união é uma das suas caracte-
"rísticas, passando a ser considerada concubinato quando
"perde esse elemento diferencial.

"Socialmente, o concubinato "pode ser definido co-
"mo um casamento dissociado das suas funções jurídicas .
"Particularmente em relação à propriedade e à sucessão" (En-
"cyclopaedia cit., verbete Concubinage).

"O enfraquecimento da propriedade e da sucessão ,
"de um lado, diminuindo a eficiência do casamento quanto aos
"seus efeitos patrimoniais, e a predominância do trabalho
"individual e as condições da vida em comum, criadas sobre-
"tudo pela industrialização crescente, são as causas pre-
"ponderantes na determinação dessas formas de união dos
"sexos fora do casamento.

"Exatamente para preservar o casamento, é dever do
"Estado facilitá-lo, dar-lhe uma proteção especial, como
"determina a Constituição; isto, porém, importa, também ,
"não lhe dar um caráter de tal modo exclusivo de privilé-
"gios que conduza o legislador à impiedade, ao desconheci-
"mento dos fatos sociais, à recusa de adaptação das insti-
"tuições às novas modalidades decorrentes das atividades
"e condições da sociedade nas suas feições contemporâneas.

"Como pondera RIPPERT: "Para garantir o progresso ,
"é preciso reformar continuamente o direito tradicional.
"Uma aristocracia pode contentar-se em defender e conser-
"var; uma democracia deve, inevitavelmente, conquistar e
"aumentar. Daí vem a transformação incessante do direito
"pela pressão da ideia democrática" (ob. cit., pág. 5).

"Ora, reconhecer à companheira direito de pleitear
"alimentos, pensão, montepio e meio-soldo, não é dar ao
"concubinato efeitos do casamento; é como que, apenas, es-
"tabelecer, quanto aos alimentos, um direito de participa-
"ção e, quanto ao mais, um direito sucessório aos proven-
"tos do trabalho cotidiano e em função da natureza alimen-
"tar desse trabalho.

Conclusão

"Entende o autor do projeto que não é necessário

"definir-se o que seja companheira; que, no seu dizer ,
"não é a amante das aventuras fugazes, mas a mulher livre
"que se dedica inteiramente a um homem livre, como se fôra
"a sua esposa, e vive sob a sua dependência econômica".

"Ora, se este é o conceito, por que não traduzi-lo
"na lei?

"Necessário nos parece, no entanto, distinguir as
"duas hipóteses: a) a de alimentos, ou pensão alimentícia,
"que não é exigível senão em vida do devedor (art. 402 do
"Cód. Civil); b) a pensão, propriamente dita, proveniente
"do seguro social, que se torna devida pela morte do seg-
"urado.

"Em relação ao primeiro caso, parece-nos razoável,
"para fixar a qualidade da companheira, um prazo maior do
"que quanto ao segundo, em que a cessação do companheir-
"mo advém de causa estranha à vontade das partes, e cuja
"duração, desse estado, poderia presumir-se, não fôra a
"fatalidade do advento.

"Propomos, portanto, para evitar interpretações por
"demais dilatadas ou restritivas, que, ao art. 1º, se acres-
"centem os seguintes parágrafos:

"§ 1º Para os fins deste artigo, entende-se por
"companheira a mulher livre, que tenha vivido matrimonial-
"mente com o homem que, sem justa causa, a abandonou, ou
"com o falecido, inteiramente dedicada a ele e sob a sua
"dependência econômica, durante, pelo menos, os cinco anos
"imediatamente anteriores ao abandono, ou os dois que te-
"nham precedido a morte.

"§ 2º Tendo sido o desquitado cônjuge culpado e
"vivendo a esposa honestamente, não terá a companheira di-
"reito a pleitear alimentos, se não se lhe puderem ser
"concedidos sem prejuízo dos que sejam devidos à primeira.

"§ 3º Do mesmo modo, quanto à pensão, montepio ou
"meio-soldo, no caso de culpa do cônjuge desquitado, não
"terá direito a companheira, se não sem prejuízo do que
"seja necessário à subsistência da viúva.

"Somos, pois, de parecer que o projeto é constitu-
"cional e que, com estas restrições, deve ser aprovado".

A N E X O 4

Nº 4 - EMENDA Nº 353 - Integra da Justificação do Projeto nº 2.540,
de 1952, de autoria do então Deputado Nelson Carneiro.

"1º) E do Gênesis: "E disse o Senhor Deus: não é bom
"que o homem esteja só; fari-lhe-ei uma ajudadora, que esteja como di-
"ante dele". E, mais além: "Então disse Adão: A mulher que me deste
"por companheira, ela me deu da árvore, e comi". Expulsos o homem
"e a mulher, o Senhor "pôs querubins ao oriente do jardim do Éden,
"e uma espada inflamada que andava ao redor, para guardar o caminho
"da árvore da vida".

Companheiros nas horas felizes e sem malícia do Paraí-
"so, companheiros haveriam de ser por diante, entre as maldições do
"Senhor e as intempéries do mundo. E assim tem sido, pelos séculos
"afora. Os varões "deixaram o seu pai e a sua mãe e apegaram-se à
"sua mulher, formando ambos uma só carne". Enquanto o homem correu o
"pão com o suor de seu rosto, a mulher o seguiu entre os espinhos e
"os cardos promeditos, "com dor parindo os seus filhos", comparti-
"lhando da sorte e do destino de seu homem.

E, assim, até hoje.

O concubinato entre os romanos

29) Entre os romanos, ao lado das justae nuptiae, do casamento *juris gentium* ou *sine cunubio*, e do *contubernium*, havia o concubinato, união irregular, que, no Baixo Império, passou a produzir alguns efeitos jurídicos. A natureza jurídica do concubinato, ensina ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, suscita controvérsias, desde a fundação do Império até CONSTANTINO. Se uns sustentam (assim, CUVAS, PILETE, ACCARIAS, GIRAUD e BAUDRY) que o concubinato passou a ser uma união da natureza inferior ao casamento, regulamentada em lei, outros, os mais modernos (PAUL GIDE, BRINI, COSTA, CUQ, GIRARD, MAY, FERROZZI, PETIT, etc.), entendem "não haver tal união, nessa fase, deixando de ser simplesmente tolerada, ou talvez lícita, sem que, todavia, produzisse as consequências pretendidas. PAUL MEYER advoga a teoria intermediária, ou seja a inexistência de efeitos legais do concubinato, não obstante "ter sido admitido como uma espécie de compensação às proibições matrimoniais para uso daqueles entre os quais se vedava o casamento".

Conta MENDIZABAL que o concubinato era o comércio lícito de um homem e de uma mulher sem que entre eles houvesse matrimônio. Permitiam-no os costumes de Roma, e constituía um fato comum. Mas se os amantes eram casados, ou parentes em grau proibido, ou existia violência, então não se tratava de concubinato, mas de um adultério, de um incesto, ou de estupro. A *lex Julia de adultériis* (18 A.C.) reconheceu, de algum modo, a união duradoura chamada concubinato, e que, para se distinguir das uniões ilícitas, devia realizar-se entre pessoas públicas e não aparentadas em grau proibido. Também o homem só poderia ter uma concubina e apenas na falta de mulher legítima. Justiniano abriu novos horizontes às concubinas e aos filhos ilegítimos, aos quais assegurava a possibilidade de recolher (na falta de cônjuge e de ascendentes e descendentes) toda a herança do de cujus. E chegou a fixar os requisitos do concubinato na *Novela 18*, cap. V, *quod nulle sit retenta in domo in schemate concubinae*. Recorda Astolfo de Resende que, no desdobrar do *schemate concubinae*, de que falam os práticos e decidentes, Lucca de Penna interroga: *quid est teneri in schemate concubinae*? E ele próprio responde: "I: a concubina deve ser uma mulher tal, que com ela seja possível o casamento; II, deve ser retenta in domo in schemate concubinae, ou seja, imagine o hábito. Mas, para que se consubstancie esse terceiro requisito, ora necessário: a) que exista uma intenção e uma declaração (*protestatio*) de ter a mulher como concubina; b) que seja mulher ingênua (*livre*), e, além disso, de vida honesta, e que haja, da parte do homem, a declaração de querer mantê-la in schemate, isto é, in hábito concubinae; d) que seja tida e mantida em casa para o fim de ter filhos; e) que depois de levada para casa, goze, como esposa, de todas as honras, honores pleno *dignatur ut uxor*".

O concubinato e a Igreja

39) Casando-se sucessivamente quatro vezes e com grande escândalo do patriarca Nicolau, coube, todavia, a Leão VI considevar o concubinato contrário à religião e à decência natural. Divergem, porém, os autores quando discutem se o direito canônico tolerou, ou não, o concubinato. Se antes da *Novela de Leão VI*, Santo Ambrásio (340-397), São Jerônimo (331-420) e Santo Agostinho (354-430) se havia erguido contra o concubinato, a verdade parece estar com quem os apontam (Hotman, Thomasius-Pothier, Giraud) uma justificável tolerância, que encontraria seu termo no Concílio de Trento, no século XVI, impondo sanções, que iam até a excomunhão, contra clérigos e leigos, que praticassem o concubinato. Somente assim se tornava possível dar cumprimento a determinações semelhantes, do Conselho luterano de 1515. Lauterbach, Pörrze e Tulden contestam, todavia, essa alegada complacência. Tudo não obstante, difícil foi à Igreja encontrar recursos para combater, em todos os tempos, essa união livre, praticada inclusive, e às vezes com ampla notoriedade, pelos seus próprios sacerdotes.

Enquanto quatro legados do Papa e duzentos e cinquenta e um padres discutiam, em Trento, definições dogmáticas e reformas disciplinares (1545-1563), Manuel da Nóbrega escrevia, em 1559, a Tomás de Sousa: "O bispo (D. Pedro Fernandes), posto que era muito zelador da salvação dos Cristãos, fez pouco porque era só e trouxe consigo uns clérigos por companheiros que acabaram com seu mau exemplo e mal usaram e dispersaram os sacramentos da Igreja de dar com tudo em perdição. Bem alem brará a V. Ma. que antes que esta gente viesse me dizia: está esta terra uma religião, porque pecado público não se sabia que logo por o zelo da V. Ma. e diligência de meus irmãos não fosse tirado, e dos secretos retinhamos absolvição a alguns, até tirarem toda a ocasião e perigo de tornar a pecar. Mas como eles vieram, introduziram na terra estarem clérigos e dignidades amancebados, com suas escravas, que para esse efeito escolhiam as melhores e de mais preço, que achavam, com achague que haviam de ter quem os servisse, e logo começaram a fazer filhos, e fazer-se criação porque convinha muito ao Brasil haver cá esse traslado de dignidades e cônegos, como os há em outras igrejas da Cristandade, e não sem muito descuido dos prelados, a quem Nosso Senhor castigará a seu tempo. E estes lhe sei dizer que tem cá por o melhor proceder e mais quieto, porque quando eles não tinham escravas nem com que as comprar era pior, porque eram forçados de seus pecados a buscarem-nas com escândalo da terra e de seus vizinhos, e porque já disto no tempo de V. Ma. havia muito e muito notório, me dizia muitas vezes. Melhor nos fôra que não vieram cá. Começaram também de usar de suas ordens e dispensar os sacramentos e de atar as ataduras com que nós tínhamos as almas, e a dar jubileus de condenação e perdição às almas, dando o santo a cães e as pedras preciosas a porcos, que nunca souberam sair do lodo de seus pecados, pelo qual não somente os maus, mas algum bom, se o havia, tomou liberdade de ser tal qual sua mãe inclinava lhe pedia. E assim está agora a terra nestes termos que, se contarem todas as casas desta terra, todas acharão cheias de pecados mortais, cheias de adultérios, fornicações, incestos e abominações, em tanto que me deito a cuidar se tem Cristo algum lugar nesta terra, e escassamente se oferece um ou dois que guardem bem seu estado, ao menos sem peccado público".

Em 1867, anotava BORGES CARNEIRO: "Pelo direito canônico provavelmente se opina ser proibido o concubinato como qualquer outro comércio carnal fora do matrimônio, principalmente depois da disposição do *Trid. sess. 24*, op. 8, reform. can. 6, dist. 34, can. 5, caus. 32, qt. 1. Contudo quanto aos concubinários solteiros ainda é controverso, v. Berard, *dissert. 1*, de conjug. natur. qt. 4. *Moll. 1*, t. 5, § 48, not. *Stry. cit.*, t. 7, § 2. Van Espend, *XII*, t. 4, § 54, seg."

Recorda, por seu turno, PAULINO NETO que "Decretum Gratiani, redigido pelo frade conadulo de Bolonha, aproximadamente em 1140. Ainda contém a primitiva doutrina canônica, segundo a qual a *copula carnalis*, que une duas carnes numa só carne, segundo as Escrituras, realizada com o intuito de estabelecer uma união permanente, é que constitui a verdadeira essência do casamento. O consentimento mútuo era o suficiente para realizar o matrimônio, que existia, produzindo seus naturais e sociais efeitos, independentemente da bênção da Igreja ou forma. Só mais tarde o Concílio Tridentino, no século XVI, decretou, contra o voto de cinquenta e seis prelados, que os ritos eclesiológicos eram essenciais à validade do casamento".

Ainda, porém, que se aceite a opinião respeitável de monsenhor ARRUDA CAMARA, ao afirmar que, "desde o início, as

disposições católicas, aqui mais claras, ali mais obscuras, definiram a unidade do casamento, e, conseqüentemente, condenaram o concubinato", dignas de estudo e meditação são essas conclusões de DIDIMO DA VEIGA: "O que estabeleceu o direito canônico é institutivo da espécie e notável como proceito disciplinar. Antes de tudo, e, preliminarmente, convém rememorar que, se os Concílios de Nântes, Trosli e Friould combateram durante longos anos a prática confirmada pelos Concílios de Elvira e de Arles, de tolerar as uniões que se seguiam ao adultério da mulher e se o Concílio de Trento, na sessão 24, conferiu a severa proibição das segundas ligações non soluto vínculo, isto quia subsistit vinculum sacramentali, et quibus Deus coniungit, homo non separat, o fato é que todas essas resoluções não suprimiram o divórcio in partibus, autorizando, antes, expressamente, a separação, quod thorum et cohabitationem, adhuc vinculum perseverat. Qual o efeito dessa separação no estado definitivo da disciplina do direito canônico? Na fórmula consagrada, como se vê em CARPZOVIO (Prática, parte 2ª, Questão 63, nº 17), "matrimonium est individua vitae et conjunctio vel legatio duorum in una carne". A unidade da carne é visceral no casamento e como a mulher adúltera fit una caso cum adultero, et ergo non est amplius una caro cum marito, adeoque vinculum conjugalis unitatis est solutum. Aí a conclusão: Adulterium formam conjugii tollit, quoad solvit unitatem carnem".

Na legislação anterior

49) Para que se verificasse, de acordo com a antiga legislação italiana, a custódia do ventre, que ENRICO CIMBALI chama de "matrimônio aparente", era necessário concorrerem: a) a coabitação more uxorio do homem e da mulher; b) a vigilância zelosa e atenta por parte do homem; c) a conduta honesta e reprovada da parte da mulher".

No direito peninsular, a barragança e a morgueira eram formas naturais do casamento. No velho direito português havia o recabado e sua modalidade civil do marido conhecido. As Ordenações filipinas assim rezavam, no tit. XXVI de seu Livro Quinto: "E se algum homem pecasse com mulher, que não fosse casada de feito, nem de direito, a qual tivesse em poder doutro em fama de marido e mulher, e por tal havida, e tratada delle na meza, e no leito, e por taes eram havidos por toda a vizinhança e Villa, onde forem moradores, e elles ambos assim se nomeavam continuamente nos contractos, em quaesquer outros actos, este tal não deve morrer, que he a verdadeira pena de simples adultério, pois a mulher, com quem pegou, nunca foi casada de feito, nem de direito; mas haverá outra pena, que seja áquem de morte, segundo arbitrio do Julgador, por a mã tenção, que teve, de pecar com mulher casada, cuidando que o era, pois sabia que tal era tida, havida e tratada de marido, e de toda a outra gente geralmente". Foi com esse

rigor que CLOVIS BEVILÁQUA, depois de sintetizar o direito antigo no verso de LOYSET, boire, nanger, coucher ensemble, est mariage, ce me samble, defendia o art. 427 de seu projeto de Cód. Civil: "Não será o casamento legal e disciplinado, não será o casamento como deve exigí-lo a sociedade; mas de de que o concubinato realiza como que a manifestação aparente do casamento legítimo, vivendo dois entes como se fossem marido e mulher, more uxorio, a presunção é que os filhos procriados por essa mulher, durante a vida em comum, são igualmente do homem que a seu lado vive, pois que ela é honesta, apesar da irregularidade da união, e porque ele a reconhece como sua companheira, tal como se fosse sua esposa". Ou seja, no ensinamento do já citado

BORGES CARNEIRO, "o estado diuturno em que estes vivem juntos como casados, sem contudo o serem, e que se não confunde com o pellicato, o mefeticidade e o simples comércio carnal de homem com mulher". Fossem ou não trasladadas, por inadvertência, das Ordenações manuelinas, como entendiam SOLANO, ALMEIDA e SOUSA e TEIXEIRA DE FREITAS, o certo é que as filipinas dispunham que seriam "meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa do seu pai, ou em outra, em pública voz o fama de marido o mulher por tanto tempo, que, segundo direito, basto para presumir matrimônio entre eles, posto se não proveem as palavras do presente". Na lei de proteção dos filhos, em vigor em Portugal desde 1910, "o pai tem obrigação de prestar alimentos à mulher pobre de quem houve um filho ilegítimo, e para esse efeito pode ser por ela demandado a partir do momento em que lhe é lícito propor a ação referida no art. 38, seguindo-se os termos gerais do processo, sobre alimentos provisórios e definitivos, e aplicando-se aos provisórios o disposto no pará. único do art. 44" (artigo 47). Pelo invocado art. 38, a mulher, provando a sua gravidez, tem direito de propor ação de investigação de paternidade ilegítima ainda antes do nascimento do filho. Ainda recentemente, o Tribunal de São Paulo, em acórdão de lavra do hoje ministro MÁRIO GUIMARÃES, ao recordar com apoio em CÔQ, FRANÇOIS BRUN, WAHL, JEAN BEUCHER e outros, a evolução do conceito de concubinato, escreveu textualmente: "Ainda, pois que o nosso Código não tenha feito referência expressa à exceção plurium concubentium, ela é de acolher-se, quando invocada, porque afeta ao próprio conceito do concubinato. É excludente dele".

A concubina no Código Civil

59) Para o Cód. Civil, porém concubina é, em regra, a amante do homem casado. Assim, nos arts. 178, § 7º, nº VI; 248, nº IV; 1.177 e 1.719. Violentou-se o conceito antigo, o da "união ilegítima de um homem com uma mulher, como se casados fossem". Nas o art. 363, nº I, ao ensinar a ação de reconhecimento dos filhos naturais, "se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai", deixou implícito que se tratava, ali, de união livre de pessoas livres. Apesar da evolução do conceito, que RENA TO SEGADAS VIANA tão bem estudou, concubinato continuou sendo "a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo". Quando o Cód. Civil, no art. 363, fala em mulher concubina, se refere à mulher que esteve, no período da concepção, ligada a determinado homem, vivendo como casados. Para ESTEVÃO DE ALMEIDA, concubinato é "a união que se realiza com a vida em comum, com aparências de casados". CASTO MÁRIO DA SILVA PEHEIRA nota que, apesar de todo o liberalismo dos modernos civilistas, o concubinato, referido no texto legal, "tem sua feição característica liberalmente distinta das relações sexuais meramente acidentais, pois que se apresenta tal qual uma comunhão dos amantes, numa ligação contínua, prò longa e conhecida, guardada notória fidelidade da mulher, extremos inexistentes naquela outra hipótese". Também para JOSSEERAND, caracterizam o concubinato "a continuação, a frequência e a notoriedade das relações entre os concubinários". Além dos requisitos de publicidade e dependência econômica é condição, para que haja concubinato, a fidelidade, "a mais ciscarecida pelos especialistas, dado o caráter monádrico da mancebia", ensina FILADELFO AZEVEDO. Não basta por igual a CUNHA GONÇALVES a continuidade das relações; é indispensável que coexista "um certo gênero de vida ou uma certa "atitude da mulher que torne verossímil a sua fidelidade ao amante, na época legal da concepção do filho. Essa aparência de fidelidade é que traduz a convivência como marido e mulher". CASTRO NUNES não diverge: "a condição de fidelidade da mulher é que é essencial para a existência do concubinato capaz de gerar direitos de paternidade a serem disputados por seus filhos".

A verdade, porém, é que o concubinato deixou de ser o rigoroso semi matrimônio do passado, e, se se não confunde com meras relações sexuais (art. 363, nº II, do Cód. Civil), nem por isso, para sua caracterização, exige a convivência pública dos concubinários debaixo do mesmo teto. Assim decidia, em embargos, o Supremo Tribunal Federal na sessão de 23 de agosto de 1924. E, em 22 de janeiro de 1942, insistia: "O Cód. Civil, fazendo presumir a filiação do concubinato existente entre a mãe e o pretendido pai, ao tempo da concepção, não fornece nenhum critério rígido que leve a não admitir o concubinato mesmo sem a exteriorização more uxorio, permitindo ao juiz identificar como tal uma ligação prolongada e regular entre os amantes". Meses depois,

JOSÉ LINHARES fazia triunfar o mesmo ponto de vista: "O conceito do concubinato, a ser examinado nas questões de reconhecimento de filiação ilegítima, deve ser ampliado, máxime depois que a Carta Constitucional de 1937, no art. 126, recomendou a facilitação desse ato, o que impõe ao julgador o exame de todas as circunstâncias que possam ser invocadas para o terem por verificado". Era o que, antes, propugnava, face à lei francesa de 1912, RÁKOVICIANU: "A expressão concubinato compreende toda ligação irregular, ainda quando o amante vive fora do domicílio do amante, porque o concubinato não implica em domicílio comum". Embora não se prescindia como diz ARNOLDO HEDDIROS DA FONSECA, "da estabilidade das relações de certa notoriedade da união e da aparente fidelidade da mulher, para que o concubinato, no sentido legal, se considere existente, de modo a servir de elemento comprobatório da paternidade ilegítima", o indiscutível é que o Cód. Civil, generalizando expressão concubina, até alcançar às amantes dos homens casados, retirou à velha noção do concubinato romano algumas de suas características fundamentais. De tal sorte que IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA pode afirmar, e reafirmar, em vários julgados: "Para haver o concubinato, não é necessário que os concubinários residam sob o mesmo teto. Basta existam ligações frequentes, apesar de viver a mulher fora do domicílio particular de seu amante. Raramente, aliás, os amancebados encontram-se vivendo publicamente como marido e mulher. A regra é possuírem os amantes domicílios diferentes. A coabitação constante não é, pois, imprescindível para a existência do concubinato. É bastante a notoriedade".

A figura da companheira

6º) O Cód. Civil abria apenas a possibilidade do reconhecimento aos filhos naturais. Embora a concubina, como demonstrado, fosse ali também referida como a amante do homem casado, o concubinato, de que poderia decorrer a presunção da filiação natural, se traduzia como a união livre de pessoas livres. As recentes leis de reconhecimento dos filhos adulterinos estenderam, porém, essa noção, de modo a incluir a mancebia, ainda que sob tetos diversos, de pessoas com impedimento para o matrimônio. Um homem casado pode viver em concubinato com uma mulher largada do marido, mas legalmente casada. A concubina, nesse caso, não é a mulher livre, que substitui, no lar do homem livre, a esposa, que já mais existiu, ou que já não existe. Mas enquanto a doutrina, a legislação e a jurisprudência iam derruindo os rigores antigos, uma outra figura se foi insinuando, para ocupar, nas relações humanas, o lugar vazio da concubina. É a companheira. BENTO DE FARIA, comentando o dec.-lei nº 7.036, de 1944, assim a situava:

"É portanto a amásia, com quem mantinha o acidentado relações de vida íntima, pouco importando que assim procedesse discretamente ou more uxorio. Nas não é a prostituta ou meretriz, isto é, a mulher que, embora freqüentada por ele, se entrega, profissionalmente, a todos, conhecidos ou não, que solícitem seus favores, mediante pagamento ou mesmo sem ele. A circunstância de procurá-la o trabalhador acidentado, embora com freqüência, sem o encargo do as-

sistência, não poderia transformá-la em companheira, pois, então, havia de ser de todos os demais que a solicitassem, em idênticas condições. Não poderia, porém, a lei sancionar o adultério, para assegurar semelhante posição à concubina mantida pelo acidentado, existindo a esposa legítima com quem também convivía e mantinha, ou de quem se achava separado, a ele cabendo a culpa da separação. Por conseguinte, convém repetir, somente quando há prova concludente da inexistência de casamento, ou de achar-se o acidentado desquitado ou separado de sua mulher, por culpa ou vontade desta, é que a companheira pode merecer a mencionada equiparação, para o fim do recebimento da indenização, com prevalência sobre a esposa legítima".

Justificando proposição semelhante, escrevíamos em 1947: "Não é necessário, por outro lado, definir o que o projeto entende por companheira, que não é a amante das aventuras fugazes, mas a mulher livre que se dedica inteiramente a um homem livre, como se fora sua esposa, e vive sob sua dependência econômica". A douta Comissão de Constituição e Justiça desta Casa acompanhou a EDUARDO DUVIVIER, quando preferiu deixar, em futuro texto, a definição legal: "Entende-se por companheira a mulher livre, que tendo vivido matrimonialmente com o homem que, sem justa causa, a abandonou, ou com o falecido, inteiramente dedicada a ele e sob sua dependência econômica, durante, pelos menos, os cinco anos imediatamente anteriores ao abandono, ou os dois que tenham precedido à morte".

Dispõe o art. 1.065 do Código Civil do México: La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, si quiere que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar". Também o Código Civil da Venezuela, em seu art. 767, determina: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, quando la mujer demuestra que han vivido permanentemente en tal estado, y han contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aun que los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos, y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso de adulterio". Refere GUILHERMO CABANELLAS tais dispositivos como exemplos de uma tendência para diminuir o número de abortos, com o deferir-se, em determinadas circunstâncias, validade jurídica às relações concubinárias. Em 1932, PAULINO NETO escrevia, corajosamente chamando a si a regulamentação do casamento, o direito deve estatuir, não apenas para os que, fracos e desamparados, esperam da lei a proteção, que a todos indistintamente ela tem por missão conceder. Por isso, e porque o casamento, antes de ser uma situação jurídica, já era, nas sociedades humanas, uma situação de fato, ou melhor, porque mais do que uma situação jurídica, ele é uma situação de fato, deve a lei, prescindindo de formalidades, reconhecer efeitos jurídicos a certos "estados de casados", para os efeitos da legitimação da prole e da situação jurídica da viúva em face do direito sucessório, do direito a pensões, montepios, aposentadorias, etc."

Para obviar o desamparo em que ficam as companheiras, por morte dos homens com quem conviveram e que ajudaram a prosperar, os nossos juízes - nesse passo mais compreensivo do que o legislador civil - têm ensinado às mulheres, a título de cobrança de serviços caseiros, humana participação da herança dos amásios.

Em acórdão de 6 de maio de 1949, o Tribunal de Justiça de São Paulo acompanhava o voto do emérito desembargador HEROTIDES DE SOUZA LIMA: "No mérito a Câmara está de acordo com a

sustentação na parte em que reconheceu direito à remuneração pedida pela autora, e mais de uma vez, em julgados ou em artigos de doutrina, o relator desta tem manifestado simpatia a essa solução humana e jurídica, pois a nossa legislação já reconhece certos direitos à concubina, principalmente quando, como no presente caso, não interfere com o casamento" (voto na apelação nº 36.365, de São Paulo, crônica escrita no Diário de São Paulo, de 5-9-948, votos na Revista dos Tribunais, vols. 165, pág. 695, e 173, pág. 781). Exemplos dessa nova orientação do nosso direito são as leis trabalhistas (Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 16, nº 6, combinado com os arts. 32 e 40, letra b; Lei de Acidentes do Trabalho, art. 11, letra c, combinado com o art. 21, nº III, letra b). Reconheceu, pois, o direito a lesão que advém para a companheira e manda ressarcí-la. Com muito mais razão deve ser dada reparação à mulher que não pede salários como anáxia, mas sim pelos serviços casuais e que não se limitou a servir de empregada doméstica, sendo também de trabalhadora braçal nos encargos rurais, conforme a prova de fls., e até mesmo das testemunhas do réu, algumas afirmando positivamente que a chácara foi adquirida pelo produto do trabalho comum. "Em tal caso a jurisprudência já reconheceu que existe até uma sociedade de fato (Revista dos Tribunais, vols. 153, pág. 168; 157, pág. 697, e 164, pág. 235). Um dos sócios não pode, alegando mancha, locupletar-se com o trabalho do outro, ludibriando-o e despedindo-o, após uma longa vida de esforços e sofrimentos comuns. E muito menos o poderão fazer os parentes e arrivistas que surgem, quase sempre depois da morte, para arrecadar a herança, gozando os bens e menosprezando os sacrifícios de que ficou na velhice e no desamparo".

Outra não é, para honra dos demais tribunais brasileiros, inclusive a orientação do Supremo Tribunal Federal. Em acórdão da lavra do insigne ministro OSOZIMBO NONATO, deu a 2ª Turma daquela alta Corte provimento ao recurso extraordinário nº 8.040, de Minas Gerais, para assegurar o pagamento de "salários devidos a serviços domésticos prestados ao companheiro por quem não era casada pela lei civil". Mas uma vez se afirmou, nesse julgado, que, em tais casos "o ajuste prévio de remuneração não é necessário". Ainda em 1950, ao apreciar outro apelo extraordinário, o de número 15.858, da Bahia, o Supremo Tribunal Federal, pela unanimidade de seus componentes em duas decisões sucessivas relatadas pelos eminentes ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e BARROS BARRETO, restaurou decisão de primeira instância, que mandara pagar indenização pelos serviços prestados nos cinco anos anteriores à morte do homem, com quem a autora vivera more uxoria, e até se ligara pelo rito católico. No julgamento da apelação cível número 4.574, a 6ª Câmara dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal acompanhou, ainda este ano, ao desembargador FREDERICO SUSSEKIND, no conceder indenização à concubina, por morte de seu amante, vítima de um desastre de bonde. Fê-lo com apoio na lei nº 2.681, de 1912, e que, no seu art. 22, determina que "no caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas, e indenizará, a arbitrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimentos, auxílio ou educação". Invocou o ilustre relator, em abono de seu ponto de vista, as lições da jurisprudência da própria Corte. E dos juristas AGUIAR DIAS e GONÇALVES DE OLIVEIRA. Digna de registro é ainda a decisão do Tribunal Federal, em março do ano passado, ao assegurar à companheira de José Ferreira Alves a pensão que, no I.A.P.T., pleiteava a esposa legítima. Foi relator desse julgado o ministro CUNHA VASCONCELOS.

A inquietação social, que transborda nos tribunais, reclamando soluções humanas para os problemas humanos, não pode continuar desconhecida do Poder Legislativo.

O pensamento de FILADELFO AZEVEDO

7º) Deixou consignado FILADELFO AZEVEDO, em voto realmente notável, o esforço da doutrina e da jurisprudência para ajustar a lei aos fatos. Os chamados problemas da união livre, doações, seguros tenças, as garantias em locações, a indenização pela quebra de compromissos íntimos a título de obrigação natural ou civil, e a responsabilidade de terceiros, que afetam o equilíbrio doméstico, são expostos pelo saudoso jurista, com as costumeiras independência, erudição e segurança no julgamento do recurso extraordinário número 5.226, de São Paulo. Informou, então, que tem prevalecido nos tribunais, apesar de muitas resistências, o reconhecimento da comunhão nos pecúlios entre concubinos, que fizeram longa vida em comum, "especialmente em havendo casamento religioso, sem valor legal, antes ou fora das condições previstas na Lei nº 379, de 1937. Para semelhante resultado é preciso acentuar que muito concorreu a jurisprudência firmada em torno de casais de estrangeiros, sujeitos ao regime da separação de bens, por suas leis de origem e que fizeram fortuna no País, idêntica-força tão poderosa que levou a uma consequência ainda mais ampla, estabelecida na Lei nº 3.200, de proteção à família, em favor de brasileiras casadas com estrangeiros".

Mais tarde, no discurso inaugural do Instituto Brasileiro de Direito Comparado e Estudos Legislativos, e no qual pugna por "uma revisão de longo fôlego, que não só expunja a Constituição de disposições inferiores à sua dignidade, como acentue uma orientação nítida dentro das controvérsias que agitam o mundo atual, FILADELFO AZEVEDO assinalava: "Passando ao domínio familiar, ao lado do horror ao divórcio ostensivamente fraudado, depara-se nos larga floração de medidas de proteção a uma família de segunda classe, alcançando não apenas filhos de toda a categoria, como a própria concubina. Dos acidentes do trabalho passou-se à legislação geral de assistência e, afinal, aos preceitos do montepio, que atingem até as classes mais elevadas civis e militares. As companheiras obtêm paga de serviços e pleiteiam indenização civil pela perda de seus homens".

A grande voz em favor dos desajustados sociais, que a morte calou na Corte de Maiz, continua clamando aos ouvidos dos que os têm para ouvir.

A companheira na legislação do trabalho

8º) Embora o Dec. nº 20.465, de 01 de outubro de 1931, que reformou a legislação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, e o Dec. nº 22.016, de 20 de outubro de 1932, que regulamentou a execução dos socorros médicos e hospitalares das mesmas Caixas, houvessem incluído, entre os beneficiários do associado, "outro parente do sexo feminino", a figura da companheira se insinuou pela primeira vez em nossas leis de assistência social na Dec. nº 22.872, de 29 de junho de 1933, que, criando o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, permitiu que, na falta de herdeiros, o trabalhador incluísse, como sua beneficiária, "determinada pessoa" que vivesse sob sua dependência econômica exclusiva. Nessa hipótese, a pensão, de si mesquinha, era reduzida à metade. Mas essa restrição já não figurou nos decretos posteriores, que criaram o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (nº 24.273, de 1934), a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns de Café (nº 24.274, de 1934), a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores (nº 24.275, de 1934), etc. Diverso não foi o pensamento do legislador ao criar o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (Dec. número 24.615, de 1934) e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (Lei nº 367, de 1936). Mas coube ao Dec. nº 24.637, de 10 de julho de 1934, usar, pela primeira vez, a expressão companheira, ao consignar em seu art. 20, § 4º: "Para os efeitos desta lei, equiparam-se aos legítimos os filhos naturais e a esposa a companheira mantida pela vítima, que hajam sido declarados na carteira profissional".

A clareza do texto legal se juntou, de logo, a lição da jurisprudência. E assim decidia o Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do emérito ministro LAUDO DE CÂMARA: "A lei de Acidentes no Trabalho equipara, para o efeito da percepção da indenização, os filhos naturais aos legítimos e a concubina à esposa, nos casos em que fôsse mantida pela vítima".

Como bem anotou EDUARDO DUVIVIER, em parecer na Comissão de Constituição e Justiça, e que ilustra esta justificação, ficou sem eco o sentido restritivo que ao texto legal procurou dar VASCO DE ANDRADE. Também os juizes, sempre mais próximos dos dramas humanos do que os legisladores, assentaram que a parte final do dispositivo do decreto de 1934 não continha "uma restrição aos direitos dos filhos ilegítimos e da companheira mantida pela vítima, mas estabelecia uma presunção em favor deles. Declarados na carteira profissional como filhos ilegítimos, uns, e outros, como concubina do portador daquela, dispensa-se qualquer outra prova de fato. Mas se a carteira profissional existente nada indica a respeito ou se o acidentado não chega a possuir aquele documento, não obsta a que, por outros meios de direito, os filhos ilegítimos e a concubina provejam em juízo o seu estado e recebam a indenização". Ao assim proclamar acompanhando o voto do desembargador ADMAR BARRETO, o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul se estevia em decisões anteriores proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal de Apelação de São Paulo e em acórdão unânime da própria Corte sul-riograndense.

O Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, que reformou a Lei de Acidentes no Trabalho, assegurou os direitos da companheira à indenização por morte do trabalhador, facilitando a prova do estado de mancebia: "Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade (art. 21, parágrafo único).

Na legislatura passada, esta Casa aprovou, na sessão de 28 de abril de 1948, em primeira discussão, o substitutivo da Comissão de Legislação Social, regulando as condições de fixação do salário mínimo: "Para os fins desta lei, equipara-se à esposa a companheira do trabalhador solteiro, desquitado ou viúvo, e aos filhos legítimos os ilegítimos". A nossa sugestão, acolhida por aquele órgão técnico, encontrava ampla receptividade no plenário.

Mais tarde, o general EURICO DUTRA, em mensagem de 14 de fevereiro de 1950, encaminhou ao Congresso Nacional anteprojeto de lei relativo ao mesmo assunto, e alicerçando em trabalho, que disse "de grande convergência e de marcada importância, por isso que compreende em seu âmbito de ação todo o território nacional, foi realizado pelo Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho, com a cooperação íntima do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, e se dividiu em etapas, que compreendem a coleta, a crítica e, por fim, a apuração". O art. 7º do referido anteprojeto, criando "o salário mínimo para o trabalhador e sua família", assim estatuiu: "Para os fins da presente lei equipara-se à esposa a companheira do trabalhador solteiro, desquitado ou viúvo e aos filhos legítimos os ilegítimos".

Ninguém tinha receios, ninguém teve receios até então, no abalo da instituição da família. A expressão companheira, figurando em textos legais, vigentes ou propostos ao exame do Legislativo, não punha em perigo as uniões legítimas, não destruíam a paz dos lares felizes, não arrastavam à imprensa, ao púlpito e aos corredores da Câmara sacerdotes e prelados. Todo esse temporal desabaria, em princípios de 1950, com a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça, do brilhante parecer EDUARDO DUVIVIER ao tão rumoroso Projeto nº 122, de 1947.

O projeto nº 122, de 1947

99) Proclamada a República, separados a Igreja e o Estado, logo o Dec. nº 521, de 26 de junho de 1890, revogando o parágrafo único do art. 108 do Dec. nº 181, de 24 de janeiro do mesmo ano, determinou que o casamento civil precederia sempre às cerimônias religiosas, sob pena de seis meses de prisão e multa, para o celebrante no ato religioso. O projeto submetido pelo Governo Provisório ao Congresso Constituinte (Dec. nº 914, de 23 de outubro de 1890), reproduzindo, aliás, o texto do Dec. nº 510, de 22 de junho do mesmo ano, dispunha que "a República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto". Refere JOÃO BARBALHO as dúvidas surgidas quanto à aprovação do texto, que afinal vigoraria na Constituição de 1891: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita: Lograra ANFILOPIO DE CARVALHO fazer triunfante a sua emenda supressiva, cancelando do texto as palavras "precederá sempre às cerimônias religiosas".

A Constituição de 1934, acolhendo sugestão de ADOLFO MESQUITA DA COSTA e outros, permitiu - e o mesmo faria a de 18 de setembro de 1946 - o registro civil dos casamentos religiosos. Apesar, porém, de regulados tais dispositivos, a verdade é que talvez não cheguem a cem, em todo o País, os casais religiosos que deles se valerem. Os lares constituídos sob as benções da Igreja, sem cuidadosa investigação sobre o verdadeiro estado civil dos nubentes, continuando sendo, diante das leis civis, simples uniões livres, com abundante proliferação de proles ilegítimas. Por isso mesmo é que estranhávamos, em abril de 1950, não houvesse partido dos ilustres e virtuosos sacerdotes católicos, com assento nesta Casa, o ruidoso Projeto nº 122, de 1947, contra o qual tão ardorosamente se manifestaram, arrastando à Comissão de Constituição e Justiça S. Em: o cardeal Dom Jaime Câmara.

A Nação está recordada da celeuma que nos círculos religiosos provocou a aprovação, por aquele órgão técnico, do juízo parecer do ilustre deputado EDUARDO DUVIVIER, favorável à nossa proposição, e que, apenas para os fins de alimentos, pensão, montepio e meio-soldo, equiparava a companheira à esposa. Publica do no Diário do Congresso Nacional de 15 de dezembro de 1949, e somente em 27 de janeiro de 1950 a Comissão examinou o substitutivo apresentado pelo relator. "Sobre o assunto", descreve a ata, "está aberto-se largo debate, no qual toma parte o autor do projeto, que explica os motivos que o levaram a apresentá-lo". Quatro emendas foram oferecidas, discutidas e votadas, serenamente o temporal ainda não desabara. Mas não tardou a cair. Violento e injusto. Nenhum projeto tivera um sentido mais humano, uma preocupação mais cristã, dividindo a opinião pública, a imprensa, o Congresso. Os arcebispos telegrafavam aos deputados, naquele ano de eleições, pedindo que jeitassem o então famoso Projeto nº 122, enquanto monsenhor ARRUDA CÂMARA chefiava, nesta Casa, a oposição ardorosa e inflamada.

Em vários discursos, três dos quais se encontram publicados em nosso órgão oficial, edição de 29 de abril de 1950, acreditamos haver refutado todas as críticas e esclarecido os altos motivos que determinaram nossa iniciativa. "Não é função do Congresso", escreveríamos mais tarde, "legislar para o mundo ignoto de depois da morte".

As leis que votar, sem a devida objetividade, virão apenas aumentar o número das que se não cumprem. Legislação para a terra, para milhões de homens de todas as condições sociais, de todos os graus de instrução e de fortuna, filiados a todas as religiões e até sem sujeição a qualquer delas, o legislador não pode despregar os olhos do mundo em que vive e cujas relações pretende regular". E, adiante: "Espôses religiosas, por mais honradas e puritantes, que são elas, afinal de contas, diante da lei, à hora da morte ou do abandono de seus maridos? Em que se distinguem delas, em face da lei, das companheiras que o malsinado projeto visa amparar? Ninguém dirá que o manto da imoralidade se estenda por

tantos lares religiosos, constituídos à sombra de Deus e de sua Igreja. Pois também a esposa, e principalmente a essas, que já têm a seu favor um flagrante estado de casados, o discutido projeto beneficia. Por tudo isso, injustificável é a campanha da Igreja contra o projeto, que vem socorrer, na hora do infortúnio, as esposas por elas sementeadas em todo o interior brasileiro. Não-lhes o sacramento do pão do espírito e lhes asseguram o reino dos céus. Quero deferir-lhes tão-somente uma cêdea de pão e um pouco de tranqüilidade neste mundo atribulado e infeliz. Nossos propósitos se harmonizam, não há razão para se chocarem".

A Comissão de Constituição e Justiça, acolhendo a gestão de seu presidente, o saudoso governador AGAMEMNON MAGALHÃES, resolveu porém, sustar a assinatura do vencido, até que fossem processados entendimentos com as autoridades religiosas. Era uma curiosa inovação nas práticas parlamentares. Foi então que oferecemos ao texto original emenda substitutiva, que afirmamos representava "apenas um desdobramento da proposição primitiva, dando de logo solução a hipótese que, antes, se confiava à jurisprudência, no desdobrar de sua crescente função criadora. Nos dois textos, é a mesma a nudez da verdade. Mas já agora surge revestida pelo decanta do manto diáfano da fantasia, que alguns estetas, dentro e fora do Parlamento, julgam indispensável ao exame das realidades sociais". Encerrou-se, todavia, a legislatura, sem que o projeto descesse ao exame do plenário. Enquanto isso, o Sr. prefeito do Distrito Federal já sancionara a Lei nº 444, de 12 de dezembro de 1949, que no seu art. 5º, alínea d, inclui, entre os beneficiários da pensão obrigatória do Montepio dos Empregados Municipais, e "na falta dos referidos nas alíneas a e c, a companheira do instituidor da pensão, desde que designada em vida pelo contribuinte, com este tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a cinco anos e tenha havido, até a data do falecimento deste, impedimento legal de qualquer das partes para se casarem". Nem uma voz de crítica se ouviu contra tal resolução legislativa. Nem o prefeito Mendes de Moraes deixou de pertencer à Legião da Decência...

Mães solteiras

109) O recenseamento de 1940 demonstrou que 15,1% das mães brasileiras nunca se casaram. Ou sejam, 673.102 mães solteiras, com 2.712.918 filhos tidos nascidos vivos. Na Bahia, onde essa cota é de 25,7% o total subiu a 145.141. "Cumpra notar", diz o I.B.G.E., "que este número é de certo inferior à verdade, por que parte das solteiras que tiveram filhos não os declararam ou, declarando-os, puderam qualificar-se "casadas", "separadas", "desquitadas" ou "viúvas", não sendo exigida nenhuma documentação do estado conjugal declarado na ocasião". Prossegue o aludido estudo: "Evidentemente, essas solteiras, com uma média de seis filhos tidos, devem ser, na grande maioria, mães de famílias numerosas, surgidas de uniões estáveis, embora não sancionadas pelo vínculo legal, nem, provavelmente, consagradas pelo religioso". E conclui: A característica da menor sobrevivência dos filhos de mulheres solteiras é comum às duas populações (a da Bahia e a do Brasil), assim como são comuns "as suas causas". Focalizamos ainda, vários aspectos desta importante questão no longo relatório que, em 20 de setembro de 1949, submetemos à douta consideração da Comissão Especial de Proteção à Natalidade, que nos tocou a honra de presidir.

Restaria-nos, apenas, juntar que a legislação em vigor não exclui de entre os beneficiários do servidor público ou do associado das instituições da previdência a mãe solteira, a que faz expressa referência a legislação do montepio militar, em bora - como ressalta o ministro Ruben Rosa - seja "da essência do montepio, civil ou militar, a honestidade por parte da pessoa que se habilita à sua percepção". É notável acórdão do Conselho de Justiça do Distrito Federal, da lavra de Pontes de Miranda, e subscrito por Vicente Piragibe, André Faria Pereira e Goulart de Oliveira, assentara, desde 1939: "A tutela, pelo fato de não ser ca-

sada, não está inibida de exercer tutela. As mulheres casadas, que não têm bons costumes e podem pôr em perigo a educação dos menores, devem ser afastadas das tutorias; as que não são casadas mas vivem decentemente, ainda que em concubinato, podem exercer tutela. A vida sexual estável, sem escândalo, com estabelecimento de lar, é a semelhança do casamento, razão porque, em diferentes épocas, a Igreja, embora condenando-a procurou cercá-la de penas, garantias e vantagens, na política social, perapicaz, realista, que a caracteriza, em muitos pontos, contra a imoralidade maior e a prostituição".

No Estado bandeirante, onde a percentagem de solteiras que tiveram filhos nascidos vivos é apenas de 7,5%, a taxa é baixa do País, uma de suas mais populosas e desamparadas instituições, a Maternidade de São Paulo, acolheu 17.969 gestantes casadas e 4.277 solteiras. Entre 2.627 parturientes atendidas pelo Hospital Miguel Couto, nesta Capital, 54% eram solteiras. A extensão do problema, que o projeto visa minorar, não pode ser menos prezada. Reclama, ao contrário, solução justa e humana.

A companheira também alude, como beneficiária do fundo público, o Estatuto recentemente votado pelo Congresso. E isso se faz tanto mais imperioso quando continuamos a ser um País de imigração. Por todo esse Brasil, milhares de Bextolezas, imortalizadas no romance de Aluísio Azevedo, esperam que delas se apiede o legislador, e lhes assegure o direito de não morrer de fome, quando os imigrantes endinheirados as abandonarem, depois de longos anos de trabalhos, de sacrifícios e de vida em comum.

A lição da realidade

110) O uso, pela mulher casada, dos apelidos do marido é apenas uma tradição, que recolhemos do direito romano. Paisa há que a não seguem. Entre nós, as mulheres casadas apenas religiosamente, e em face da lei civil simples companheiras, são comhecidas o tratadas pelos apelidos dos homens que a elas se ligaram perante a sua religião. Assim também, as que não comparecem ao altar. A sociedade se tem antecipado ao legislador e reconhecido, num País sem divórcio, a inevitabilidade dessas segundas uniões, e acrescido ao nome da mulher, os apelidos do companheiro. Nem sempre se há de ver, nessas famílias constituídas à margem da lei, por culpa do estrabismo e da desumanidade da própria lei, um motivo de crítica e de reprovação. Ainda recentemente, o Dr. José Murtala Ribeiro, professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica desta Capital e presidente da assembleia geral da Associação dos Pais de Família, não encontrava, como juiz, razões de ordem moral, que o fizessem afastar do convívio materno uma criança de 12 anos, por haver sua genitora, desquitada, se unido a outro homem, com quem se teria recasado no estrangeiro. A mulher não contestou a alegação, antes afirmou que o fato, por si só, não afetava "a moral do filho, como tem reconhecido a jurisprudência, tanto mais quanto o próprio autor reconhece que a contestante "vive como se casada fosse"; que, essa união da contestante selada com ânimo definitivo, é tolerada pela sociedade moderna, e com ela nada sofreu a moral e bem-estar do filho, um menino já de 12 anos de idade".

Em sua brilhante sentença, escreve o íntegro magistrado, textualmente: "Não sou daqueles que aceitam com bons olhos a ligação de desquitados com pessoas do sexo diferente, solenizada com casamentos realizados no estrangeiro, porque vejo nessa aceitação um estímulo à transgressão do princípio que, para o bem da família, constitui preceito constitucional (art. 183 da Constituição), e está, com a graça de Deus, arraigado na consciência cristã de nosso povo, como prova o belo exemplo que nos deu a esmagadora maioria de seus ilustres representantes na Câmara dos Deputados, em recente votação de um projeto que visava a reforma do citado artigo da Constituição. Este meu ponto de

vista, mais de uma vez ressaltado em sentenças que tenho prolatado, entretanto, não me leva, como juiz, a condenar, sem maior exame de cada caso concreto, essas uniões, a ponto de considerá-las, e se, como incompatíveis com a formação moral dos filhos dos desquitados. O caso sub judice, pelo que se sente dos elementos probatórios colhidos no curso do processo, nos revela — que apesar da suplicada ter se ligado, de forma que tudo indica perdurável (doc. de fls. 35-38), a uma pessoa respeitável como homem e profissional, embora também desquitado — o ambiente doméstico em que o menor passou a viver não é prejudicial à sua formação. Ao contrário, a suplicada, cuja honorabilidade não sofreu qualquer contestação, pelos seus dotes morais, tão bem ressaltados nas significativas cartas de fls. 29 e 54-56, escritas por respeitáveis senhoras ligadas ao autor pelos laços de sangue, soube conservar, apenas de tudo, a estima dos seus parentes, dos parentes do autor, e da sociedade. O patrono do autor, ilustre advogado nos auditórios desta Capital, com a sinceridade e a elevação que o caracterizam, afirmou: "...que não quer autor, com essa pretensão, fazer qualquer acusação quanto à situação moral e do ambiente familiar atual da ré (debates fls. 44v.)". O próprio autor — que desde a época do desquite se mostrou sensível aos ditames de sua consciência, como ressaltamos acima, ao apreciar os termos em que está redigida a citada cláusula segunda do acordo de desquite — não faz qualquer acusação à conduta moral da suplicada ou ao ambiente doméstico em que hoje esta vive com o filho, preferido ao ser por mim perguntado, afirmar sua ignorância quanto a este segundo ponto".

Depois de discutir a prova dos autos, conclui o valioso líder católico:

"Não devo também deixar de consignar nesta sentença um fato por demais significativo, no sentido de abonar a conduta moral da suplicada, que bem percebi quando se realizavam a audiência de instrução e julgamento: na acanhada sala da 1ª Vara de Família estavam presentes pessoas da família da suplicada, inclusive seu pai, conceituado advogado, segundo esclarecimentos que me foram dados pelo ilustre patrono do autor, prestando-lhe o devido apoio moral, atitude que certamente não teriam se a mesma não o merecesse."

Como esse caso, vários outros existem, com ou sem a solenidade dos casamentos no estrangeiro, e que a sociedade — humana como o digno titular da 1ª Vara de Família — compreende e acolhe. O uso dos apelidos do homem não assegura à mulher qualquer direito, mas a poupa, e às suas relações sociais, de constrangimentos, realmente injustificáveis.

Comunhão de interesses

129) Com o desquite ou a viuvez, recolhe o marido apenas os bens que lhe cabem. O art. 3º do projeto não prejudicará, assim, em nenhuma hipótese, os respeitáveis e legítimos interesses da esposa. O dispositivo proposto recolhe a lição da jurisprudência, evitando que os tribunais, para atender aos justos apelos das companheiras, casadas ou não apenas religiosamente, se vejam obrigados a conceder-lhe indenização por serviços domésticos, numa generosa e elogiável tentativa de conciliar a frieza dos textos legais com a realidade palpitante da vida. Mas o projeto ainda fica aquém dos julgados. No começo do ano passado, a 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de São Paulo, a que se deve esse movimento de humanização do direito, ia além da presente proposição. Relator do acórdão unânime, assim o eminente desembargador J. M. GONZAGA expunha os fatos: "Viu-se dos autos que a autora-apelante, sendo viúva, vi-

vera maritalmente com F. G. durante vinte e um anos ininterruptos, ou seja, desde 1927 até 1948, data da morte deste, com o qual teve três filhos. A ré, R. A. G., esposa legítima de F., em seu depoimento pessoal, confessava que vivia separada de seu marido desde 1913, vale dizer, há mais de trinta anos, e que o terreno foi por ele comprado e a casa construída após a separação do casal. Bastaria isso para estabelecer a presunção de que a autora, na verdade, teria concorrido, senão com dinheiro que possuísse, pelo menos com o seu trabalho no lar, cooperação na oficina e economias para que fosse edificada a casa em que, por tão longo tempo, viveu more uxore com o companheiro e filhos comuns". Depois de examinar a prova, diz a aludida decisão: "Ora, em casos semelhantes, conforme nota a sentença, é de se reconhecer a existência de uma comunhão de interesses, conferindo-se à concubina o direito de colher da sociedade a sua parte no patrimônio conseguido com o esforço comum, sem participação da família legítima". Mais uma irrecusável demonstração da vigência de um novo instituto, e da separação de fato, "tolerada pelos cônjuges como se fora um verdadeiro desquite e tornando inseguras as relações jurídicas com os terceiros que com eles contratam, ignorando, o mais das vezes, aquele estado de separação", na frase do ilustre advogado desembargador BULHÕES DE CARVALHO, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Procuraram os chefes católicos, com a regulamentação dos parágrafos do art. 163 da Constituição, tornar mais fácil e menos dispendioso o registro, para efeitos civis, dos casamentos religiosos. Hoje, todos podem depor sobre a inutilidade de seu esforço. O projeto não legaliza tais uniões, que, constitucionalmente, só o registro civil poderia fazê-lo, mas impede que, por morte de seus maridos, tais mulheres, unidas pelo sacramento do matrimônio, se vejam preteridas, na partilha dos bens que ajudaram a adquirir, pelos parentes do marido, estranhos à sua luta e aos seus sacrifícios. Tudo leva a crer, portanto, que a esse dispositivo não falta não os aplausos dos sacerdotes católicos, testemunhas das dolorosas consequências, também na ordem patrimonial, dos matrimônios que celebram, independentemente da habilitação civil.

Entre dois caminhos

130) Foi em nome da tradição que a Câmara derrotou a emenda constitucional, que mandava suprimir as expressões "de vínculo indissolúvel" do texto do art. 163 da Constituição. Mais tarde, ainda que por escassa diferença, 116 contra 89 votos, esta Casa não acolheu a emenda substitutiva ao Projeto nº 786, que permitia a anulação de casamento por erro sobre as qualidades pessoais do outro cônjuge, após cinco anos de desquite. Mas o intrépido ALBERTO DEODATO, em parecer sobre a primeira proposição, não pôde esconder o mundo que se agita em seu derredor: "Não se nega que haja, no meio de tudo isso, no panorama familiar brasileiro, sérios dramas interiores. Dolorosos episódios conjugais, a que os filhos assistem de olhos queimados de chorar. De desesperos interiores de incompatibilidade irremovíveis. Felicidades que vivem uma noite de núpcias. Crianças atordoadas dentro do inferno do lar. Há tudo isso e há coisas mais graves; nessas caravanas prafieiras, que dá a salvação que o Atlântico despeja e se mistura com a areia limpa, há muita amoralidade, dissolução, misérias humanas desafiando as penas". Não via o ardoroso deputado mineiro, para esses males, qualquer remédio no uso do divórcio. Atenhamo-nos, pois, à tradição. Já que não desejamos, como quase todos os povos civilizados, legalizar a segunda família, que de qualquer sorte se constrói sobre os escombros da que ruíu, então fortaleçamos, como é da desgraçada tradição brasileira, mais e mais, a nova união, através de maiores direitos à companheira, cada ou não apenas religiosamente, já que aos filhos de qualquer condição se abrem, dia a dia, mais amplas e mais justas perspectivas. Tenho para mim que a primeira alternativa seria a mais comp-

tível com os interesses da família brasileira. Mas a Câmara, neste ano, proclamou o contrário. Reafirmou o seu propósito de seguir pelos atalhos que, mais cedo ou mais tarde, acabarão por situar o Brasil como o único país no mundo a prestigiar, sob a égide da indissolubilidade matrimonial, o casamento aparente dos que, desquitados, não podem legalmente casar. E até que os legisladores brasileiros, repelindo uma esfarrapada tradição, se decidam a instituir, em termos rigorosos e em casos excepcionais, o divórcio a vínculo em nossas leis, é dever do Congresso humanizar, sempre mais, as dolorosas consequências das vítimas que seu amor, ao passado tem semeado e mantido nos dias que se sucedem.

A família, em seu sentido geral

149) Na véspera da promulgação da atual Constituição, o nobre deputado monsenhor ARRUDA CÂMARA ocupou a tribuna da Assembleia Nacional Constituinte, para fazer duas retificações. A primeira dizia respeito ao art. 157, nº VI, do texto constitucional. Ouçamo-lo, através dos Anais:

"O Senhor ARRUDA CÂMARA - A segunda se refere ao art. 163. Nêle se diz: "A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado."

Desejaria fôsse dividido em dois incisos. O primeiro ficaria assim: "O casamento é de vínculo indissolúvel". O segundo compreenderia a parte final, nos seguintes termos: "a família terá direitos à proteção especial do Estado".

"Teríamos, assim, a vantagem de tornar mais claro o pensamento da Assembleia, porque toda família, no sentido geral, na acepção universal, terá direito a essa proteção do Estado."

"O Senhor ALOÍSIO DE CARVALHO - V. Ex.^a deseja que só tenha proteção especial do Estado a família constituída pelo casamento indissolúvel?"

"O Senhor ARRUDA CÂMARA - Absolutamente. Desejo que todas as famílias gozem dessa proteção. Votamos a indissolubilidade do casamento e, também, que a família, no sentido geral, tem direito à proteção do Estado. A separação dos dois incisos traria o benefício de tornar claro o pensamento do legislador."

"O Senhor ALOÍSIO DE CARVALHO - Aqui no texto, trata-se de família no sentido geral, porque a família é constituída pelo casamento e tem a proteção especial do Estado."

"O Senhor ARRUDA CÂMARA - Senhor presidente, eram essas, em suma, as retificações que solicito à Comissão."

O texto foi aprovado, tal como antes redigido. Como o Senhor ALOÍSIO DE CARVALHO não era membro da Comissão Constitucional, ao contrário de monsenhor ARRUDA CÂMARA, que o era, que integrava a Subcomissão da Família, era natural que o virtuoso sacerdote pernambucano estivesse mais a par do pensamento triunfante do que o ilustrado deputado baiano. Por isso mesmo, ao ser apertado, na sessão de 17 de abril deste ano, pelo digno colega, padre MEDEIROS NETO, sobre se poderia haver "família constituída sem vínculo indissolúvel", reproduzi a respeitável opinião de monsenhor ARRUDA CÂMARA. À breve explicação, dada no momento, ajuntou, em discurso de resposta, o aguerrido presidente do P. D. C. as seguintes considerações:

"A segunda das intrigas é a de que eu, Constituinte de 1946, procurara separar o inciso: "O casamento é de vínculo indissolúvel", daquele em que se diz: "a família terá direito à proteção especial do Estado". Teria eu, na interpretação do Senhor NELSON CARNEIRO, aceito a tese de que, de direito, se constituem famílias ilegítimas. O meu pensamento, porém, não foi esse. Procurei, sim, harmonizar o dispositivo com o art. 164, que tornou obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à adolescência e à infância: tornar o artigo harmônico com os dispositivos da nossa lei ordinária, em que se dá proteção e amparo aos filhos ilegítimos. Pareceu-me que um texto mais largo dava, de um lado, maior força ao dispositivo isolado, da indissolubilidade do vínculo, e, de outro lado, mais plasticidade, para não fechar a porta a essas leis de proteção aos filhos ilegítimos. Mas a Constituinte não aceitou a minha emenda; estabeleceu, por maioria esmagadora, que se conhece uma família: a organizada pelo casamento de vínculo indissolúvel".

Não me cumpre, nesta parte, senão expor. E esperar que, por si mesma, a Câmara conclua que, se o pensamento do legislador não ficou bem claro, como desejava na Constituinte o bravo monsenhor, é fora de dúvida que o texto legal não pode ser interpretado como impeditivo de uma legislação que mesmo depois dele se vem fazendo e aplicando, em favor de um tratamento mais justo e humano para os lares que se formaram sob as imposições do amor ou as bênçãos da Igreja."

Amor ao próximo

150) Eis em síntese as razões que justificam a minha apresentação, nesta legislatura, do Projeto nº 122, de 1947. A atual redação atende a algumas ponderações sensatas, fazendo ouvir dos de mercedor às críticas sem conteúdo. Nem por isso acreditamos haver feito obra perfeita. Da colaboração de todos os congressistas, resultará, porém, o melhor texto, àquela que venha em socorro das mulheres que, vivendo longos anos como casadas, não encontram ainda, na lei civil, o devido amparo. Erro maior seria ignorar o problema, fechar os olhos à vida de todos os dias. Para que os textos legais não resultem em flagrante injustiça, é mister conhecer a hipocrisia de uma época, em que se pune, nas solteiras, as uniões livres, e em que ninguém se espanta, nem se escandaliza, como o adultério das esposas legítimas. Repetamos com ANÍBAL FREIRE: "O direito que não reflete as tendências da época para a qual é instituído, não passa de um anacronismo e de uma violência". Assim agindo, não enfraqueceremos a família, nem violentaremos nossas convicções religiosas. Antes, com RIPERT, poderemos afirmar: "O nosso século é cristão por este amor do próximo, o preceito ensinado por Cristo".

A N E X O 5

5 - DISCURSO DO SENADOR ACCIOLY FILHO, ENCAMINHANDO A VOTAÇÃO DA EMENDA DA CONSTITUIÇÃO Nº 9, DE 1977, NA SESSÃO DE 15 DE JUNHO, NO CONGRESSO NACIONAL.

O SR. ACCIOLY FILHO (ARENA - PR. Pronuncia o seguinte discurso.) - Sr. Presidente, Srs. Deputados, há alguns anos tomei posição em favor da introdução do divórcio na lei brasileira. Fí-lo sem paixão ao verificar que vivemos, no tocante aos problemas da família, como em relação a outros, ao estilo avestruzeiro. Os problemas estão à nossa frente, espancam os nossos olhos e explodem em nossos ouvidos e não os temos em não os ver e não os ouvir.

Habituaados a anos e séculos de uma posição, que chegou a ser mais que preconceituosa, para ser odienta e irracional, não vimos que o tempo não parou e não ficou como simples assistente da nossa relutância em encarar os fatos e aceitá-los como eles são e não como de sejamos que fossem.

Nesse tema do divórcio essa nossa postura chegara a extremo, não só pelas forças que atuavam, e ainda atuam, no seu debate, como também porque temos a mente perturbada por velhos preconceitos e a visão das coisas alterada pelas abordagens inconscientemente facciosas.

No entanto, é admirável que pelo menos o debate desse tema tenha conseguido romper o nosso "conventionalismo", que o relegava para o rol dos assuntos proibidos ou destinados a especialistas. Saiu do restrito círculo das conferências dos advogados, das escolas de Direito e do próprio Parlamento, para ganhar as ruas, invadir os lares e despertar o interesse dos meios de comunicação social.

Todos, ou quase todos, hoje, no país já têm alguma informação sobre o divórcio. Poucos temas tem mobilizado a Nação como o da dissolução do casamento, cuja discussão se faz agora em todos os setores da vida nacional, levando cada brasileiro a ter sua opinião sobre ele.

Essa circunstância, a do interesse que o divórcio despertou, já indicaria a oportunidade da sua votação pelo Congresso. Isso contraria a crítica de alguns que entendem ter a Nação problemas mais angustiosos para o debate, e que o divórcio só serviria para distrair a atenção daquilo que deveria ser objeto da preocupação geral.

As questões relativas à família, no entanto, importam o mesmo que as institucionais, e se tivéssemos de nos debruçar exclusivamente sobre estas, até que as resolvéssemos nesta época de incóndivel futuro, a Nação veria sem solução todos os seus problemas. A crise que atinge a família brasileira também é um trecho da crise institucional, e está plantada neste universo de insatisfações e de frustrações em que vivemos nos dias que correm. Os problemas institucionais não obedecem a pautas, escalas, ordem do dia, prioridade, e têm de ser resolvidos quando se aguçam e explodem e não um dia antes ou um dia depois.

Sem por isso também estão sem razão aquelas que entendem que a redução do quórum exigido para aprovação de emendas à Constituição, de dois terços para maioria absoluta, está sendo aproveitada para votação do divórcio exatamente por aqueles congressistas que combatem as reformas de abril.

A emenda do divórcio, no entanto, não surgiu agora, mas vem sendo objeto de reiteradas proposições. Ainda na Sessão Legislativa de 1975, essa mesma emenda, com pequena alteração, foi apresentada e votada. Não tendo obtido o voto favorável da dois terços de congressistas embora conseguisse o da maioria absoluta, não pôde ser aprovada. Igual Emenda voltou a debate na Sessão Legislativa do ano passado, e só não foi votada por falta de número e decurso de prazo.

Com ou sem as reformas de abril, haveria, assim, a renovação da Emenda na Sessão Legislativa deste ano, e sua apresentação não dependeu da circunstancial redução do quórum de aprovação nem visa aproveitar-se dessa redução.

De qualquer modo, essas críticas fazem parte do ambiente nacional que acabou sendo criado em torno do divórcio. As opiniões são expostas sobre o tema, e, relevados os exageros de algumas posições ou de algumas ameaças, constituem sinal de que o país tende a sair de seu velho hábito — o de esperar que as coisas venham, que as coisas se façam que as coisas aconteçam. É saudável que a Nação participe, oriente seus representantes, interesse-se, discuta. Aquilo que se vai deliberar no Congresso Nacional tocará a toda a Nação — não é o interesse de uma classe, de um segmento da sociedade brasileira. Se o representante da Nação não sente atrás de si o volume de uma opinião pública formada, perde autoridade e acaba desalentado, e as coisas acabam realmente acontecendo, ou não acontecendo, à revelia da vontade de todos.

Mas, ao passo em que nós estamos aqui discutindo ainda a introdução do divórcio em nossa legislação, nos outros países, há alguns anos, o que se trata é de reformar as leis para tornar mais rápido e mais acessível o divórcio.

Já em 1975 Marc Ancel escrevia que "o problema do divórcio não é seguramente novo, mas raramente foi posto, como agora o é, com tanta acuidade perante o legislador e perante a opinião pública visto que é precisamente sobre o plano de reforma legislativa que ele é examinado atualmente, tanto nos países da Europa, inclusive a do Leste, como nas nações da América do Norte e da América do Sul". (Le divorce a L'étranger.)

Na Bélgica, todos os obstáculos que o legislador de 1804 criou para tornar difícil e raro o divórcio, foram aos poucos sendo removidos pela legislação posterior a 1956, sobretudo a de 1972 a 1975.

O SR. JOAQUIM BEVILACQUA — Permite-me V. Ex., um aparte?

O SR. ACCIOLY FILHO — V. Ex., me perdoe, mas, se eu concedesse aparte a V. Ex., teria de concedê-lo mais tarde aos demais colegas. Estou apressando a leitura do meu discurso para realizá-la dentro do prazo regimental. Não há, nisso, nenhuma desconsideração a V. Ex.

O SR. JOAQUIM BEVILACQUA — Muito obrigado.

O SR. ACCIOLY FILHO — Sr. Presidente, num espaço de pouco mais de três anos, o Parlamento belga votou cinco leis relativas ao divórcio (cf. Renchon, in Annales du Droit).

Nos Estados Unidos, segundo Friedman, o divórcio já está no seu terceiro período histórico, o da liberalização ou da democratização, em que ele perde o seu aspecto de instituto de sanção e os seus estigmas para ser a simples solução da inviabilidade da comunhão da vida de um casal.

O mesmo ocorreu na França, quando da votação, em 1975, da nova lei do divórcio. Exceveu-se, então, que "o projeto submetido ao Parlamento francês tentou conciliar a concepção do casamento indissolúvel — considerado como Sacramento ou Instituição — aquela do contrato revogável. Ele tentou encontrar o justo meio termo entre a "moral do dever" e a moral da felicidade". Os debates a que ele foi submetido fizeram, aparecer além das implicações políticas, concepções filosóficas ou religiosas muito freqüentemente temperadas de sentimento de humanidade. Elas foram sobretudo inspiradas pelo desejo de "dramatizar o divórcio" (cf. Jean-Claude Groulien, La Reforme du divorce).

Aqui, no entanto, estamos ainda na sofrida tentativa de introdução em nossa legislação de um divórcio contido, ao estilo do pequeno divórcio italiano.

Por que esta nossa posição, em face de uma instituição como a do casamento, que em suas grandes linhas tem traços comuns em todas as nações civilizadas?

Por que estamos quase sós, acompanhados de mais seis países, num mundo de centena e meia de nações?

Por que não temos o divórcio?

Já em ocasiões anteriores tenho me referido à conjugação de algumas circunstâncias históricas que em diversas fases da nossa vida como Nação, impediram a adoção do divórcio.

Disse, então, e devo repetir que, no século passado e na primeira década deste, o país recebia, nos campos filosófico e religioso, poderosa influência de duas correntes — a da Igreja Católica e do Positivismo Conteano, que eram, das mais atuantes forças reais do Poder do nascente Estado brasileiro. Embora conflitantes, e disputando a conquista a vasta área de opinião, uma da outra, ambas conciliavam, no entanto, nos combates ao divórcio. Nesse particular, era

convertente a ação da Igreja Católica e do Positivismo. Ao tempo do Império, a Igreja Católica era a oficial do Estado, e os dois Igreja e Estado — estavam ligados. Por longo tempo, a única forma de casamento no país foi o matrimônio católico, celebrado de acordo com o Concílio de Trento. Como é dogma católico a indissolubilidade do casamento, o divórcio ficaria, por isso, fora de questão.

Proclamada a República, é sabida a influência que o Positivismo Comteano exercia sobre as novas instituições, bem como a adesão que ele obtivera da juristas do final do século XIX e dos anos que se lhe seguiram. O Governo Provisório poderia ter decretado o divórcio, mas não o fez, como não o viriam fazer mais tarde, na elaboração do Código Civil, o jurista Clóvis Beviláqua e o Congresso Nacional. Clóvis ia ao extremo de aceitar a recomendação do Positivismo, declarando que seu Projeto de Código não desfavorecia as segundas núpcias, embora o ideal para ele fosse a Viuvez Perpétua. É que sobre toda a Governo Provisório da República, Clóvis Beviláqua e Congresso Nacional, eram enormes o prestígio e a força do Positivismo Comteano.

Será o Instituto do divórcio tão distante da realidade brasileira, tão conflitante com nossos costumes, tão ofensivo à nossa moral, tão desnecessário, tão perigoso à estabilidade da família, que sua adoção se torne um encargo difícil, penoso e sempre fadado ao insucesso?

Parece que nenhuma dessas características se ajusta ao divórcio.

Aquilo que se pretende, com a Emenda em curso no Congresso, é a adoção do divórcio na Lei, exatamente para ajustar a legislação à realidade brasileira. O divórcio torna possível aos cônjuges de savindos a realização de novas núpcias.

Porventura, pode-se negar que, sem lei que autorize, os esposos, que se separam, acabam, quase sempre, por unir-se com pessoas que, por sua vez, são casadas com outras?

E que esse fato é tolerado pela sociedade, aceito sem nenhuma manifestação de indignação, ninguém pode desmentir ou ocultar.

Há muitos anos a Nação verifica o crescente número de famílias constituídas por uniões de fato, ao arrepio da lei, porque as pessoas não são casadas entre si, mas uma delas, ou as duas têm laços matrimoniais com terceiro. A própria legislação brasileira veio sendo alterada aos poucos para atender a essa situação, e a figura do concubinato, que provocava as iras da condenação moral de nossos avós, era exercida e recebia o estigma da sociedade, foi-se introduzindo em nossos costumes e acabou aceita pela legislação, que a protege e até criou para os participantes dessas uniões, uma terminologia própria — o Companheiro e a Companheira, substituidores das expressões "marido e mulher". Mas, se a lei não os chama de marido e mulher, o fato social é mais forte que a lei e os faz viver como marido e mulher e os torna aceitos e recebidos pela sociedade como maridos e mulher.

A civilização fez imperativa no homem e na mulher a tendência à formação da família, tango-os a se buscarem e se encontrarem em uniões estáveis. Violenta esse fato inexorável a lei que, ao permitir que se separem, impede que se unam novamente, proibindo-os da constituição da nova família.

A transgressão ao fato social acaba no atropelamento da lei escrita e os costumes vão abrindo caminho a novas regras e novos institutos.

Aqui, a lei frontalmente contestada e repudiada pela sociedade, que não mais estabelece diferença entre a família constituída pelo casamento e aquela nascida de simples uniões.

A inexistência do divórcio na lei não se incorporou em nossos costumes, de modo a tornar este país uma ilha no mundo, um novo Eden, em que todos os costumes teriam sucesso, não se dissolveriam e os cônjuges, sem exceção, só teriam motivos para louvar e render graças à sua perfeita felicidade conjugal.

Se a indissolubilidade assim se tivesse encartado na vida nacional, então seria caso de repensar repetidas vezes sobre a conveniência da adoção do divórcio na legislação brasileira. Mesmo porque, onde buscar razões para esse instituto, se ele fosse repudiado pela consciência do país?

Integrante de nossos costumes, ao contrário disso, o divórcio só é desconhecido da lei escrita, que teima e não acolher, prisioneira que fica de norma religiosa.

Mas, de igual modo como outros problemas, o divórcio não deve ser decidido só à luz de conceitos ou dogmas da religião. Se tão só a religião deixáscamos a solução de muitas questões, que têm o desate pela ciência, correríamos o risco de ficar atrelados a princípios que o tempo acabou superando e a civilização tornou inteiramente obsoletos e, entre outras coisas, a lei teria de proibir a transfusão de sangue e o transplante de órgãos.

Quando as mulheres eram meramente escravas, ensina Stuart Mill, o conceder-lhe um vínculo permanente com seus senhores era um primeiro passo para sua evolução. Esse estágio está, porém, completamente ultrapassado.

A abolição do divórcio representou na Antiguidade um gesto de defesa da mulher, cuja dependência ao homem a acompanhava durante toda a vida — antes do casamento, ao pai e, depois, ao marido.

A posição da mulher no mundo contemporâneo — também no Brasil — voio sendo modificada para atingir a igualdade com homem. E, com ela, a estrutura da própria família sofreu enorme mudança.

A família, na antiguidade, segundo ensina Fustel de Coulanges, é mais uma associação religiosa do que uma associação natural:

"Aquilo que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física, pois é na religião do fogo sagrado e dos antepassados que se encontra esse poder."

A força desses valores religiosos dificultava a desagregação familiar, porque nenhum castigo mais terrível para o homem primitivo que aquele de ficar sem a proteção de seus deuses. Não se tratava só da felicidade dos vivos, mas era a tranquilidade dos mortos que estava em jogo na estabilidade da família.

"A religião não se manifestava nos templos, mas em casa; cada deus protegia apenas uma família e era deus apenas de uma só casa" (Fustel).

Não haveria laço de união mais resistente que esse para deter a dissolução da família.

A civilização foi, no entanto, aos poucos, retirando esse fundamento religioso da família, substituindo-o por sentimentos de afeição e necessidade de assistência mútua.

A revolução industrial do século passado ainda mais alterou a fisionomia da família, transferindo do marido e pai o centro econômico do lar para dividi-lo com a mulher e os filhos. Todos tinham de contribuir para o sustento do lar, mas não mais como na sociedade rural, em que se juntava num só monte a produção da família. Já desde parecera a solidariedade da época agrícola e pastoril, e mais longe ainda se encontrava a fase da família caçadora. Agora cada um procura va seu próprio sustento, buscava a própria sobrevivência e o que obtinha era para si próprio, sem permitir a comunhão do outoro. A mulher passou a ter expressão na força de trabalho, participando de todas as atividades antes só reservadas aos homens. De parceira passiva na sociedade conjugal, incumbida da tarefa e dos encargos domésticos, teve de disputar a obtenção dos meios de sobrevivência e ingressar no mundo da competição.

De outro lado, ao mesmo passo em que a mulher assumia as suas novas encargos na sociedade e na família, seu ideal de felicidade teve novos endereços. Antes, seu ideal residia na segurança, e só isto. Um lar, com um marido que a protegesse e por ela decidisse e pensasse, e filhos tantos quantos Deus mandasse, estudo que podia representar o destino sonhado pela mulher. Não importava se o marido a tratava como um objeto da casa, mais como um fãmulu do que como uma parceira na sociedade conjugal — ela era feliz. Não se informava e não se formava, não se interessava pelo mundo um passo fora da porta do seu lar — esse mundo não era seu, mas só de seu marido. O mundo que lhe pertencia era o do lar, e nele ela se realizava.

É claro que o mundo mudou, que a sociedade de consumo criou novas necessidades, exigiu novos sacrifícios, gerou novas ambições e, por isso, produziu frustrações e angústias até então desconhecidas.

No instante em que a mulher veio competir na pugna diária pela sobrevivência, passou a informar-se e formar-se e tomar consciência de problemas e de aspectos da vida antes ignorados, ela encontrou novos ideais e novas formas de realizar a sua felicidade. O seu ideal de felicidade já era mais com as pobres migalhas que lhe restavam no mundo antigo.

A segurança, ela própria é que tinha de obter ou, pelo menos, a ela também cumpria preocupar-se com sua obtenção. A estabilidade de do casamento não podia mais repousar inteiramente na sua passividade, na sua ignorância das coisas do mundo, na sua acomodação à sociedade regida pela lei dos homens. Era preciso mais do que um lar, um marido, filhos, para tornar a mulher feliz. Antes de sua iniciativa eram raros os pedidos de dissolução do casamento, ou insignificantes as oportunidades em que dava causa, com seu comportamento, a processos dessa natureza. Vivia num mundo em que muitos direitos lhe eram negados, e não se batia pelos que lhe eram proporcionados. Assim, de algumas vezes partia a revelação do fracasso do casamento, mesmo por que sua resignação aceitava todas as coisas.

A história do divórcio nos Estados Unidos da América mostra como a ascensão da mulher na sociedade moderna aumentou o número de casos de dissolução do casamento.

Num estudo sobre "Quem reclama por divórcio?", diz Friedman que a existência ou não do divórcio e o maior ou menor número de processos não significam que haja ou não casais felizes, ou estes sejam em maior ou menor quantidade. Conta muito a situação da mulher na sociedade, e há cem anos raramente ela pleiteava a concessão do divórcio. Era uma época em que as estatísticas de divórcio nos Estados Unidos não conseguiam superar a casa dos dez milhares por ano, dos quais quase todos da iniciativa do marido. Esse número veio a atingir 55.000 em 1900 e, daí em diante, os algarismos só subiram, para eles contribuindo, então, a iniciativa da mulher com mais da metade dos pedidos. A percentagem sobre a população foi aumentando de menos de um divórcio por mil habitantes em 1870, até mais de quatro divórcios por mil habitantes em 1970.

Nessa escalada de casamentos infelizes, todos os países são participantes, tanto os que têm o divórcio em sua legislação quanto os que o desconhecem. Nestes, como em nosso país, a crise deságua nas separações judiciais ou de fato e nas subsequentes uniões constituidoras de novas famílias sem o casamento.

A inexistência do divórcio na legislação aprimora, porventura, o casamento, impedindo que ele seja infeliz, e dá mais estabilidade à família?

O divórcio é o final da deterioração de um casamento, se que-se como último episódio de um longo caminho de fracasso de um matrimônio. Ainda que o divórcio não esteja previsto na legislação, o caminho será percorrido pelo casal desavindo em todo o seu penoso percurso e terminará por defrontar-se com uma decisão judicial, que fará cessar a comunhão de vida e de bens, mas manterá intacto o vínculo conjugal.

Mas de que vale conservar íntegro um vínculo, se tudo quanto o cerca ou dele depende ou a ele correspondia não mais existe, se sobreviveu com a ruína do casamento? Por que manter intangível o laço de união entre dois seres, que já estão desunidos e, às vezes, se odeiam e que nada têm em comum, nem ideais, nem afeição, nem bens, nem interesses, nem filhos, nem lar? A que título salvar a indissolubilidade, se esta passa a ser mera ficção e nada mais representa senão ruínas daquilo que foi um matrimônio? Da instituição da família não se pode mais falar, quando ela já se desfaz e nada mais a pode salvar ou resuscitar.

Esse é o drama de muitos esposos, que não encontraram a felicidade que buscavam no casamento, e a lei os mantém prisioneiros um do outro até à morte de um deles.

Mas, se a lei encarcera, a ânsia de afeição e a força do instinto os libertam, e eles vão procurar em outras uniões a felicidade de que não encontraram naquele vínculo sob o titulo de casamento.

A realidade social brasileira mostra que essas uniões têm aumentado consideravelmente, e a sociedade já as encara com a mesma naturalidade e respeito com que trata o casamento. Basta ver como cresceu o número de desquites — em São Paulo, os desquites entre 1967 e 1973 aumentaram em 80%, e, no Rio de Janeiro, em igual período, cresceram 59%. A esmagadora maioria desses desquitados veio, por certo, a fundar novas famílias.

E, porque se trate de uniões de fato, sem nenhuma regulamentação pela lei, a tendência é que elas acabem fixando suas próprias regras. Isso, certamente, não contribuirá para a estabilidade da família, pois para essas uniões não há, na lei, condições, limites e freios.

Se isso realmente estiver concorrendo para a instabilidade da família, ter-se-á de reconhecer que a instituição do divórcio, ao revés de servir de estímulo para tal instabilidade, vai suprimir abusos e, por isso, concorrer para a manutenção do vínculo conjugal.

Os inconvenientes que se apontam com relação ao divórcio, atribuindo-lhes consequências que vão desde o rebaixamento da moralidade à instabilidade do casamento, à frouxidão dos laços familiares, à má formação dos filhos, ao surto de delinquência juvenil, são, na verdade, corolários da vida moderna e encontram sua causa na competição, na necessidade de afirmação do homem, na sociedade de consumo. O divórcio, ao revés de ser causa desses males, é, como eles, resultante desses desequilíbrios de uma sociedade em mudança. O divórcio não é instituto atual, mas muito antigo e, no entanto, o recrudescimento da delinquência juvenil é apontado como fato contemporâneo, bem como os demais inconvenientes que a ele são imputados só em nossos dias é que assumiram proporções impressionantes. Por que, antes, o divórcio não gerava esses males todos? E por que no Brasil, que desconhece o divórcio em sua legislação, tais fatos também ocorrem com extrema virulência? Evidentemente, pelo fato de, entre eles, não haver relação de causa e efeito.

Sobre os males que o divórcio poderia ocasionar para a educação dos filhos, tem de ser esclarecido que também aí não é ele o causador desses prejuízos. A origem do infortúnio dos filhos é o próprio desencontro do casal, porque aquilo que interessa à educação deles não é só o lar, a família, Joan Rostand à esse respeito tem palavras admiráveis.

"Os pais são indispensáveis e insubstituíveis. Mas, evidentemente, os pais unidos."

É o que resultou da pesquisa do Dr. Demaire:

"Os distúrbios da evolução afetiva dos filhos mais frequentes são encontrados nos lares em que o ódio e o sofrimento mostram-se abertamente, mas onde, no entanto, os pais continuam a coabitar."

A estabilidade do casamento e, assim, da família, não está a depender da indissolubilidade do vínculo. Ela depende da própria estabilidade emocional e da educação dos cônjuges, que deve estar pre-

parados para o casamento. É claro que, nos termos de nossa legislação projetada, não serão possíveis os exageros verificados em alguns Estados da nação norte-americana, nem o exemplo de artistas prolifera nas classes afastadas da vida exótica que eles levam. O divórcio depende da lei que o regula e do padrão moral de vida que os cônjuges adotam. Se estas tendem para o amor livre, para a promiscuidade, para o extrínseco, não é o divórcio que os leva a isso, mas seu próprio temperamento e caráter.

A inexistência do divórcio só impede que o cônjuge com traia novas núpcias, embora não possa obstar que ele realize novas uniões análogas ao casamento. O rompimento do casamento e a dissolução da família constituída pelo matrimônio antecedem o divórcio, não dele a causa. Ou a indissolubilidade só existe porque o cônjuge não casa novamente, embora o matrimônio esteja desfeito, os filhos divididos, os bens separados, os cônjuges desavindos?

Então, essa indissolubilidade é só de ordem religiosa, isto é, corresponde a um preceito, a um dogma religioso, mas não a um princípio jurídico, nem se concilia com o mundo fático.

E já é hora de se completar a instituição do casamento civil, tentada no final do século passado e até hoje inacabada pela inexistência do divórcio.

Para adequar a instituição da família, regida pela lei, a realidade nacional, é que se tenta ainda uma vez a introdução do instituto do divórcio.

Mas, o divórcio, que se apregoa para o país, não é ilimitado, incondicionado, sujeito ao arbitrio dos cônjuges desavindos. Esse divórcio liberal, assim regulado por normas indulgentes, só acabará vindo se o legislador brasileiro for empurrando a instituição dele para os anos que se seguem, para as legislaturas vindouras. Então, a lei inscrita não terá forças para modificar costumes que se vão sedimentando e que terminarão por impor-se à própria lei.

Agora, enquanto é possível a escolha das melhores regras que se ajustem ao nosso temperamento e caráter, o legislador pode instituir um divórcio que colha a experiência estrangeira, resguarde o interesse dos filhos e refrene alguns impulsivos ou levianos que pretendem transformar o casamento em experiência.

A começar pela exigência de uma prévia separação judicial pelo prazo de três anos, o divórcio pretendido para o país evitará que a precipitação decida em prejuízo de uma madura reflexão. A norma é semelhante à do direito inglês, belga, ao projeto alemão, à lei italiana, à lei francesa e ao direito de alguns Estados norte-americanos. A lei também deverá estabelecer, além do divórcio consensual, o divórcio-sancção, em que será necessária uma conduta culpável de um dos cônjuges em relação a fatos descritos na própria lei. Poder-se-á permitir que o juiz, tais sejam o fundamento do divórcio e a conduta de um ou de ambos os cônjuges, os declare impedidos de novo casamento, desde que verifique sua inadaptação ao matrimônio.

Uma norma dessa natureza suprimiria a possibilidade de indivíduos sem vocação para a vida matrimonial voltarem a casar-se.

Nesse sentido, dever-se-á levar em conta a situação dos filhos do casal, os quais deverão ter plenamente asseguradas as mesmas condições de vida após o divórcio. Igual preocupação atenderá à situação da mulher, que, se não tiver meios próprios de subsistência, deverá ter direito a uma pensão que também lhe mantenha o mesmo padrão de vida.

Adotar-se-á, para o divórcio, um procedimento cauteloso, em que não se poupe as oportunidades para a reflexão e a conciliação.

Dentro desse quadro geral de uma cautelosa legislação, o divórcio nenhum perigo oferecerá à estabilidade da família, mas lhe servirá de suporte pelo afastamento dos males advindos das uniões fora do casamento.

Ele não se destinará, como alguns sustentam, só a uma categoria social, mas servirá a todos os segmentos da sociedade brasileira, como ocorre nos demais países em que as classes médias são o maior cliente do divórcio.

Numa sociedade que deseja ser democrática, deve-se propiciar a todos a oportunidade de busca da própria felicidade, não só porque isso é justo, como porque é conveniente para aqueles que já são felizes.

As sociedades não devem ter avaliado seu grau de adiantamento pela opulência, mas na medida em que proporcionem a felicidade do maior número de seus membros.

É isso que também se pretende com o projeto do divórcio. (Palmas.)

ANEXO 6

6 - ADOÇÃO, ANTEPROJETO DE LEI OFERECIDO PELO SOCIOLOGO E JUIZ DA 2ª VARA DE FAMÍLIA DO RIO DE JANEIRO, DR. LIBORNI SIQUEIRA.

Art. 1º - A adoção é plena e irrevogável, atribuindo filiação legítima ao adotado, desvinculando-o, em definitivo, de seus pais biológicos e parentes.

Art. 2º - É deferida a adoção após um período mínimo de três meses da guarda de fato ou de direito do menor, devidamente comprovada pelos requerentes com a integração sócio-familiar e a prestação efetiva da assistência material, moral e educacional.

Art. 3º - É permitida a adoção do menor de 18 anos que esteja em situação irregular, ou seja, privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável ou sua comprovada incapacidade para provê-las.

Art. 4º - É permitida a adoção mesmo quando os adotantes tenham filho.

Art. 5º - Comprovado que o adotante tem capacidade moral e financeira pode adotar mais de um menor.

Art. 6º - O adotado tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, inclusive nos casos de sucessão, ainda que concorra com o filho legítimo superveniente ou não à adoção.

Art. 7º - Efetivada a adoção, com observância das formalidades legais, não é permitida a investigação de paternidade ou a reclamação dos pais ou responsável que tenham praticado o abandono do menor, ou contribuído para sua situação irregular.

Art. 8º - Se o adotado morrer sem descendentes legítimos, as coisas doadas pelo adotante, ou recolhidas da sua sucessão, e que existirem em natureza, por ocasião da morte do adotado, voltarão ao adotante ou aos seus descendentes, com o encargo de contribuir para as dívidas e sem prejuízo dos direitos de terceiros.

Art. 9º - Podem requerer adoção:

- I - os casais que contem três anos de matrimônio, tendo um dos cônjuges a idade mínima de 25 anos.
- II - o viúvo ou a viúva, provado que o menor está integrado em seu lar, onde tenha iniciado a guarda de seis meses, ainda em vida do outro cônjuge.
- III - os cônjuges separados ou divorciados judicialmente, havendo começado a guarda de três meses,

28 de junho do mesmo ano, libertou a separação judicial dos espertalhões do art. 317 do Código Civil, que a jurisprudência, antes que a doutrina, havia procurado afrouxar através da ampliação do conceito de injúria grave, não sem determinadas resistências.

Enquanto Alípio Silveira arrola os motivos promiscuos da anulação de casamento e do desquite,¹ Washington Barros Monteiro relaciona os motivos do Código Civil, e proclama: "São essas as únicas causas não sendo possível cuidar de outras, como a incompatibilidade da vida em comum, a crueldade mental, o desejo de ver dissolvida a sociedade conjugal, que esta é fictícia, que os cônjuges já se acham separados, todas estranhas à taxativa enumeração efetuada pelo legislador".² Carvalho Santos, "partindo do pressuposto de que toda violação dos deveres pelo casamento por si só constitui injúria grave, a não ser que fatos exteriores lhe tirem esse caráter", enumera nada menos de dez hipóteses acolhidas pela jurisprudência, desde "o ato da mulher internando filhos em colégio sem licença do marido" até "não querer o marido receber a mulher, depois de uma viagem que esta fez, com sua autorização".³ As modernas legislações, de que é exemplo mais recente a Lei nº 75.617, da França, substituiu a relação antiga, que justificava tantas frações, pela indeterminação das causas do divórcio: "Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lors que ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune".⁴

A mais nova lei de divórcio, a de 1976 de Portugal, se não acompanhou o México na enumeração de seus dezessete motivos, referiu-se expressamente "ao adultério do outro cônjuge, às práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente, à condenação definitiva do outro cônjuge por crime doloso, em pena superior a dois anos, seja qual for a natureza desta, à condenação definitiva por lenocínio praticado contra descendente ou irmão do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste em linha reta ou até ao 3º grau da linha colateral, à vida e costumes desonrosos do outro cônjuge, ao abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge por tempo superior a três anos, ao descaimento em ação de divórcio ou separação na qual tenham sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge e à separação de fato por seis anos consecutivos".⁵ Apesar de extensa a relação, o legislador português adotou-lhe uma disposição genérica: qualquer fato que ofenda gravemente a integridade física ou moral do outro cônjuge".

Consequência da Lei Fortuna, o Código Civil italiano, ao tratar da separação judicial, fuge à enumeração: "La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente della volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza e da recare grave pregiudizio all'educazione della prole. Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia

richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario al dovere che deriva dal matrimonio".⁶ Ao comentar essa disposição legal, escreve Eduardo di Salvo: "Il nuovo art. 150 conserva la distinzione tra separazione consensuale giudiziale, ma il successivo art. 151, prescindendo dalla enumerazione delle cause di separazione, contenute nel vecchio testo, accoglie il principio che la separazione può essere pronunciata anche indipendentemente dall'esistenza o dall'accertamento di fatti costituenti colpa; stabilisce, infatti, che i coniugi (sono gli unici legittimati a proporre la domanda) possono chiederla quando si verificano "fatti talmente rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole".⁷

Aqui assim acertado o legislador brasileiro ao dispor no art. 5º da Lei nº 6.515: "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum." Ao usar o verbo no plural ("tornem"), quis advertir que em ambas as hipóteses contidas nesse dispositivo é indispensável que as repercussões dos atos desonrosos ou violadores dos deveres matrimoniais hajam determinado a insuportabilidade da convivência conjugal.

Não era tranquila, porém, essa orientação legislativa. Os projetos Rubem Dourado,⁸ Jorge Arbage⁹ e Nina Ribeiro¹⁰ conservavam, implicitamente, os motivos do art. 317. Com ela não se preocupava o Projeto Ray Cão.¹¹ Se a emenda substitutiva José Samoy, reapresentada por Flávio Marcolio na Câmara dos Deputados, adotava a orientação do Projeto nº 156/77, do Senado Federal,¹² e a elasticidade,¹³ e o Projeto Milton Steinbruch apenas aditava à velha enumeração "a grave violação dos deveres do matrimônio",¹⁴ o Projeto, pioneiro, de Celso Bazzos, apresentado à véspera da promulgação da Emenda Constitucional nº 9, relacionava entre as causas da separação, além das existentes no estatuto civil, conduta desonrosa, condenação por crime infamante, embriaguez habitual, uso de entorpecentes ou qualquer outro vício ou anomalia psíquica, ou fisiológica, desde que causadores do perigo à família, de danos morais ou de constantes desavenças conjugais".¹⁵ Na mesma dificuldade de apressar em alguns incisos todas as hipóteses que possibilitariam a separação judicial litigiosa, Erasmo Martins Pedro incluía "homossexualismo ou aberração sexual exercida contra o outro cônjuge, impotência coarctada, embriaguez contumaz e vida, costumes desonrosos do outro cônjuge e condenação do outro cônjuge por crime doloso com pena de reclusão superior a três anos".¹⁶

No direito anterior ao Código Civil eram causas de divórcio temporário "as supostas criminosas de um cônjuge ao outro; as sevícias graves; as insídias contra a vida. O divórcio perpétuo, regularmente, só pode ser decretado — é a lição de Lafayette — em virtude do crime de adultério cometido por um dos cônjuges".¹⁷

Durante os trabalhos de elaboração do Código Civil, emenda oferecida por Adolfo Gordo e Fausto Cardoso, com submissão do parlamentar aragipano, previa nove causas de divórcio (além não se adotam a expressão *desquite* vinculada à indissolubilidade do vínculo): "1º, adultério; 2º, crime tentado por um dos cônjuges contra a vida do outro; 3º, sevícia ou injúria grave; 4º, condenação do marido em qualquer dos casos de lenocínio previstos pela lei geral; 5º, condenação de um cônjuge a 20 anos, ou mais de prisão; 6º, abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos; 7º, demência ou loucura irreversível dos cônjuges, havendo esse estado já durado três anos, na constância do casamento; 8º, mútuo acordo; 9º, embriaguez habitual de um dos cônjuges".¹⁸

1 Desquite e Anulação de Casamento, 2ª ed.

2 Direito da Família, 2ª ed., p. 188.

3 Código Civil Brasileiro Interpretado, p. 233/4.

4 Código Civil francês, artigo 242. Vale reproduzir a observação de Solari Brumana: "Como es imposible que el legislador prevea todas y cada una de las múltiples situaciones que pueden darse en el quehacer conjugal como es humanamente irrealizable prevenir el cumulo de actas e hechos, de acción o de omisión, que pueden llevar al quebrantamiento de las finalidades esenciales de la unión legal, lo aconsejable y expeditivo es evitar las siempre incompletas nóminas y, si se acepta — como es preferible — el divorcio causado, solo o conjuntamente con el "incausado", normar en forma amplia y elástica, desejando al mejor criterio del juzgador el supegar si una situación conflictual determinada es o no lo suficientemente como para acoger la acción (el divorcio vincular, 1966, p. 46). O legislador brasileiro manteve a separação judicial por culpa de um dos cônjuges, ou de dois, sem acompanhar as legislações que, recentemente, excluíram da dissolução do casamento aquele elemento. Fê-lo atendendo a que o Brasil é um País sem tradição divorcista, e conhecidas ainda não são as consequências da exclusão da culpa nos países que a adotaram. Ademais, maiores dificuldades teria de enfrentar projeto que tal propugnasse, quando só lhe restaria, na presente legislação, o segundo semestre de 1977 para aprovação de texto com placentar da Emenda Constitucional nº 9, de 1977, sob pena de ser incluída entre tantas disposições que, por falta de regulamentação, jamais entraram em vigor. Nenhum exemplo é, no caso, mais expressivo do que o do artigo 45 da Constituição apesar dos esforços de alguns parlamentares para votar lei que discipline a função fiscalizadora ali conferida ao Congresso Nacional.

5 Código Civil, artigo 1.778, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 561, de 1976, CF., ainda, Código da Família da R.D.A., de 1965, § 24.

6 Código Civil, artigo 151.

7 Il nuovo diritto di famiglia, p. 81.

8 Projeto nº 3.904/77, na Câmara dos Deputados.

9 Projeto nº 3.906/77, da Câmara dos Deputados.

10 Projeto nº 3.953/77, da Câmara dos Deputados.

11 Projeto nº 3.883/77, da Câmara dos Deputados.

12 O projeto, original dos Senadores Melan Carmeiro e Acacioly Filho, com as emendas aceitas pelo Senador Helton Dias, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, tomou, na Câmara dos Deputados, o nº 4.279/77.

13 Projeto nº 4.419/77, da Câmara dos Deputados.

14 Projeto nº 3.904/77, da Câmara dos Deputados.

15 Projeto nº 3.843/77, da Câmara dos Deputados.

16 Projeto nº 3.952/77, da Câmara dos Deputados.

17 Direito da Família, p. 57.

18 Cf. Ferreira Coelho, Código Civil, v. XXIV, 275/6.

Martinho Garcez, em seu projeto aprovado em primeiro turno pelo Senado Federal em 1900, e que não mais tornaria ao exame do plenário, distinguia entre causas absolutas e causas relativas da dissolução do casamento. Estas eram "a demência ou loucura irreversível de um dos cônjuges, a recusa do marido concorrer para o sustento e a manutenção da mulher, dispondo de meios para fazê-lo, e a condenação de um dos cônjuges a dez ou mais anos de prisão, enquanto aquelas consistiam no adultério de um dos cônjuges, sevícias, injúrias graves, e em regra todo o crime praticado por um cônjuge contra o outro, e o abandono da mulher pelo marido e do marido pela mulher durante dois anos consecutivos e a ausência, não motivada, de um dos cônjuges por mais de três anos, sem dar notícias de si".¹⁹

Convocado para elaborar o anteprojeto do novo Código Civil, logo sentiu Orlando Gomes a necessidade de dar ao juiz poderes de afastar-se dos incisos legais, para melhor decidir a controvérsia submetida a seu exame. Assim é que, no art. 152 de seu trabalho, incluía um parágrafo único: "se no curso do processo forem comprovados fatos outros que não os arrolados, o juiz decretará o desquite se tais fatos evidenciarem a impossibilidade da vida em comum".²⁰

E o fazia embora entendesse que "a jurisprudência tem conceituado a injúria grave com tal amplitude, que dispensável se torna especificar outros motivos de desquite além dos enunciados no Código em vigor".²¹ É possível que esse entendimento haja levado a Comissão Revisora, por ele integrada juntamente com o Ministro Cruzinho Noronha e o Professor Celso Mário da Silva Pereira, a não incluir o parágrafo no Projeto final enviado à Câmara dos Deputados, e em hora de má inspiração retirado em 1966 pelo então Presidente da República.

O Projeto, ora em estudos na Câmara dos Deputados, e nessa parte redigido por Clóvis do Couto e Silva, nos motivos do art. 317 do Código Civil, acrescenta a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa.²²

Em 1972 ofereci ao exame do Senado Federal, que o aprovou, Projeto de Lei dispondo, como parágrafo do art. 317 do Código Civil: "Quando, não obstante a ausência de provas capazes de justificar a procedência da ação por qualquer dos motivos enunciados neste artigo, o juiz verificar que a incompatibilidade entre os cônjuges é tão grave que melhor fora a separação judicial, poderá decretar o desquite, regulando a posse e guarda dos filhos e concedendo alimentos ao litigante que deles necessitar".²³

Na Câmara dos Deputados, a proposição foi enviada, como se fora emenda, ao estudo da Comissão Especial do Código Civil.

Poucos não foram os que lançaram que a Lei nº 6.515 não se houvesse referido expressamente ao adultério. Pasquier, citado por Amal Gurgel,²⁴ já ensinava que toutes les causes de divorce prévues par la loi sont, par essence, des injures graves. La cause injure grave comprend en soi toutes les autres. Paul Lombard, ao examinar o projeto que se converteria na Lei francesa de 1975, declara: "Neste l'adultère. C'est bien si une cause de divorce, ce n'est pas les autres causes qui la retiennent sont abrogées. L'adultère n'est plus un délit. On ne rigolerá plus en correctionnelle. Soubouche est mort".²⁵

Talvez essa venha a ser também uma consequência inesperada da nova legislação brasileira. A depreciação, que já não vem sem tempo, do art. 240 do Código Penal. O adultério é apenas uma injúria, por certo à mais grave, mas que a lei civil não quis destacar das demais.

O legislador, ordinário, entre mil tropeços, concluiu sua tarefa, com o pecado mortal do artigo 38 e muitos pecados veniais. Agora, é a vez do advogado extrair dos novos dispositivos tudo quanto deles seja possível retirar, e sobretudo a oportunidade do juiz, a quem "compete revelar o direito latente onde o escrito é obscuro".²⁶ É de meditar sobre essas palavras de Orlando Gomes, que os anos não envelheceram: "Se as cortas francesas não houvessem compreendido a sua verdadeira missão de intérpretes oficiais da lei, ajustando-a à realidade social, elidindo o conteúdo de seus preceitos, adequando velhos

textos a instituições inéditas, emprestando ao Código de Napoleão, em síntese, uma plasticidade admirável, o conflito entre a Vida e o Direito teria assumido proporções trágicas."

A N E X O 3

B - OS ASPECTOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A DISCIPLINA JURÍDICA DOS BANCOS DE ESPERMA.

Palestra proferida pelo Senador NELSON CAMPELO no Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, em 28 de maio de 1987.

O verso é de Camões:

- "Porque sempre por via irá direita
Quem do oportuno tempo se aproveita".

Esta é a hora propícia para o painel que nos reúne. Bem haja o já renomado Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, que, por iniciativa do ilustre Presidente do Conselho Diretor, Francisco dos Santos Amaral Neto, suscita este importante debate quando a Assembleia Nacional Constituinte se preocupa em dotar o País de sólidas instituições democráticas, o Senado Federal revê o Projeto do Código Civil votado pela Câmara dos Deputados e se aguarda decisão sobre o novo Código Penal. E quando somente agora se divulga, entre nós, o Decreto-lei nº 319, aprovado pelo Conselho de Ministros de Portugal e promulgado pelo Presidente Mário Soares no passado setembro, sobre a procriação artificial humana e a recolha, manipulação e conservação de esperma. Apenas de lanchar, e muito, que aqui não esteja, com seu saber e lucidez, mestre Haroldo Valadão, chamado antes de nós para o concílio permanente das almas nobres e puras e deixando para a multidão de discípulos, amigos e admiradores a lição de uma vida inteira a serviço do Direito.

A mitologia reivindica para Zeus a primazia de haver engravidado a Danae, filha de Acrísio, enclausurada para não dar à luz a Perseu, que viria a matar o avô e usurpar-lhe o trono. As lendas orientais recordam as mulheres que iam sozinhas ao tempo de Vaníjain, deusa da fertilidade, e de lá retornavam grávidas, inseminadas. Fora do mundo da fantasia, a primeira mulher inseminada artificialmente seria a Rainha Joana, de Portugal, casada com Henrique IV, o Impotente. O Rei de Castela teria repudiado a mulher e se negado a reconhecer a filha. Mas a essas conjecturas os autores aduzem as experiências de Marcello Malpighi, logrando o encaixe de gérmen nos ovos de bilho-da-seda (1.670) e Jacobi em ovos de salmão (1.725). A definitiva evolução da inseminação em animais se atribui ao abade Lázaro Spallanzani (1.780), com a fecundação artificial de uma cadela, de que resultou a geração de cãesinhos vivos e normais, e de que se teria valido Rossi com significativo êxito. Para Joaquim Didier Filho a inseminação artificial começou pelo reino vegetal, nas palmeiras reprodutoras de tâmaras, evoluindo para a piscicultura, objeto das experiências de Swammerdan, ao estudar a fisiologia dos animais inferiores. Fora de dúvida parece, entretanto, que foi a Inglaterra com John Hunter (1.790) e Sims (1.866) "o berço da inseminação artificial humana". Hunter teria usado com inteiro sucesso a inseminação na mulher de um comerciante de fazendas londrino, do esperma de seu marido. Quase um século depois, em 1884, o médico americano Robert Dickinson obtinha esperma de um doador anônimo para inseminar na esposa de um comerciante de Filadélfia "que era completamente estéril". Em comunicação apresentada às Journées d'Etudes de la Société Française de Sociologie consacrées à l'Analyse sociologique de la recherche scientifique et technique, Simone Novaes afirma que até então (1.983) continuava clandestina na França a inseminação artificial, em face das fortes objeções morais que levantava, sobretudo nos meios religiosos. "Pe- cava-se a uma violação do laço sagrado do casamento implícita no recurso a um doador de esperma anônimo, a dessexualização da fecundação, e a masturbação-desperdício do sêmen - necessário à dâdiva do esperma". Já no fim do século XIX, o Santo Ofício respondeu non licere à questão an adhiben possit artificiales fecundatio e o

19 Pelo Divórcio, pp. 13 e 14.

20 Anteprojeto de Código Civil, 1963.

21 Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, p. 55.

22 Art. 1.765.

23 Projeto nº 18, de 18-5-1972, do Senado Federal.

24 Desquite, v. I, p. 197.

25 Divórcio, p. 195.

26 Tribunal de Justiça de São Paulo, Revista dos Tribunais, 131/156.

Estados jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes, Rev. For., págs. 35/42.

Tribunal de Bordéus apontou (1.883) como um verdadeiro perigo social a inseminação artificial. Isso não impediu que logo tal prática se propagasse principalmente nos países anglo-saxões e nem que os soldados que combatiam na Coreia "fecundassem suas esposas por meio de espermatozoides remetidos por avião". A medida propagou-se rapidamente por várias nações, justificando a observação de Catherine La brusse-Riou, Professora da Universidade de Paris-Sud, que em erudito trabalho publicado em 1.986, começa afirmando que "desde há alguns anos, não passam semanas sem que a imprensa relate algumas novas proezas médicas ou científicas em matéria de reprodução humana; não passam meses sem que apareçam nas revistas especializadas estudos de toda sorte, onde o poder da ciência na produção, até a determinação biológica do homem, é analisada à luz da biologia ou da psicologia, da antropologia ou da sociologia, da filosofia ou da religião, da moral ou do direito. As obras se multiplicam oferecendo ao público, crédulo ou perplexo, fascinado, indiferente, ou reprovador, os meios de informação e reflexão aprofundadas sobre as tecnologias da reprodução". Enquanto isso, a legislação não acompanha o passo da ciência, a justificar a observação de Jacques Robert: - "A oportunidade de uma legislação devia antes de tudo depender de três fatores cumulativos. O legislador deveria iniciar perguntando se a lei eventual responde efetivamente a uma utilidade social: se ela melhorará a sorte de um número significativo de cidadãos, se ela ordena o direito em acordo com a realidade da vida, fazendo cessar este escândalo inaceitável que representa em todo o estado de direito a não aplicação voluntária de uma lei em vigor. Ela deveria, em seguida, ver inspirada por preocupações de justiça: averiguar se seu texto trazia melhoria coletiva sepultando disparidades e desigualdades entre os homens. Isso importaria - em fim - que não excluísse de pronto toda consideração moral, sendo entendido, por certo, que toda moral é contingente, que varia com a conjuntura e que deve sempre ser avaliada à luz da evolução social. Esta tripla preocupação não deve retardar a ação do jurista, mas simplesmente aconselhá-lo a ser prudente - o que não quer dizer inativo - na apreensão de realidades tão complexas". Certo é que os legisladores ainda não enfrentaram, em toda sua profundidade, os problemas suscitados pela inseminação artificial, e Catherine Labrusse-Riou recorda que ainda não se tornaram leis as iniciativas de Caillavet e Mézard, apresentadas sete anos antes ao Senado francês, apesar da convocação do Decano J. Garbionnier. A primeira lei de 3 de janeiro de 1972, que alterou profundamente disposições do Código Napoleônico, não teria, senão excepcionalmente, tomado em consideração a evolução científica e médica. Sua originalidade resultaria em dissipar ficções anteriores para fundar a filiação tanto legítima quanto natural sobre a verdade, em sua dupla dimensão, biológica e afetiva ou social, que traduz a extensão dos efeitos da posse de estado, ou, como ensina Jacques Massip, "a procura da verdade biológica, a preocupação de unir a criança à sua família de sangue". Disposições do Conselho de Europa não têm enfrentado em amplitude os problemas que a inseminação artificial desperta em todos os campos em que se projetam suas consequências, na medicina, no direito, na moral, na psicologia, na sociedade. As religiões, em geral, aceitam a inseminação artificial homóloga, e a Católica já vai dando sinais de interpretar generosamente a palavra do Pío XII, ao declarar que "a fecundação artificial, fora do casamento, deve ser condenada pura e simplesmente como imoral" (Acta A.S., 1949, 557). Do ponto de vista eugênico, o debate especial releve, quando Fernando Santosuosso lembra que um doador, com uma única dose por semana, pode permitir 400 inseminações semanais (0,01 cc. de sêmen sendo suficiente para fecundação). Assim, um só doador poderia, em um ano, ser pai de 20.000 crianças, se todas as intervenções fossem bem sucedidas.

Se os legisladores não se entenderam ainda em torno de textos que regulem, na esfera civil, a inseminação artificial, os juízes têm sido chamados a decidir problemas por ela suscitados, dos quais os mais ruidosos teriam sido o que levou às barras do Tribunal de Crêteil uma viúva, desejosa de reaver o espermatozóide do marido depositado num banco de Cécou (Centro de Estudos e de Conservação de Esperma) e a decisão do juiz Harvey R. Sorkow, do Tribunal de Nova Jersey, ao entregar ao casal Stern a menor Melissa, retirando-a dos braços da mãe biológica Mary Beth Whitehead, embora

não houvesse enfrentado, ao que se noticiou, a discutível validade do contrato, mas o interesse da criança, cotejadas as condições pessoais dos querelantes. Daí haverem surgido vários projetos, tentando regular a matéria, seja no Senado americano, seja em vários Estados, sobre as mães substitutas. Nos quadros da administração teria sido a mais rumorosa a querela do prefeito de Bas-Rhin, na Alsácia Lorena, levada ao exame do Tribunal Administrativo de Estrasburgo, ao negar a inscrição dos estatutos da associação "Les Cigognes".

Se a inseminação artificial, seja a homóloga, e especialmente a heteróloga, levanta constantes e sempre novas indagações nesses setores, mais viva é a divergência em sua conceituação face ao direito penal, que Cuéllor Calon estuda amplamente, para concluir, já em 1955, que embora a inseminação heteróloga pudesse causar enormes danos coletivos e individuais, "a lei que a submetteria à sanção penal correria o risco de ser olhada como odiosa e injusta, e seria, portanto, possivelmente, inobservada ou elidida". Abria, entretanto, uma exceção para a inseminação heteróloga, sem o consentimento do marido, e que constituiria gravíssima ofensa, por impor ao cônjuge uma paternidade não verdadeira, tal como a resultante do adultério. Nesses casos, "esta fraude merece severo castigo". A esse tempo, na Espanha, vigorava regulamentação contendo normas deontológicas médicas, e em seu art. 19 impedida a prática de fecundação artificial "por estar proibida pela moral cristã". No IX Congresso de Direito Penal, em Haia, resolução aprovada dispõe que "a lei penal não deve punir a prática de inseminação artificial, exceto no caso em que se realize sem o consentimento da mulher ou do marido". O art. 267 do Código Penal de 1969, cuja vigência continua suspensa, pune com detenção de até dois anos a mulher casada que permite a própria fecundação por meio artificial sem que o consinta o marido. Resolução do Código de Ética Médica é impugnada por Artur de Castilho Neto, por não ter, simples ato administrativo emanado de um colegiado autárquico, o poder de obstar a prática de um ato que a lei não proíbe.

Antes de trazer ao erudito exame dos ilustres debatedores, para sua meditação, perguntas que reclamam, no decorrer dos anos, respostas uniformes, ou ao menos não colidentes, percreto quanto se tentou fazer no direito brasileiro. E destaque, de início, a contribuição do juiz José Augusto de Abreu Machado, ao divergir dos juristas Antônio Chaves e Orlando Gomes, que entendiam necessária legislação possibilitando apenas a inseminação artificial homóloga. O magistrado paulista conclui que "há necessidade de regulamentação legal segura para o bom equacionamento do problema e, salvo melhor juízo, dever-se-á autorizar a inseminação heteróloga da mulher casada, com material fornecido por "bancos" regularmente constituídos e rigidamente fiscalizados, com o consentimento do marido".

Coube ao saudoso Senador Vasconcelos Torres apresentar em 1973 o único projeto de lei, que não distinguia entre a inseminação homóloga e heteróloga. Nem por isso se deve recusar à proposta do parlamentar fluminense o mérito de haver tentado levar à apreciação legislativa, o estudo de uma prática que se espalha por todos os continentes.

Cáio Mário da Silva Pereira teria estranhado que Miguel Reale não houvesse incluído, no Anteprojeto do Código Civil que coordenou, dispositivo relativo à inseminação artificial. E assim chegou ao exame do Senado Federal o Projeto, já aprovado pela Câmara dos Deputados, em meados de 1984. Ali recebeu duas emendas, que serão em breve discutidas e examinadas pela Comissão Especial daquela Casa do Congresso Nacional. A primeira, de nº 224, subscrita pela Senador José Fragelli, era confessionalmente de autoria do Professor João Batista Vilalta, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, e dispõe: - "Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial após a morte do marido, da mulher ou de ambos, engendrada com células reprodutivas que deles procedam, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha viúva e observada, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta". E assim a justificou o mestre mineiro: - "O projeto, que aspira a

ser a nossa lei civil básica às vésperas de se completar o segundo milênio, não sequer tomou conhecimento da fecundação artificial, a continua pensando a procriação de acordo com as categorias tradicionais do direito. A emenda tem por fim suprir a omissão em uma de suas dimensões mais significativas, estabelecendo, nos parâmetros que especifica, a legitimidade do filho por essa via concebido". A outra Emenda ao art. 1.603 do Projeto, de nº 225, de minha autoria, arrola entre os beneficiados pela presunção de legitimidade, além dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, e os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, os havidos por inseminação artificial, sem prévia autorização do marido. Eis como a expliquei:— "O texto evita a distinção superada. E inclui como nascidos no casamento os havidos por inseminação artificial, desde que dela tenha conhecimento antecipado e acordado o cônjuge masculino". Autor, no Projeto do Código Civil, do Livro do Direito da Família, coube ao Professor Couto e Silva opinar pela aprovação da Emenda que apresentei, e insurgir-se contra a sugestão do Professor Vilela, argumentando:— "Nesta emenda procura-se estabelecer a filiação legítima também dos filhos resultantes da fecundação artificial, mesmo após a morte de um dos cônjuges. Todavia, esta matéria deve ficar à discrição da Jurisprudência, que pode extrair do Código regras a respeito. Não se deveria estabelecer um artigo fechado, como se propõe na emenda para a nomeação da matéria". O problema da legitimidade ou ilegitimidade do filho assim concebido desaparecerá, antes mesmo de discutido o parecer do relator, se a Assembléia Nacional Constituinte afinal aprovar o texto acolhido unanimemente pela Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, de minha iniciativa, e que proclama, textualmente:— "Os filhos, nascidos ou não da relação do casamento, têm iguais direitos e qualificações, proibida na lei ou nas repartições oficiais quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", como disposto, aliás, na Constituição portuguesa. Mas, se assim entendeu a citada Subcomissão, igualmente aprovou, com meu protesto, várias emendas, que não só proíbem experiências de genética humana que importem em "qualquer prática que atente contra a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana", como também possibilitem "a inseminação post mortem, a maternidade substituída, os bancos de embriões humanos, a fecundação "in vitro", a criocervação de embriões e a procriação artificial com fins comerciais ou experimentais". A Subcomissão acolheu ainda emenda de minha autoria que proíbe a venda de órgãos de pessoa viva. A VIII Comissão Temática, de que é relator o Deputado Artur da Távola, caberá manter ou modificar o texto aprovado pela Subcomissão. (*)

Multiplicam-se por todos os países civilizados os bancos de esperma, de que teria sido pioneiro no distante ano de 1866 o italiano Paolo Mantegazza, e em regra sem qualquer disciplina legal. Marco Aurélio S. Viana recorda que Raquel Allen criou, durante a última grande guerra, uma clínica contraceptiva, visando a auxiliar os casais sem condições econômicas, ao mesmo tempo em que instalava bancos de esperma para dar aos casais sem possibilidades de ter filhos, a prole desejada, os "tes-tube-babies". Mas o dado interessante, a seu ver, resultou do fato dos "maridos acéfalos" a situação sem maiores constrangimentos, mas as mulheres, em grande número, passaram a um estado neurótico, assaltadas por uma dúvida: quem seria o pai da criança".

Perdoem-me se a multiplicidade de aspectos e de situações que este painel deverá examinar me seduziu e arrastou para exame em que não deveria interferir um introneto sapateiro de Apelles.

Múltiplas são as indagações que ainda dividem os estudiosos sobre os limites da inseminação artificial, aqui e no estrangeiro, para não referir aos que acreditam que a melhor solução, a menos traumática, a natural, a social, reside no incentivo à ado-

ção plena para os lares vazios de crianças. A lei, que acaso se elaborar, deve permitir, ou não, a inseminação em mulheres solteiras, carentes de amor para doar aos filhos que não tiveram? Ou mais justo será deixá-las abandonar, se ainda é tempo, a solidão em que vivem e buscar o parceiro desejado que as fecunde? Somente a impotência generandi deve justificar o apelo à inseminação artificial? Pode-se admitir ou não a maternidade substituída? No caso afirmativo, em que condições? E a fecundação "in vitro", deve ser ou não permitida? A lei deve restringir-se à regulamentação da inseminação homóloga ou, em determinadas circunstâncias, também a inseminação heteróloga? Quais essas circunstâncias? Como punir a quebra de sigilo quanto aos doadores? E evitar a possibilidade, ainda que remota, de incesto consequente à inseminação heteróloga? O doador tem alguma responsabilidade jurídica, quando acaso identificado na inseminação heteróloga, diante da prole que gerou? Qual a responsabilidade dos bancos de esperma? Qual o meio mais eficiente para controlar seu funcionamento? A essas se ajuntam as perguntas formuladas por Luis J. Archer:— "Tem o cientista verdadeiro direito à liberdade de investigação? E essa liberdade limitada por outros valores? Quais, e quem os julga? Como se conjuga o direito ao segredo profissional com a obrigação de informar as comissões de segurança? Quem tem o direito e o dever de controlar a ciência, e quem assume a responsabilidade do que vier a acontecer?".

Mais para a meditação desses e de outras dúvidas do que para sua pronta resposta, foi que o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nos convocou. E das intervenções dos ilustres colegas de painel, estou certo, há de resultar não só valiosas contribuições doutrinárias e científicas, mas preciosos elementos a serem recolhidos pelo legislador pátrio, na tentativa de disciplinar a prática da inseminação artificial, sem coibir a incessante pesquisa do homem em busca da felicidade.

ANEXO 9

A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Abrijo-me na palavra divina, que prometia perdão aos que não sabem o que fazem, para viver a temeridade de, nesta festa de consagração, subodor na tribuna ao mestre ORLANDO GOMES. Animado a certeza de que figure entre seus discípulos mais antigos e mais fiéis. Se a contemporaneidade não me permitiu escutá-lo nas salas de nossa velha Faculdade, bem avisado andou quem advertiu que "o sábio não escreve para individualidades, é receptor e conselheiro do gênero humano". Levei para o Congresso Nacional, assim ali cheguei há quarenta anos, o que recolhi de suas lições, o que aprendi em seus livros, o que me transmitiram sua experiência e seu saber. Se é certo que alguma vez avancei demasiado, a culpa foi de minha desvalia, na pretensão de voar sozinho, antes que crescessem as asas para tão ousadas tentativas. Nesses momentos de aflição, socorreu-me Orlando Gomes com os conselhos de prudência e a fraterna bondade do amigo. Daí porque perpetuei meu nome entre os que, pelos tempos adiante, dirão aos que vierem depois de nós que de Orlando Gomes todos somos alunos, não só os que frequentaram suas aulas, mas os que, dentro e fora do país, se valeram dos ensinamentos do mais eminente civilista nascido no Brasil neste século XX, tão superior a todos que não foi atingido pela baba da inveja de uns, nem pelo despecto ruivo de outros. Já Emerson advertira: "Ser grande é ser mal compreendido".

Para alcançar-se a tais alturas não lhe foi preciso negar a contribuição que às letras jurídicas deram os consagrados mestres que o antecederam, no tempo, e semearam clareiras de luz para

(*) O parecer da Subcomissão acolheu a supressão das emendas impugnadas.

o futuro. Na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, na cadeira nº 1, que é por todos os títulos a sua, escolheu patrono a Teixeira de Freitas. E ornou-lhe o peito a Medalha do codificador da Consolidação das Leis Civis, a mais alta honra do Instituto dos Advogados Brasileiros. Na Academia Bahiana de Letras, tem como patrono o outro codificador, Nabuco de Abreu, e sucede ao inolvidável Eduardo Espínola, ambos professores desta Faculdade. Na Academia Bahiana de Letras Jurídicas seu patrono é João Mangabeira, uma das mais fulgurantes inteligências e das mais diversificadas culturas de nosso tempo. Sua admiração por esse grande bahiano levaria Orlando Gomes a tentar sua única prosença na actividade política, no antigo Partido Socialista. A candidatura nasceu no escritório de advocacia, em um sobrado da rua Conselheiro Saraiva, e onde também trabalhavam Dêcio Seabra, Gilberto Valente e Prisco Paíão, todos de saudosíssima memória. Aquinoel representava a ala jovem. Quanto a mim, creio que poderia ser classificado como sócio correspondente daquela associação de idealistas políticos. E foi João Mangabeira, quando do Ministro da Justiça, quem confiou a Orlando Gomes a tarefa de redigir o anteprojeto de Código Civil, que correntes enciumadas e retrições lograram, mais tarde, retirar do exame da Câmara dos Deputados. Membro do Instituto Clóvis Beviláqua, sediado em Fortaleza, esteve o mestre entre os organizadores das comemorações do centenário do codificador, cuja obra — escreveu — se colocara, em conjunto, "acima da realidade brasileira, incorporando ideais e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se desta realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do Brasil. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como o foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento desta Nação. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso Direito Privado, sem sacrificar a tradição pela novidade, e "sem cair no servilismo de outras codificações".

Ninguém estudou, entre nós, com mais amplitude e acuidade a crise da Família do que Orlando Gomes. Cumpre-nos indagar-lhe se a debandada para o Direito Público não será um meio de fugir àquela crise.

Setenta e um anos transcorridos, muitas das disposições do Estatuto Civil de 1.916 vão enigrando, em busca de maior proteção, para a desejada perpetuidade nos textos constitucionais.

Roberto Rosas, na brilhante exposição com que enriqueceu os Anais da XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada na capital paraense, em Agosto de 1.986, encontra, no Direito Romano, em Paulo Gaio, a presença do Direito Público no Direito de Família, e referida, mais tarde por Savatier, Cicu e Ripert, para afirmar, com Bonfanti, que "a qualificação do Direito de Família, quer como Direito Público, quer como Direito Privado, vem confirmar a superação da velha bipartição entre Direito Público e Direito Privado".

Josephat Marinho anotou, com propriedade, que foram as transformações sociais que atraíram o legislador constitucional

a disciplinar a instituição da família. Ao estudar as Constituições brasileiras, o ilustre mestre refere a omissão do estatuto de 1823, onde "se indiretamente se admitirá que abrangiu o problema, prevenindo a feitura de um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade". O casamento civil, criado pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1.890, seria incorporado à Constituição de 1.891, e João Barbalho rememora as discussões que levaram à exclusão, no texto proposto pelo Governo Provisório, das expressões que tornavam obrigatório o ato civil antes da celebração do matrimônio religioso.

Mas não foram poucos os debates que a matéria suscitou, relatados por Agenor de Roure. Porque envolve ilustres representantes bahianos, vale a pena reviver os que travaram os deputados Joaquim Ignácio Tosta e José Joaquim Seabra. Dizia o primeiro:

"O casamento civil, precedendo obrigatoriamente à cerimônia religiosa, é um atentado contra a consciência católica e contra a sabedoria da Igreja. É contra a consciência, porque o católico não considera legítimo o casamento civil, que, para ele, é um concubinato condenável. O católico só reconhece o casamento-sacramento instituído por Cristo. Consequentemente, quando se estabelece a obrigação do casamento civil antes do religioso, impondo-lhe a fórmula: 'Recebo a Vós, F..., por minha legítima mulher, — atenta-se contra o princípio democrático da liberdade de consciência (não apoiados), porque o católico não pode considerar legítima a mulher que sua consciência de crente diz ser uma concubina".

Responde-lhe Seabra:

"Ora, se o Estado permitisse que cada qual se casasse segundo o seu rito religioso, abolindo o casamento civil, a consequência seria que o Estado devia também dar a outros casamentos, como ao católico, o mesmo valor".

Aparteia-o Tosta:

"E o que eu quero".

Seabra retruca-lhe:

"Mas V. Ex.ª quer um absurdo (apoiados), porque o Estado, que tem o dever de regular as relações de família, de constituí-la como base da sociedade civil, que deve garantir os filhos com relação à sucessão, que tem por fim solidificar as bases da sociedade — o Estado não pode deixar que muitas vezes o ignorante, o homem inculto, seja levado a casar-se e fique depois inibido de salvaguardar os interesses da família que constitui. (Apoiados).

Agora é o deputado paulista Moraes Barros quem inter
vém:

- "Seria a anarquia na família".

Tostu não se dá por vencido:

- "O argumento tem dois gumes; o indivíduo pode casar
-se agora civilmente e ser induzido a não contrair o
casamento religioso".

Os Anais registram:

- "Vozes - Oh! Oh!"

Seabra não perde a deixa. E retorna, com o tom irôni
co que marcou tantas de suas intervenções quase meio século depois:

- "A família não perde coisa alguma com isso porque
nesse caso o indivíduo teria apenas cometido um neca
do. (Muito bem. Numerosos apoiados). Portanto a verda
de é que o Estado, para precaver, para prevenir os
seus súditos, deve estabelecer regras e princípios em
virtude dos quais sejam garantidas não só as pessoas
como sua descendência (apoiados); e demais o casamento
civil obrigatório não impede a ninguém de casar-se ca
tolicamente, muçulmanamente, segundo o rito que per
tença".

De pouco valeram os aplausos recebidos por Seabra. Por
77 votos contra 74 passou, em primeira discussão, a emenda de outro
bahiano, Anfilófio de Carvalho, contrária à precedência do casamen
to civil, deixando a legislação ordinária. E em segunda discussão,
outro bahiano, Augusto de Freitas, tentou restabelecer a precedên
cia do casamento civil, argumentando, a certa altura de sua oração:

- "Admitir a liberdade de precedência da cerimônia re
ligiosa ao contrato civil, qualquer que seja o culto,
é comprometer a família, é sacrificar a nacionalidade
brasileira, é esquecer aqueles que precisam da mão
protetora da lei, do amparo do poder público. (Apoi
dos; não apotados; muito bem). Quereis ver, Senhores?
Lançai as vossas vistas para os países civilizados. A
Bélgica, que nos primeiros dias deste século limitava
a liberdade dos padres, quanto à celebração do casa
mento, proibindo a bênção nupcial aos que não justifi
cassem terem-se casado perante o funcionário civil, a
7 de março de 1.815 revogava tal disposição de lei,
firmando a plena liberdade, permitindo a precedência
da liberdade religiosa. Tais foram, senhores, os abu
sos que se sucederam, tais as reclamações que o pró
prio governo recebia dos magistrados, que vinham di
zer-lhe que a família estava desorganizada, que as viú
vas não tinham garantias, que os órfãos não tinham di
reito de sucessão, que os contratos estavam abalados

em suas relações jurídicas, porque os nobres campon
ses ignorantes limitavam-se à cerimônia religiosa, per
suadidos da legítima constituição de uma família peran
te a lei - que menos de dois anos depois, a 10 de ja
neiro de 1.817, diante de tão graves inconvenientes,
foi revogado o decreto de 7 de março de 1.815, firmam
do-se de novo a obrigação de precedência do ato civil.

Além do deputado mineiro Corrêa Rabelo, corria em de
fesa da precedência obrigatória do casamento civil um jovem repre
sentante paraibano, destinado a ocupar as mais altas posições na
República. A palavra está com Epitácio Pessoa:

- "Tornar facultativa a cláusula da precedência é ex
tinguir o casamento civil, é autorizar a nancebia po
rante a lei. Os padres, salvo honrosas exceções não
têm sido muito leais..."

Uma voz - "Nada leais".

- ... "na campanha sem tréguas de todos os dias movi
da contra o casamento civil. Eles não dizem ao povo,
como deveriam dizer: Casai-vos religiosamente, por
que esta é a única união santificada por Deus; mas
casai-vos também civilmente, porque só assim podereis
assegurar a legitimidade de vossa família e os impor
tantíssimos interesses que se prendem a esta lepi
timidade (apartes). Os padres dizem, pelo contrário:
casai-vos religiosamente e não vos caseis civilmente
porque o casamento civil é um concubinato. E, por es
ta forma, abusando da ignorância do povo, lançam no
seio da sociedade o germen de sua desorganização".

Em seu socorro, quem o interrompe é Cesar Zana:

- "A gratuidade do casamento civil quebra todas as ar
mas e o povo o preferirá com certeza".

O debate foi enroquecido pela intervenção de outros
dois bahianos. Aristides Milton queria substituir as palavras "cu
ja celebração será gratuita" por estas: - "por cuja celebração os
juizes não poderão receber emolumento algum". E Leovigildo Filguei
ras propunha uma nova redação para o § 49:

- "O casamento é um contrato civil e, como todos os
atos concernentes ao estado civil das pessoas, é da
competência exclusiva de funcionários e autoridades
da ordem civil, nos termos da lei que regular a sua
celebração e com a força e validade que ela atribuir
-lhe".

Foi assim, envolvendo quase todos os deputados bahia
nos, e contra a maioria deles, que a Constituição de 1.891 incluiu,
em seu art. 72, "o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

A data dessa viva discussão, Agénor de Moura aponta que, além do Código Civil francês, três Constituições europeias adotavam a precedência do casamento civil: as da Bélgica, Luxemburgo e Romênia.

Para evitar que tão rumorosa controvérsia ressuscitasse, com ímpeto maior, na Constituinte de 1934, a Liga Eleitoral Católica tratou de obter o compromisso antecipado dos candidatos, que viria a apoiar, com algumas colocações católicas, inclusive a da inclusão, no texto da futura Carta, do casamento religioso. Cato es caldado...

No largo intervalo de quase meio século entre os dois estatutos, o mundo já não era o mesmo. Ocorrera, ensanguentando povos e continentes, a primeira guerra mundial, "aquela calamidade composta de todas as calamidades, em que não há mal algum que, ou se não padeça, ou se não tema; nem bem que seja próprio e seguro, ou seja Antonio Vieira. O pai não tem seguro o filho, o rico não tem seguro a fazenda, o pobre não tem seguro o seu suor, o nobre não tem segura a honra, o eclesiástico não tem segura a imunidade, o religioso não tem segura a sua cela; e até Deus nos tempos e nos sa crários não está seguro". Com ela, veio a emancipação econômica da mulher, convocada para substituir o homem na lavoura e na fábrica, e depois irreversivelmente integrada na engrenagem tumultuária de uma industrialização ambiciosa e irrefreável. Mas, como expôs Orlando Gomes, "foi a revolução técnica que rompeu o quadro milenar da família, levando o campo do direito matrimonial sob perspectiva bem diferente daquela que a escortinava o direito canonico". Bem que a Irlanda tentou detê-la, ao assentar, no texto constitucional de 1937, que, "em particular, o Estado reconhece que, co sua vida dentro do lar, a mulher proporciona ao Estado um apoio sem o qual não se pode lograr o bem comum. O Estado, consequentemente, quer que as mães não sejam constrangidas por necessidade econômica a ocunar-se em trabalhos que as façam descuidar os afazeres do lar". Em vão. A pedra começou a rolar. E só o fanatismo religioso lutaria por detê-la em meio à descida, nem Maomé sabe por quanto tempo.

Após descrever o panorama de ceticismo que sucedeu à imensa catástrofe de 1914, com toda sua dolorosa corte de lares destruídos, de crianças abandonadas, de mulheres ultrajadas, de decenso da natalidade, de famílias sem moradia, foi necessário, na observação de Lopez Del Carvil, o apoio jurídico-econômico da família, para evitar sua desagregação, reivindicar as idéias morais e buscar a proteção do Estado à garantia do núcleo familiar. "Nessa situação — ajuntou o ilustre catodrítico das Universidades de La Plata e Buenos Aires — assim como a variação de conceitos acerca do conteúdo e fim da vida, desenvolvimento das idéias políticas, intenso progresso tecnológico, fazem com que se produza a renovação da técnica jurídico-constitucional e a inclusão de normas fundamentais sobre a estrutura, função e amparo da família". Tal critério político, social e jurídico surge, pela primeira vez, na Constituição de Weimar de 1919, ao dispor que "o matrimônio, fundamento da família, da conservação e crescimento da Nação, está sob a particular proteção da Constituição". A Constituição irlandesa, promulgada a seguir, diz que o Estado "reconhece a família como o grupo de unidade nacional, primário e fundamental da sociedade e como institui

ção moral que possui direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a todo direito positivo. O estado, por conseguinte, assegura a proteção da família em sua constituição e autoridade, como base necessária da ordem social e como indispensável ao bem-estar da Nação e do Estado". Succedem-se os textos constitucionais, sempre preocupados com a proteção à família, na Grécia, na Checoslováquia, na Estônia, na Lituânia, na Espanha republicana, em Portugal, na Costa Rica, na Itália e na Suíça.

Era natural, assim, que os constituintes de 1934 não se detivessem apenas em repetir, como em 1924, o texto de 1.891. Várias Constituições não se contentaram em estabelecer os princípios diretores, "evitando — como desejava Ramella, invocando a companhia de Linhares Quintana — toda frondosidade e rigidez, que poderia coarctar a ação legislativa, no que pode variar e não é essencial". Ou, em síntese, "o que faz a vida mesma da família há de estar protegido pela ordem constitucional". Com maior ou menor detalhamento, diria Themístocles Cavalcanti que "uma das inovações das Constituições modernas é a inclusão no seu texto de um capítulo sobre a família". Ou, na palavra de Josaphat Marinho, "o conteúdo desses preceitos, amplia ou restringe, evidentemente, o alcance dos instrumentos legislativos ordinários, quer no tocante à situação dos cônjuges, quer quanto à condição dos filhos, ou ao poder do Estado. Daí a diversificada importância social e política das cláusulas constitucionais e suas diferentes repercussões econômicas".

Instalada solenemente, a 15 de novembro de 1933, a Assembleia Constituinte, foi no dia seguinte lido e mandado publicar o ante-projeto de Constituição, elaborado pela Comissão constituída pelo Governo Provisório. Todo o título X se destina à família, e se derroga pelos arts. 1079 a 1109. Se a Carta de 1891 nunca desse ser criticada pela parcimônia, a proposta governamental parecia pelo excesso. Ao colocar a família sob a proteção especial do Estado, logo a fazia repousar sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos, e deferia, generosamente, à lei civil estabelecer as condições de chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, e regular os direitos e deveres dos cônjuges. Ao dispor que o casamento era indissolúvel, contentava a Liga Eleitoral Católica, mas não fazia referência ao matrimônio religioso com efeitos civis. Ao declarar que a lei civil determinaria os casos de desquite e anulação de casamento, logo determinava a apelação ex-officio e com efeito suspensivo das sentenças anulatórias de casamento. Indicava as noções que poderiam impugnar a posse do estado de casado. Ao facultar aos filhos ilegítimos a investigação de paternidade e de maternidade, esclarecia que "a proteção das leis quanto ao desenvolvimento físico e espiritual dos filhos ilegítimos não poderá ser diferente da instituída para os legítimos". Em seu art. 1109, relacionava seis encargos de que a União, os Estados e Municípios se deveriam desincumbir, nos termos de lei federal. Ao contrário de que impunha Cesar Zama, a gratuidade do casamento civil, restrita como ficou à celebração, não quebrou todas as armas, e o povo nem por isso o proferiu no religioso, como demonstraria, com dados estatísticos do interior paulista, o constituinte José Carlos de Macedo Soares. Talvez por isso, a proposta governamental não se bastava com a gratuidade de celebração. Estendia-a ao processo. A Constituição de

1934 contentou-se com a gratuidade da celebração. Assim também a de 1946 e a de 1967. A gratuidade de habilitação e da celebração foi recentemente incluída na Sub-Comissão e na Comissão de Família, no Projeto e no 1º Substitutivo Bernardo Cabral. Mas, no 2º Substitutivo, já não figura a gratuidade da habilitação. Como a seção referente à Família não chegou a ser votada na Comissão de Sistematização somente no plenário da Assembleia Constituinte se poderá tentar o restabelecimento do que antes fora assentado. Em meio à luta pelo divórcio, na Faculdade de Direito de Santa Catarina, quando criticava a realização do matrimônio religioso antes do ato civil, um sacerdote me interrompeu, para afirmar que, especialmente no interior, o casamento civil era muito caro. Continua sendo. E seria temerário acreditar que deixe de sê-lo algum dia...

Iniciado o prazo em novembro de 1933, surgiu a primeira emenda, de Alfredo C. Pacheco: — "O casamento não é indissolúvel. A lei civil determinará os casos de anulação e de divórcio". E, para evitar que se arguisse a impossibilidade de inclusão de matéria de direito privado em carta constitucional, invocava Levi Carneiro: — "Devemos contar com essa lenta e difusa transformação do texto constitucional, para sua adaptação às necessidades, às necessidades, aos sentimentos de cada emergência". O divorcista Tomaz Lobo pretendia habilmente excluir tudo que já estivesse disciplinado no direito privado. Inclusive o divórcio, eis que "por disposição de leis ordinárias, sempre vivemos no regime do casamento indissolúvel". Afirmava que a tendência contemporânea era no sentido de adotar constituições flexíveis, e aduzia que o Código Civil somente pôde adotar investigação de paternidade, justamente porque a Constituição de 24 de fevereiro não dispõe sobre a organização da família, "de acordo com as ideias então dominantes".

O mineiro Matta Machado acrescentava ao anteprojeto relativo ao casamento civil as expressões "ou religioso celebrado pelo rito da Igreja Católica". E justificava sua proposição: — "Residindo no interior e consultado como advogado, senti muitas vezes, nas mansas lágrimas das mulheres abandonadas e de humildes viúvas, um protesto universal contra legisladores levianos que agem por intuição, sem medir os terríveis efeitos dos seus erros. Subsista o casamento civil, mas não se fulmine com a pena de nulidade o católico, que é o da família brasileira". Embora afirmando estar disposto a estender os efeitos civis aos casamentos religiosos em geral, explicava: — "Não ampliei o dispositivo da emenda aos casamentos celebrados pelos ritos de outras religiões, porque os seus crentes são pequena minoria e só existem nas cidades, onde lhes é acessível o casamento monogâmico e indissolúvel". O pastor Guaracy Silveira mandava suprimir a referência à indissolubilidade do matrimônio. Já a Emenda nº 269 permitia o divórcio a vínculo e exigia atestado sanitário dos nubentes para que o casamento civil fosse celebrado. Edward Possolo e outros pretendiam incluir no texto "a união monogâmica perfeita, como também evitar a prática nociva e imoral do abortivo". Subscrita pelos baianos Medeiros Neto, Leôncio Guitão, Pacheco do Oliveira, Magalhães Neto, Gileno Amado, Francisco Rocha, Layard Passos, Arlindo Leoni, Clemente Mariani, Attila Amaral, Manoel Novaes, Arnold Silva, Artur Neiva, Paulo Filho, Marques dos Reis e Alfredo Mascarenhas, a Emenda nº 1037 substituiu todo o Título X e

declarava que: "O casamento legal é o civil, cujo processo, documentos respectivos e celebração serão gratuitos e isentos de selos. O casamento religioso celebrado por qualquer religião organizada, que não contravenha a ordem pública e os bons costumes, observados os requisitos da lei civil quanto às pessoas dos cônjuges e impedimentos, uma vez inscrito no registro civil, produzirá todos os efeitos jurídicos". A Liga Eleitoral Católica ofereceu duas Emendas coletivas, subscritas por cinquenta e nove constituintes. Abrem a lista de proponentes Fernando Magalhães, Ferreira de Souza e Arruda Câmara. E, entre os demais, Adroaldo Mesquita da Costa. A de nº 1088 é substitutiva do Título X, Da Família. A de nº 1089 preocupa-se em dar outra redação aos §§ 7º e 8º do art. 112º, do Título XI, Da Educação e do Ensino. Irmãos siamenses, têm a mesma longa justificativa, que começa por afirmar "a origem e a razão de ser da Liga Eleitoral Católica, instituição que nasceu em todo Brasil com o fito de despertar a consciência cívica dos católicos e orientá-la harmonicamente no sentido mais consentâneo com as exigências dos princípios que defendemos e da realidade que apresentamos", além de divulgar "o seguinte decálogo de ação imediata":

1º - Promulgação da Constituição em nome de Deus.

2º - Defesa da indissolubilidade do laço matrimonial, com a assistência às famílias numerosas, e reconhecimento de efeitos cívicos ao casamento religioso.

3º - Incorporação legal do ensino religioso, facultativo, nos programas das escolas públicas primárias, secundárias e normais da União, dos Estados e dos Municípios.

4º - Regulamentação da assistência religiosa facultativa às classes armadas, prisões, hospitais, etc.

5º - Liberdade de sindicalização de modo que os sindicatos católicos, legalmente organizados, tenham as mesmas garantias dos sindicatos neutros.

6º - Reconhecimento do serviço eclesiástico, de assistência espiritual às forças armadas, e às populações civis, como equivalente ao serviço militar.

7º - Decretação de legislação do trabalho inspirada nos preceitos da justiça social, e nos princípios da ordem cristã.

8º - Defesa dos direitos e deveres da propriedade individual.

9º - Decretação de lei de garantia da ordem social contra quaisquer atividades subversivas, respeitadas as exigências das legítimas liberdades políticas e civis.

10º - Combate à toda e qualquer legislação que contraria, expressa ou implicitamente, os princípios fundamentais da doutrina católica.

Coube a um dos mais credenciados constituintes, o Professor Annes Dias, signatário da Emenda nº 204, que proclamava o casamento monogâmico e indissolúvel, explicar, na sessão de 19 de fevereiro de 1934, porque "os povos precisam defender-se dos fatos da desordem e, entre estes, está o divórcio", como promoveu demonstrar. Ilustrava sua oração, ouvida quase toda em silêncio, com dados relativos ao divórcio nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França, na Alemanha, e trouxe para os Anais várias vozes que protestavam contra o instituto.

Adolpho Soares representava o Maranhão na Comissão dos 24, encarregada de opinar sobre as emendas de plenário. Bacharelado em 1893, logo ingressara na magistratura, e em 1933 se aposentou como desembargador, para conquistar, com 3.505 votos em segundo turno, o mandato que o levaria à Assembleia Constituinte. Opinando contra as emendas divorcistas, dizia a certa altura de seu parecer:

- "A possibilidade do divórcio despertará a bestialidade, a libertinagem, os instintos carniais. O homem, possuído desses desejos, provocará as dissensões, as irritações no seio da família, a fim de ver coroados os seus propósitos, por lhe ser fácil arquitetar meios, arranjar provas venais, ao passo que a mulher, sem meios para saber sair do emaranhado, que contra ele lhe tocaram, por ser uma subordinada à chofia da família, sem tato, sem experiência devido à sua vida exclusivamente doméstica e familiar, quase sempre só com educação para salão, será fatalmente e sempre a vítima imbecil".

No entender do parlamento maranhense, não havia em nós ao meio "uma corrente nacional, numerosa, capaz de bem impressionar, com argumentações seguras, irrefutáveis, convincentes a favor do divórcio. A seu favor, há apenas um pequenino número de espíritos, isolados, com o seu parti-pris, mas que, em verdade, apesar dos esforços, da ginástica de sua dialética, ainda não conseguiram formar um grupo de agremiados, uma questão nacional, contra a indissolubilidade do casamento". No seu entender não havia sequer como silenciar, como em 1891. E investia: - "Dizem os adeptos do divórcio que eles constam da legislação de diversas nações, sem se referirem, entretanto, a muitas outras nações que o não admitem. Devemos abandonar o mau hábito de andarmos importando os maus costumes estrangeiros, que, absolutamente, se não aclimatam no nosso meio, idéias que não correspondem às aspirações do povo".

A Liga Eleitoral Católica ganhou a parada. A Constituição de 1934 saiu à sua imagem e semelhança.

A Carta outorgada de 1937 não teve projeto, nem Congresso, nem debates. Certamente por isso não se referiu ao casamento religioso. E, em seu art. 126º, pôde dispor que "aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais". Mais uma norma do Direito de Família buscava abrigo no texto constitucional.

Em 1946, a Constituição repetiu a de 1934. O casamento continuou indissolúvel, e assim figuraria na Constituição de 1967, tal como em 1934, "fruto do imperialismo religioso, como os há de imperialismo capitalístico", na crítica de Pontes de Miranda. Seria injustiça não recordar nesta Casa onde pontificaram os mestres Hermes Lima, Aloysio de Carvalho, Aliomar Baleeiro e Negroni Duarte, juntamente com Vieira de Melo, a renhida luta em que se empenharam, com bravura e brilhantismo, para atingir as ameias do edifício da indissolubilidade do casamento, a que também daria pouco depois sua valiosa contribuição o Professor Gilberto Valente. A

construção indissolubista somente ruiria em 1977 com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9.

O debate, antes aberto aos legisladores ordinários, foi truncado pela ação da Liga Eleitoral Católica. As diversas propostas para introduzi-lo na lei civil falharam, uma após outra.

Os constituintes de 1891 não deram ouvidos aos que, liderados por Lopes Trovão e Guimarães Natal, pretenderam incluir no catafuto a possibilidade do divórcio. Nem a Tomaz Lobo, Guaracy Silveira e seus companheiros, em 1934. Muito menos, em 1946.

Martinho Garcez tinha sobeja razão ao afirmar, no alvorecer deste século: - "Não me iludo sobre a sorte que terá a idéia ainda este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d'água, que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e perfura montanhas".

Deus me concedeu a graça de prolongar a vida, para assistir a vitória da gota d'água.

Ainda este ano, a Assembleia Nacional Constituinte de verá examinar o capítulo da Família. O texto do 1º Substitutivo, oferecido pelo relator Bernardo Cabral, e aprovado na Sub-Comissão e na Comissão da Família, estendia a especial proteção do Estado além da família constituída pelo casamento, para alcançar "a união estável entre o homem e a mulher, facilitando sua conversão em casamento"; e ia ainda mais além para beneficiar "a entidade familiar formada por qualquer dos pais ou responsável legal e seus dependentes, consanguíneos ou não". Parecia chegado o dia da reparação sovinha pelas companheiras e mãos solteiras. Eis que o 2º Substitutivo recua inesperadamente, e se contenta em afirmar que "a família tem a especial proteção do Estado". Diminui sem razão para um ano o prazo da dissolução do vínculo conjugal desde que haja notícia de separação judicial, e para dois anos se "comprovada separação de fato". Os textos anteriores fixavam esses prazos em dois e quatro anos. O 2º Substitutivo, ou o "Cabral II", como é conhecido, tenta destruir a cunha que os antidivorcistas conseguiram incluir na Lei nº 6.515, e determina que "a lei não limitará o número de dissoluções do vínculo conjugal". Como a Constituição mexicana de 1917, com a redação que o art. 4º deu o Decreto de 3 de fevereiro de 1983, a Constituição Portuguesa de 1976 e o artigo 25 da Constituição da China, o § 4º do art. 256 do "Cabral II" dispõe que "é garantido a homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de seus filhos e o planejamento familiar, vedado todo o tipo de prática coercitiva por parte do Poder Público e de entidades privadas". E no § 5º reza que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito destas relações." Outro instituto refugia-se no Direito Constitucional brasileiro através do § 4º do art. 257º: - "A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que também estabelecerá casos e condições de adoção por parte de estrangeiro". No parágrafo seguinte, o texto que será em breves dias examinado pelo plenário da Assembleia, proclama que "os filhos, independentemente da condição de nascimento, inclusive os adotivos, têm iguais direi

tos e qualificações", repetindo, sem igual clareza, texto da Constituição Portuguesa. Mais outra disposição do Direito de Família que foge para a órbita constitucional, é a do ar. 258º: "Os pais têm o direito, o dever e a obrigação de manter e educar os filhos menores, e de amparar os enfermos em qualquer idade; e os filhos maiores têm o dever de auxiliar os pais e a obrigação de o fazer na velhice, carência ou enfermidade destes." Finalmente, o "Cábral II", corrigindo grave omissão da Carta vigente, impõe ao Estado e à sociedade "o dever de amparo às pessoas idosas, mediante políticas e programas que assegurem sua participação na comunidade e defendam sua dignidade, saúde e bem-estar". E manda que os programas de amparo aos idosos sejam "executados preferencialmente em seus próprios lares, garantido o transporte urbano gratuito aos maiores de sessenta e cinco anos".

Minhas Senhoras.

Meus Senhores.

Cumpro o dever de agradecer-vos a paciência com que ouvistes estas notas mal arrumadas nos breves intervalos de intensos debates parlamentares e de inadiáveis compromissos políticos. Confio em que a razão continua com Horácio, ao cantar que a "paciência torna mais leve o que não é lícito remediar". Obrigado.

Num dia 17 de dezembro, dois meninos, de treze anos, enfrentaram no Ginásio da Bahia a rigorosa banca examinadora de Aritmética. Um vinha dos Maristas, outro do Antonio Vieira. Sessenta e quatro anos depois, mais uma vez se encontram, já agora distantes de uma multidão de amigos. E o menino do Antonio Vieira saudável, e grita, feliz e vaidoso, a plenos pulmões:

-Salve o menino dos Maristas!

-Viva Orlando Gomes!

ANEXO 10

SANS ADIEU

ORLANDO GOMES

Bem sei que a intenção não foi fazer uma festa de despedida.

Se por acaso fosse, meus queridos alunos de ontem e de hoje, teria tonalidades de crepúsculo vespertino, quando tem para mim próprio o esplendor de uma aurora polar.

Se de mim depender e forças mantiver, a vontade e o propósito são de continuar a ensinar na cátedra e no livro, com o mesmo entusiasmo, a mesma dedicação e o mesmo rigor, nesse longo labutar que vem enchendo a conta e a medida dos meus dias.

Mas, nem por isso ignoro a dura realidade do peso dos anos vividos e curtidos.

Na altura da existência a que cheguei, domina-me a triste percepção de ter de preferir o que foi ao que é e ao que será.

Não que a esperança se tenha evaporado.

Devendo falar quando já amadureci para o silêncio e o luto mesmo, estou a viver uma hora da minha vida em que se decantam os meus desacertos e as minhas fidelidades, advertido de que quem chega muito longe na travessia terrena aprende que a experiência se adquire através da sucessão de revêses e que é preciso muito sofrer-las para saber viver.

Curado da propensão juvenil para os julgamentos absolutos e tendo na recordação e na saudade a dieta do espírito, ainda não sinto, ou não percebo, que seja um resto amargo de mim mesmo desamparado e esquecido, tendo a companhia exclusiva da solidão e do silêncio, numa paz sem alegria e numa tristeza sem lágrimas.

Dívisei ainda horizontes esbraseados no infinito azul de céus tranqüilos e repousantes, mas, aqui e agora, tenho de me virar para o passado.

Gostaria de recordar os lances de seu desdobramento, as aulas concorridas, as sucessivas parânfias, o convívio fraterno com os alunos e com os colegas de magistério, - a esse tempo eminentes exponenciais de intelectualidade brasileira - os triunfos, os fatos marcantes e as expectativas generosas que onfeitaram estes cinqüenta anos de cátedra.

Essa regressão da memória me confortaria num momento de tanta emoção e tanto gosto, como este que estou a saborear, mas as evocações devem ser guardadas no coração, que a mais ninguém interessa.

Devo me preservar, de resto, contra um perigo que ameaça todo intelectual: a validade de proclamar, ou de recordar, feitos quando sua obra ainda não tem julgamento definitivo.

Antes que exprimir sensações murchas e emoções pastas, a imunidade e a longevidade dos anos podem que transmita impressões e divulgue confissões sobre a minha experiência como professor de direito.

O que de mim se espera é um depoimento enxuto e uma profissão de fé esquemática.

Defasados ou enganados, esses discentes não se apercebem da crise de função da Universidade historicamente esgotada e ignoram a morte sem ressurreição da figura social do estudante.

A vocação para a pior e mais abusiva das catequese, a do gradação do direito ao nível de mera "forma", a limitação dos estudos jurídicos a insignificantes problemas metodológicos ou exegeticos, o desdém pelas novas expressões da dogmática e da técnica, a indiferença ante o processo apressado da evolução jurídica, a fidelidade ao passado defunto, todas estas e outras tantas deficiências e desvios marcam o ensino jurídico de hoje com a nódoa de encardido, e exercícios arqueológicos, impedindo que alcance de novo a grandeza e a altitude a que se elevou na década de 40, nos saudosos anos mais luminosos e fecundos de sua glória maior, com os Aloysio, os Nestor, os Jayme, os Adalício, os Aliomar, os Nelson, os Lafayette e os Josaphat.

Supondo que o amesquinçamento do direito ou o desinteresse pela própria responsabilidade docente não deixam perceber que o dilema dos nossos dias é entre o pluralismo e o totalitarismo, capitalista ou socialista.

Todos os outros perderam vigência histórica.

O pluralismo é a revanche da sociedade civil contra a socialização arcaica do Estado autoritário, a liberdade de divergir e de criticar, sem ter medo de ser preso ou injuriado.

Só o espírito crítico do professor, — pedra de toque da dignidade da cátedra —, o afasta da tentação de se instalar por detrás dos biombo que impedem uma visão geral da sociedade e que obstruem a concreção dos valores insalienáveis do Direito.

Dentre esses valores, a primazia está com a Justiça — sem adjetivo e sem equiparação à legalidade.

Não é que haja um direito natural que a concretize num tecido de proposições filosóficas; essa suposição é uma arrogância do pensamento, como disse LARENZ.

Existem, entretanto, princípios jurídicos cristalizados ao longo da história da civilização, que são a base, o critério e a justificação dos comandos legais, nem sempre justos.

Ninguém duvida de que no plano do direito privado, a legislação é informada pelo princípio da boa fé, da lealdade e confiança mútuas, da equivalência nos contratos sinalagmáticos, da responsabilidade pelo dano injusto, da nivelção social, da inadmissibilidade de leis retroativas.

A Justiça é um valor que se realiza através do Direito e quem Direito ensina comete um delito de lesa-razão se reduz a sua didática à descrição do seu aspecto meramente formal, de sua validade, de sua eficácia, ignorando que em toda situação histórica o pensamento jurídico é um "instrumento de compreensão da realidade social".

Urge voltar ao estudo do Direito na dimensão sociológica, inclusivamente como instrumento de mudança e de controle social, o novo direito promocional de que fala NORBERTO BOBIO.

É como a característica distintiva das normas jurídicas reside na diversa "intensidade de sentimentos", como parecia a ERICH, o que se preconiza é a volta ao "juridismo", como reclamava M. FOCAULT, a ser realizada com "clareza de espírito e pureza de consciência".

É chegada a hora do agradecimento, aos promotores desta homenagem, aos colaboradores e, principalmente, aos antigos alunos que a subscreveram.

Tantos anos passados e tantas manifestações de anseio recebidas não me fizeram crescer, nem na ambição, nem na soberba.

Nem me afastaram espiritualmente dos ex-alunos, hoje distintos colegas.

Para muitos, distanciaram-se os dias dos sonhos confortáveis, mas, na variedade dos destinos trapados, nenhum terá com certeza certido os laços da determinação e do discernimento que os anos vividos na Faculdade implantaram para sempre em espíritos fortes e lúcidos.

No decurso das ilusões, provocado pelo colapso das reuniões metafísicas, morais e políticas, espero que tenham todos ânimo e perspicácia para recusar a tentação de renegar os ideais da mediocridade, e, entre todos eles, o de justiça e o de liberdade.

Gostaria que, entrando estas palavras pelo ouvido, no coração fizessem eco, a fim de que possam todos admitir que, sendo agora tanto mais do que foram e tendo mais do que tiveram, fizeram e satisfizeram e que continuam fazendo para se satisfazer, certos de

que "o que a virtude dá não pode a inveja tirar e o que a fama concede não pode tomar a ingratidão".

Dever tenho, portanto, de proferir algumas palavras sobre a nossa missão e o nosso drama.

Dever tenho, em seguida, de emitir um juízo conciso sobre a nossa ciência, pois afinal todos nós, os ensinantes, somos servidores do Direito, e seus apóstolos.

Como homens de cultura, cabe-nos profissionalmente produzir e transmitir conhecimentos e valores.

Não somos uma casta, nem uma seita, nem uma cabala.

Somos uma categoria cuja ubicação social é uma garantia sociológica de imparcialidade, no dizer de MANHEIM.

Então, não devemos de ser técnicos, sejam jurisperitos, porque não podemos fugir à responsabilidade política, nem escapar ao condicionamento histórico e cultural.

Esta fatalidade eleva às alturas de uma obrigação moral o compromisso de nos mantermos sofregamente atualizados nesta fase de aceleração da história, por um esforço crítico, contínuo e obstinado, pelo estudo quotidiano e permanente, em ritmo de reciclagem, mas, sobretudo, com a sinceridade que não possuem os intelectuais posti-

Registro com tristeza o inadimplemento dessa obrigação.

As lições de FICHTE sobre a missão do douto, as advertências de TOCQUEVILLE sobre a politização que os torna indulgentes com os extremismos simplificados e aprioristas, no desmoronamento das idéias governis, as inquietações de MAX WEBER quanto às tensões entre a compreensão e as intenções, e a preocupação de G. LUCKAS relativamente aos assaltos à razão, desconhecidas ou menosprezadas, condenam os professores em sua maioria, ao imobilismo ou ao sectarismo.

Neste dia de evocações gratas, o que desejo a cada aluno que se tornou amigo é que o guarde na memória.

Ratificando a minha gratidão, digo em verdade que os meus braços continuam abertos para estreitá-los a todos contra o meu coração, hoje pulsando de uma alegria vibrante e inexprimível.

E agora deixo de lado o protocolo para lhes dizer: vocês enfeitaram com um raio de sol o outono da vida do velho mestre, mas não, por favor não me digam adeus!

ANEXO 11

SENHOR PRESIDENTE,
SENHORES SENADORES:

NESTE FINAL DE MILENIO, EM QUE O MUNDO ASSISTE, PERPLEXO, O FIM DAS IDEOLOGIAS, A VIRTUAL DESESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL, UMA PROFUNDA MUDANÇA NOS PADRÕES CULTURAIS, TEM LUGAR UMA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA QUE NÃO APENAS CONSTITUI O MAIS IMPORTANTE SINAL DOS NOVOS TEMPOS, MAS SOBRETUDO ESTÁ PROVOCANDO TRANSFORMAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS MAIS INTENSAS DO QUE A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL.

NESSE CONTEXTO, A BIOTECNOLOGIA, JUNTAMENTE COM QUÍMICA FINA, A INFORMÁTICA, A PRODUÇÃO DE NOVOS MATERIAIS, A MECÂNICA DE PRECISÃO, REPRESENTAM, SEGURAMENTE, A MAIS IMPORTANTE CONQUISTA TÉCNICO-CIENTÍFICA DO SÉCULO XX.

DE FATO, A BIOTECNOLOGIA, MEDIANTE A CERAÇÃO DE PROCESSOS E PRODUTOS, TEM SIDO CAPAZ DE PROMOVER ALTERAÇÕES NOS MICROORGANISMOS ANIMAIS E VEGETAIS, EXPLORANDO SUAS POTENCIALIDADES COM O OBJETIVO DE MELHORAR A QUALIDADE DE VIDA DO HOMEM.

ATÉ ALGUNS ANOS PASSADOS, A BIOTECNOLOGIA — OU ENGENHARIA GENÉTICA — ESTAVA LIMITADA AO UNIVERSO DE AÇÃO DE UM RESTRITO CÍRCULO DE INICIADOS. HOJE CONSTITUI TEMA AMPLO, OBJETO DE POLÊMICAS E DISCUSSÕES, EM SIMPÓSIOS E CONFERÊNCIAS, NAS MAIS DIFERENTES LATITUDES.

TUDO COMEÇOU NA DÉCADA DE 50 COM A DESCOBERTA DA ESTRUTURA DO MATERIAL GENÉTICO, QUE DEU O PRÊMIO NOBEL A HATSON E CRICK. JÁ EM 1973 SE DEU UM PASSO DECISIVO, PARA CONSOLIDAÇÃO DESSA NOVA CIÊNCIA, COM O SURGIMENTO DE UMA TÉCNICA MODERNA, REVOLUCIONÁRIA, DESCENDENTE EM LINHA DIRETA DA BIOLOGIA MOLECULAR DO CENÊ, DA BIOQUÍMICA E DA QUÍMICA FINA.

NOS ANOS 20, JÁ SE PRODUZIAM RATOS TRANSGÊNICOS COM O DOBRO OU O TRÍPLIO DO SEU TAMANHO NORMAL E NOS ANOS 30 — CREIAM — PODERÁ TER O HOMEM O SEU MATERIAL GENÉTICO MANIPULADO DE MANEIRA SEMELHANTE.

há 50 ANOS ATRÁS — LEMBRO EDÉCIO ARNBRUSTER DE MORAES — MESMO OS CIENTISTAS MAIS TALENTOSOS DA ÉPOCA NÃO PODERIAM PREVER O CURSO QUE A CIÊNCIA TOMARIA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO.

ESSA MUDANÇA NÃO FOI PRODUTO DE UMA ÚNICA DESCOBERTA FANTÁSTICA, MAS SIM O RESULTADO DO ACUMULO DE INÚMEROS EXPERIMENTOS, FEITOS AO LONGO DE VÁRIAS DÉCADAS, QUE PERMITIU AOS CIENTISTAS CRIAR ALGO INTEIRAMENTE NOVO: NOVAS MOLECULAS, NOVOS GENES E, CONSEQUENTEMENTE, UMA NOVA VIDA. A BIOLOGIA ASSUMIU, ASSIM, UM CARÁTER EXPERIMENTAL, PORQUANTO ESSA NOVA CIÊNCIA TEM, POR FULCRO, A MANIPULAÇÃO GENÉTICA.

A ENGENHARIA GENÉTICA ESTÁ DANDO AO HOMEM A CAPACIDADE DE ALTERAR AS CARACTERÍSTICAS DOS ORGANISMOS VIVOS, COM VISTAS A

ADAPTÁ-LOS ÀS SUAS NECESSIDADES. ALÉM DA POSSIBILIDADE DE CONTROLAR, AMPLAMENTE, AS CAPACIDADES BIOSINTÉTICAS DOS ORGANISMOS UNICELULARES, AS NOVAS TÉCNICAS CRIARAM INSTRUMENTOS DE DETECÇÃO, CONHECIDOS COMO "SONDAS GENÉTICAS", CUJA UTILIZAÇÃO PERMITE ESTABELECEER, COM MUITA PRECISÃO, ALGO COMO UMA CARTOGRAFIA DO GENOMA HUMANO.

NA MEDIDA DOS SEUS AVANÇOS, PODEM ESPERAR-SE CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS IMPORTANTES PARA O EQUILÍBRIO MACROECONÔMICO DO PLANETA, PORQUE ESSA TECNOLOGIA, SE BEM CONDUZIDA, BENEFICIARÁ QUASE TODOS OS SETORES — DESDE A BIOLOGIA MOLECULAR À MEDICINA, DA AGRICULTURA À INDÚSTRIA QUÍMICA E FARMACÊUTICA, E, ATÉ MESMO, A INFORMÁTICA.

É RAZOÁVEL ADMITIR QUE AS INÚMERAS PESQUISAS, REALIZADAS POR ESSE NOVO RAMO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO, PODERÃO AJUDAR A HUMANIDADE A SOLUCIONAR ALGUNS DE SEUS MAIS CRUCIANTE PROBLEMAS, COMO A FOME, AS DOENÇAS E A PRODUÇÃO DE ENERGIA.

A APLICAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA NA AGRICULTURA, POR EXEMPLO, ESTÁ PROPICIANDO O MELHORAMENTO GENÉTICO ATRAVÉS DA INTRODUÇÃO DE NOVOS GENES NAS PLANTAS, A FIM DE TORNÁ-LAS MAIS RESISTENTES À DOENÇAS DE CAMPO E A ATAQUES DE PRAGAS, CONTRIBUINDO PARA AUMENTO DE PRODUÇÃO E, SOBRETUDO, DA PRODUTIVIDADE.

NA ÁREA DE MEDICINA E SAÚDE PÚBLICA, A ENGENHARIA GENÉTICA ESTÁ VIABILIZANDO A PREVENÇÃO DE UM ENORME NÚMERO DE MOLÉSTIAS, COMO A DIABETE, O NANISMO, A TROMBOSE, O ENFARTE, A HEPATITE, A HIPERTENSÃO, A HEMOFILIA, A DISTROFIA MUSCULAR, A ARTERIOSCLEROSE E ATÉ O CÂNCER.

NO CAMPO DA ENERGIA, SE SEUS RESULTADOS NÃO SÃO TÃO EVIDENTES, PORQUE O PETRÓLEO E O GÁS SÃO PRODUTO DE ORIGEM MINERAL, CONTUDO NÃO SE PODE DEIXAR DE LEMBRAR QUE A ENGENHARIA GENÉTICA VEM OBTENDO GANHOS SENSÍVEIS NA EXPLORAÇÃO DE FONTES ALTERNATIVAS, PRINCIPALMENTE NA PRODUÇÃO DE ÁLCOOL.

AVANÇOS RECENTES EM BIOTECNOLOGIA TEM SIDO IMPLEMENTADOS POR PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM INFORMÁTICA. ESSA ÍNTIMA RELAÇÃO ENTRE A INFORMÁTICA E A BIOTECNOLOGIA EVIDENCIOU O SURGIMENTO DA BIOINFORMÁTICA, NOVO RAMO DE CONHECIMENTO CIENTÍFICO-TECNOLOGICO VOLTADO PARA SOLUÇÃO DE PROBLEMAS SURTIDOS NO ÂMBITO DA BIOTECNOLOGIA

ADENAIIS DE TUDO, REGISTRE-SE QUE A EXPANSÃO DA BIOTECNOLOGIA JÁ ULTRAPASSA A FRONTEIRA DOS PAÍSES DESENVOLVIDOS, PASSANDO A INTERESSAR AOS PAÍSES DO TERCEIRO MUNDO QUE VÊM NESTA ÁREA CIENTÍFICA A PERSPECTIVA DE SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES DE SUA POPULAÇÃO.

A PROPÓSITO, NOSSO PAÍS DISPÕE DE UMA IMENSA RIQUEZA EM TERMOS DE RECURSOS GENÉTICOS QUE, MANIPULADOS PELAS MODERNAS TÉCNICAS DE BIOTECNOLOGIA, ENSEJAM EXPECTATIVAS FAVORÁVEIS QUANTO À POSSIBILIDADE DE VIR A SER UM DOS CELEIROS DO MUNDO.

PARA TANTO, É IMPORTANTE QUE OS INVESTIMENTOS NESTA ÁREA SEJAM PROPORCIONAIS À DIMENSÃO DE NOSSA ECONOMIA, GARANTINDO O ACOMPANHAMENTO DAS TENDÊNCIAS MAIS AVANÇADAS DA TECNOLOGIA MUNDIAL, PARA QUE POSSA MANTER E, ATÉ MESMO, AMPLIAR O NÍVEL DE COMPETITIVIDADE QUE HOJE DESFRUTA.

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM BIOTECNOLOGIA NA AGRICULTURA, DESENVOLVIDA A PARTIR DA CRIAÇÃO DA EMBRAPA E DO PROGRAMA NACIONAL DO ALCOOL, ESTÁ SE EXPANDINDO PELA IMPLANTAÇÃO DE VÁRIOS PROJETOS QUE FAZEM USO DE RECURSOS DA ENGENHARIA GENÉTICA.

A EMBRAPA TEM CONFERIDO PRIORIDADE AO MELHORAMENTO GENÉTICO DE PLANTAS E ANIMAIS, À MICROBIOLOGIA DE SOLO E À FITOSSANIDADE, AFORA INVESTIR FIRMEMENTE NA FORMAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS. COM OS TRABALHOS DE BIOLOGIA MOLECULAR INICIADOS EM 1981, A EMBRAPA TRANSFORMOU, EM 1986, O SEU LABORATÓRIO DE ENGENHARIA GENÉTICA DE PLANTAS NO CENTRO NACIONAL DE RECURSOS GENÉTICOS E BIOTECNOLOGIA, COM A RESPONSABILIDADE DE CONDUZIR E COORDENAR PESQUISAS DE INSTITUIÇÕES CIENTÍFICAS E UNIVERSIDADES, TENDO EM VISTA A APLICAÇÃO EM AGROPECUÁRIA.

HOJE, SOB A EGIDE DESSA EMPRESA PIONEIRA, ESTÃO ENGAJADAS, APROXIMADAMENTE, 100 INSTITUIÇÕES NACIONAIS E ESTRANGEIRAS, TODAS ELAS VINCULADAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, AO PROGRAMA NACIONAL DE PESQUISA EM BIOTECNOLOGIA AGROPECUÁRIA.

O INTERESSE DO SETOR PRODUTIVO BRASILEIRO PELA BIOTECNOLOGIA AINDA É RECENTE E OS INVESTIMENTOS REALIZADOS SÃO MUITO LIMITADOS. ENTRETANTO, JÁ ATUAM NA ÁREA GRANDES EMPRESAS MULTINACIONAIS E NACIONAIS QUE, GRADATIVAMENTE, ESTÃO APLICANDO

RECURSOS EM SEUS PRÓPRIOS LABORATÓRIOS OU EM UNIVERSIDADES E INSTITUTOS DE PESQUISA, PARA ATENDIMENTO DE DEMANDAS ESPECÍFICAS.

CABE SALIENTAR, CONTUDO, QUE TODO ESSE ESFORÇO DESPENDIDO SÓ TERÁ RESULTADO POSITIVOS PARA A ECONOMIA NACIONAL, CASO SE ADOTE UM MODELO MENOS DEPENDENTE DE INSUMOS ESTRANGEIROS E SE HOUVER UM INVESTIMENTO MACIÇO EM RECURSOS HUMANOS. DESSA INICIATIVA DEPENDERÁ, NO FUTURO, A COMPETITIVIDADE, BRASILEIRA EM BIOTECNOLOGIA.

DENÚNCIAS TÊM SIDO FEITAS SOBRE AS ENORMES DIFICULDADES ENFRENTADAS POR CIENTISTAS PARA A IMPORTAÇÃO DE INSUMOS E DE EQUIPAMENTOS E PARA A REPOSIÇÃO DE PEÇAS DE LABORATÓRIO. SEGUNDO REVELAÇÃO FEITA NO SEMINÁRIO "BRASIL SÉCULO XXI", REALIZADO NA UNICAMP, EM JULHO DE 1988,

MAS, SENHOR PRESIDENTE, ESTE PRONUNCIAMENTO TEM O OBJETIVO TAMBÉM — E SOBRETUDO — DE CHAMAR A ATENÇÃO PARA O FATO DE QUE O DESENVOLVIMENTO DESSA NOVA MODALIDADE DO SABER E DA TECNOLOGIA — PELAS SUAS PECULIARIDADES — NÃO PODE SER FEITO SEM QUE SE TENHA PRESENTE A OBSERVÂNCIA DE SÓLIDOS PRECEITOS ÉTICOS.

AS PESQUISAS E EXPERIÊNCIAS NO CAMPO DA BIOTECNOLOGIA ESTÃO GERANDO GRANDES CONTROVÉRSIAS EM TODO O MUNDO.

EM 1975, NOS ESTADOS UNIDOS, REALIZOU-SE A CONFERÊNCIA DE ASILOMAR, NA CALIFÓRNIA, EVENTO EM QUE OS PRÓPRIOS CIENTISTAS EXIGIRAM O ESTABELECIMENTO DE RESTRIÇÕES PARA DETERMINADOS TIPOS DE EXPERIMENTOS.

O SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE ASPECTOS SOCIAIS E LEGAIS DA BIOTECNOLOGIA, PROMOVIDO EM BRASÍLIA PELO IPEA, EM 1984, CUMPRINDO PROJETO DO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, QUESTIONOU MUITO OS ASPECTOS DE PRIVATIZAÇÃO DE PATENTES, DISCUTINDO AMPLAMENTE AS INOVAÇÕES NA AGRICULTURA, AS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO, O PAPEL DO ESTADO E AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DESSA MODERNA TÉCNICA.

O PROBLEMA AGORA SE AGRAVA TENDO EM VISTA QUE AS EXPERIÊNCIAS ATINGIRAM A GENÉTICA HUMANA E SE VERIFICOU QUE ERA POSSÍVEL PREDETERMINAR O SEXO DOS NASCITUROS E PROCESSAR A

RECUNDAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO EMBRIONÁRIO EM PROVETA. ESSAS QUESTÕES DESLOCAM A DISCUSSÃO DO CAMPO MERAMENTE LEGAL PARA O CAMPO MORAL E ÉTICO.

JÁ SE DEBATE NO CAMPO DO DIREITO, COM RESPEITO A ESSE NOVO ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO DA BIOTECNOLOGIA, A POSSIBILIDADE DE PATENTEAR UM SER VIVO. OS MICROORGANISMOS, LEVEDURAS E ATÉ ANIMAIS COMPLEXOS — COMO O NOVO TIPO DE RATO PARA PESQUISA QUE FOI CRIADO EM LABORATÓRIO E MOTIVOU TAL QUESTÃO NOS EUA — PODERIAM SER PROTEGIDOS POR UMA PATENTE, COMO SE FOSSEM UM MECANISMO, UM CIRCUITO, UM PROCESSO QUÍMICO?

É PRECISO QUESTIONAR SE EXISTE VIOLAÇÃO DE ALGUMA NORMA ÉTICA SUBJACENTE, QUANDO SE ALTERA DRÁSTICAMENTE O PADRÃO BIOLÓGICO DE ALGUMA ESPÉCIE MEDIANTE MANIPULAÇÃO DE SEU MATERIAL GENÉTICO. PESQUISADORES AMERICANOS ESTÃO FAZENDO A CARPA SE REPRODUZIR DE FORMA MAIS RÁPIDO MEDIANTE O TRANSPLANTE DE UM GENE DE OUTRO PEIXE EM SUAS CÉLULAS REPRODUTORAS.

A QUESTÃO MUDA DE FIGURA, FUNDAMENTALMENTE, SE A ESPÉCIE ANIMAL EM QUESTÃO É O PRÓPRIO HOMEM, EMBORA TÉCNICAMENTE O PROBLEMA SEJA PRATICAMENTE O MESMO. EM QUEM NÃO CAUSARIA UMA PROFUNDA DÚVIDA UMA INDAGAÇÃO DESTA NATUREZA: É LÍCITO PROMOVER A CRIAÇÃO DE SÉRIES HUMANOS "MAIS PERFEITOS" OU MAIS ADEQUADOS A DETERMINADAS CIRCUNSTÂNCIAS MEDIANTE MANIPULAÇÃO DE SEU MATERIAL GENÉTICO A NÍVEL CELULAR OU MOLECULAR? E QUEM DETERMINARIA OS PADRÕES DE PERFEIÇÃO OU ADEQUAÇÃO A SEREM UTILIZADOS?

UMA VARIANTE DESTA MESMA QUESTÃO LEVA A INDAGAR SE O RECURSO À ENGENHARIA GENÉTICA POR A ÚNICA FORMA CAPAZ DE SALVAR UM PACIENTE OU DEVOLVER-LHE A NORMALIDADE DAS FUNÇÕES BIOLÓGICAS, SERIA LÍCITO, ENTÃO, INTERFERIR EM SUA ESTRUTURA GENÉTICA?

AINDA OUTRA LINHA DE QUESTÕES NÃO MENOS PREOCUPANTES É A QUE NOS LEVA A PERGUNTAR SE, NA PESQUISA DE ORGANISMOS ÚTEIS À ATIVIDADE HUMANA, TODAS AS PREOCUPAÇÕES ESTÃO SENDO REALMENTE TOMADAS NO SENTIDO DE EVITAR A FORMAÇÃO DE ALGUM SUBPRODUTO (OU DE ALGUMA CARACTERÍSTICA SECUNDÁRIA DESAPERCEBIDA DO PRÓPRIO ORGANISMO) QUE POSSA CAUSAR DANOS IRREPARÁVEIS AO HOMEM, ANIMAIS, PLANTAS OU AO ECOSISTEMA COMO UM TODO.

E SE, INOPINADAMENTE, COMO RESULTADO INDESEJADO DE UMA PESQUISA SOBRE, DIGAMOS, LEVEDURAS, SE CRIA UM MICROBÍO RESISTENTE QUE ATAQUE AS PLANTACOES DE "GRÃOS" OU AO BUSCAR UMA VACINAÇÃO TERMINE POR CRIAR UM VIRUS LETAL PARA OS REBANHOS OU PARA OS HOMENS?

TODAS ESSAS QUESTÕES ACIMA, QUE PARECEM TER FUGIDO DOS LIVROS DE FICÇÃO CIENTÍFICA, ESTÃO BATENDO EM NOSSA PORTA A EXIGIR-NOS QUE MEDITEMOS SOBRE ELAS DE MODO SÉRIO E DESAPAIXONADO.

NÃO PODEMOS ADOTAR DIANTE DELAS UMA POSTURA MEDIEVAL E OBCURANTISTA E PRETENDER ESTANCAR OS PASSOS DA CIÊNCIA NESTA DIREÇÃO, PORQUE A SOLUÇÃO DE MUITOS MALES QUE AFLIGEM A HUMANIDADE PODEM VIR DO RESULTADO DAS PESQUISAS GENÉTICAS, TAL COMO A UMA CURA PARA A AIDS OU O DESENVOLVIMENTO DE GRÃOS MAIS RESISTENTES E ABUNDANTES PARA APLACAR A FOME DO MUNDO. DE MAIS A MAIS, SERIA INÚTIL. OS CASOS DE GALILEU, DE DARWIN E DE TANTOS OUTROS A QUEM SE TENTOU CALAR A TODO CUSTO, SEM SUCESSO, SÃO TESTEMUNHOS MAIS DO QUE ELOQUENTES.

ESSA QUESTÃO, POR ENQUANTO, SE RESTRINDE, NATURALMENTE, AS ÁREAS DO MUNDO MAIS DESENVOLVIDO, MAS NÃO DEIXA DE CONSTITUIR MOTIVO DE PREOCUPAÇÃO, TAMBÉM, PARA TODOS NÓS BRASILEIROS.

NÃO PODEMOS TAMPOUCO ADOTAR UMA POSTURA DE MEROS ESPECTADORES DIANTE DE UM PROCESSO QUE, EM ÚLTIMA ANÁLISE, PODE POR EM RISCO A PRÓPRIA EXISTÊNCIA DO SER HUMANO.

ORA, SE HOJE A MANIPULAÇÃO GENÉTICA PODE PREDETERMINAR O SEXO, AMANHÃ SE PODERÁ CEDER À TENTACÃO DE PROGRAMAR OS CARACTERES BIOLÓGICOS E PSICOLÓGICOS DE UMA PESSOA E DE PATENTEAR CIENTIFICAMENTE A IDENTIDADE BIOGENÉTICA DE DIVERSOS INDIVÍDUOS.

O FASCÍNIO E A TENTACÃO DESSAS NOVAS DESCOBERTAS ESTIMULARAM OS PESQUISADORES DE TAL MODO, QUE AGORA SE DESENVOLVEM OUTRAS POSSIBILIDADES E JÁ SE PENSA EM CLONAR UM EMBRIÃO, OBTENDO-SE VÁRIAS CÓPIAS, MAIS IDÊNTICAS DO QUE DOIS GÊMEOS.

E COMO SE ISSO NÃO BASTASSE, ESSA SEDUTORA CADEIA DE TENTATIVAS PODERIA, TAMBÉM, INDUZIR ALGUM CIENTISTA ENLOUQUECIDO A PERSEGUIR METAS MUITO MAIS AUDACIOSAS, COMO JUNTAR UM EMBRIÃO

HUMANO COM OUTRO DE ALGUMA ESPÉCIE DE ANIMAL, FAZER CRESCER O FETO NO LABORATÓRIO, DENTRO DE UMA ESPÉCIE DE ÚTERO ARTIFICIAL, E, INCLUSIVE, ADOTAR UM EMBRIÃO JÁ PRONTO, CONSERVADO POR TEMPO ILIMITADO EM FREEZERS.

SENHOR PRESIDENTE, SENHORES SENADORES, EMBORA O PROCESSO TÉCNICO, O DESENVOLVIMENTO DAS EXPERIÊNCIAS, SEJA DESEJÁVEL, É FUNDAMENTAL QUE SE ATENTE PARA AS CONSEQUÊNCIAS QUE PODER ADVIR DESSE FANTÁSTICO ESPECTRO DE POTENCIALIDADES QUE COLOCAM EM CONFRONTO A TÉCNICA COM A ÉTICA E A CIÊNCIA COM A CONSCIÊNCIA.

DESDE QUE COMEÇARAM A SURTIR, HÁ CERCA DE DEZ ANOS, ANIMAIS E VEGETAIS COM ORGA GENÉTICA ALTERADA, INSTALOU-SE UMA POLÊMICA QUE ENVOLVE ASPECTOS NÃO SOMENTE ECONÔMICOS E CIENTÍFICOS, MAS TAMBÉM ÉTICOS.

DIANTE DE TANTAS IMPLICAÇÕES LEGAIS, MORAIS, ÉTICAS, RELIGIOSAS E ATÉ CIENTÍFICO-TECNOLOGICAS, ENVOLVENDO ESSA NOVA CIÊNCIA, INÚMERAS REAÇÕES DE ALERTA TEM SIDO REALIZADAS POR IMPORTANTES SECTORES DA SOCIEDADE.

OPORTUNAS, FORAM AS PALAVRAS DO PAPA, SOBRE O ASSUNTO, PERANTE A ACADEMIA PONTIFÍCIA DAS CIÊNCIAS, EM 1979:

"É PRECISO CONVENCERMO-NOS DA PRIORIDADE DA ÉTICA SOBRE A TÉCNICA, DO PRIMADO DA PESSOA SOBRE AS COISAS E DA SUPERIORIDADE DO ESPÍRITO SOBRE A MATÉRIA".

RECENTEMENTE, PREOCUPADOS COM A QUESTÃO, OS CONSELHOS DE PESQUISA DE ONZE PAÍSES EUROPEUS PRONUNCIARAM-SE SOBRE ASPECTOS DESSA QUESTÃO, AO DETERMINAR, NO TOCANTE AO TRANSPLANTE DE GENES HUMANOS, QUE ESTES SÓ PODERÃO TER COMO OBJETIVO A CORREÇÃO DE DEFEITOS GENÉTICOS OU O TRATAMENTO DE ALGUM PACIENTE PARA O QUAL NÃO HAVERIA OUTRO MEDICAMENTO ALTERNATIVO, SENDO TOTALMENTE VEDADA QUALQUER INTERFERÊNCIA NA ESTRUTURA GENÉTICA DE UM SER HUMANO VISANDO A "MELHORIA DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ESPÉCIE".

TAMBÉM COMEÇAM A ECOAR AS ADRENSÕES DE CIENTISTAS, INCLUSIVE NO BRASIL, QUE ATENTAM PARA O PERIGO DO "CONSUMISMO" EM GENÉTICA, PRINCIPALMENTE NO QUE SE REFERE A ALGUNS TIPOS DE EXAME PRÉ-NATAL, REALIZADOS, DE FORMA GENERALIZADA EM MULHERES DE TODAS

AS IDADES, PARA DETECTAR POSSÍVEIS ANOMALIAS GENÉTICAS, PORQUE A IMPERÍCIA E A NEGLIGÊNCIA DA APLICAÇÃO INDISCRIMINADA DESSE TIPO DE EXAME, ESTÃO CAUSANDO SÉRIOS PROBLEMAS EM PACIENTES NÃO ANÔMALOS QUE SE UTILIZAM DESSA PREVENÇÃO, UNICAMENTE, POR EFEITO PSICOLÓGICO,

NO XIX COLÓQUIO INTERNACIONAL REALIZADO NO RIO DE JANEIRO, EM 1968. SOBRE QUESTÕES ATUAIS DE BIOÉTICA, CONCLUIU-SE PELO NECESSIDADE DE SE ESTABELECEER, TAMBÉM, UMA CARTA DE DIREITOS DO EMBRIÃO HUMANO, PARA DEFENDE-LO DAS CONSTANTES AMEAÇAS A QUE ESTÁ SUJEITO, DEVIDO AOS PROGRESSOS DA BIOTECNOLOGIA.

OS PRÓPRIOS PIONEIROS DA ENGENHARIA GENÉTICA, DIANTE DO PODER AMEACADOR QUE REPRESENTA O PERIGO DE DESVIO SUBSTANCIAL DA LINHA EVOLUTIVA DA ESPÉCIE HUMANA, REIVINDICAM COM URGÊNCIA UMA LÓGICA DA "NÃO DESCOBERTA" E UMA ÉTICA DA "NÃO PESQUISA".

EXPRESSANDO A OPINIÃO DA DOUTA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ DO VATICANO, O DOCUMENTO "INSTRUÇÃO SOBRE O RESPEITO À VIDA HUMANA NASCENTE E A DIGNIDADE DA PROCREAÇÃO" ADVERTE: "O QUE É TECNOLÓGICAMENTE POSSÍVEL, NÃO É, POR ISSO MESMO, MORALMENTE ADMISSÍVEL".

SENHOR PRESIDENTE, SENHORES SENADORES, ESSA AMBIVALENCIA PERMANENTE DE RISCO E DE PROGRESSO É O QUE MAIS UMA VEZ PROVÓCA DÚVIDA QUANTO ÀS PREOCUPAÇÕES QUE ESTÃO SENDO REALMENTE TOMADAS, NO SENTIDO DE EVITAR A GERAÇÃO DE ALGUM SUBPRODUTO QUE POSSA CAUSAR DEFORMAÇÕES E DANOS IRREPARÁVEIS A SERES HUMANOS.

É INQUESTIONÁVEL A IMPORTÂNCIA DA ENGENHARIA GENÉTICA, MAS SÃO QUESTIONÁVEIS OS SEUS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS, PRINCIPALMENTE, PARA O SER HUMANO QUE DEVE ENVIDAR TODOS OS ESFORÇOS PARA SE DEFENDER DOS EFEITOS NEGATIVOS QUE DELAS PODER RESULTAR.

ENFIM, HÁ INÚMEROS PROBLEMAS QUE DEVERÃO SER DEVIDAMENTE DIMENSIONADOS E CONVENIENTEMENTE SOLUCIONADOS.

A COMUNIDADE CIENTÍFICA DO PAÍS TEM ALERTADO, POR DIVERSAS VEZES, PARA A NECESSIDADE DE UMA TOMADA DE POSIÇÃO COM RELAÇÃO A ESSA QUESTÃO A FIM DE QUE, AO LADO DO ESTÍMULO QUE DEVE RECEBER AS

ATIVIDADES CIENTÍFICO-TECNOLÓGICAS, SE COGITE DE MEDIDAS QUE ESTEJAM ATENTAS PARA AS IMPLICAÇÕES ÉTICAS DE PESQUISAS E EXPERIÊNCIAS FEITAS SEM ADEQUADO CONTROLE E ACOMPANHAMENTO.

EXIGE-SE, FRISE-SE, RESPOSTAS MUITO CLARAS A TAIS DESAFIOS.

É IMPERIOSO POIS, PARA O NOSSO PAÍS, QUEIMAR ETAPAS. E, PARA TANTO, URGE QUE SE IMPLIMENTE, A CURTO PRAZO, UMA POLÍTICA EXPLÍCITA PARA A AÇÃO BRASILEIRA NA ÁREA DE BIOTECNOLOGIA E ENGENHARIA GENÉTICA.

O NOSSO ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO BIOTECNOLÓGICO REQUER QUE SE INTENSIFIQUEM ESTUDOS E ANÁLISES COM O OBJETIVO DE AVALIAR OS IMPACTOS E A VIABILIDADE DA ADOÇÃO DE INOVAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS, JÁ PORQUE SE CONSTATOU QUE NEM TODAS AS TECNOLOGIAS DESENVOLVIDAS NOS PAÍSES CENTRAIS SÃO ADAPTÁVEIS AO BRASIL, DAÍ PORQUE NÃO SE PODE DESDENHAR AS IMPLICAÇÕES ÉTICAS DESSAS QUESTÕES.

ADEMAIS, REPITA-SE, A INEXISTÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA QUE REGULAMENTE O MANUSEIO E O USO FRUITO DOS RESULTADOS DE NOVAS TÉCNICAS DESENVOLVIDAS DENTRO DAS UNIVERSIDADES E DE VÁRIAS INSTITUIÇÕES É, TAMBÉM, UM PONTO CRUCIAL QUE DEVE SER SOLUCIONADO COM A MAIOR PREMÊNCIA.

A COMUNIDADE EUROPEIA AINDA NÃO CONSEGUIU PRODUZIR UM DOCUMENTO SOBRE AS NORMAS DE CONTROLE SOBRE OS EXPERIMENTOS OU TESTES DE CAMPO COM ORGANISMOS MODIFICADOS.

NOS PAÍSES NORDICOS, DESTACA-SE A POSIÇÃO DA DINAMARCA QUE, EM JUNHO DE 1986, DECIDIU SOBRE A PROIBIÇÃO DE QUALQUER EXPERIMENTO OU TESTE DE CAMPO NÃO SÓ COM ORGANISMOS MODIFICADOS UTILIZANDO TÉCNICAS COM R-DNA, MAS TAMBÉM COM ORGANISMOS CUJA PRODUÇÃO ENVOLVEU TÉCNICAS DE DELEÇÃO GENÉTICA OU HIBRIDIZAÇÃO CELULAR.

NO JAPÃO, COMO EM OUTROS PAÍSES, AS NORMAS REGULATÓRIAS EM RELAÇÃO A BIOTECNOLOGIA, ESTÃO DISPERSAS EM DIFERENTES AGENCIAS GOVERNAMENTAIS. A PESQUISA NAS UNIVERSIDADES ESTÁ SOB A JURISDIÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, QUE APRESENTOU, EM 1979, O PRIMEIRO CONJUNTO DE NORMAS, REVISTAS EM 1982 E ALTERADAS EM 1983 E 1985.

A ATIVIDADE DO SETOR DE BIOTECNOLOGIA NO JAPÃO É MUITO INTENSA. SOMENTE EM 1988 FORAM REALIZADOS CERCA DE 4.600 EXPERIMENTOS COM R-DNA, EM SUA MAIOR PARTE NAS UNIVERSIDADES, E TODOS OBEDECERAM AS NORMAS BAIXADAS.

A FEDERAÇÃO EUROPEIA DE BIOTECNOLOGIA, QUE REPRESENTA 64 SOCIEDADES CIENTÍFICAS NA ÁREA, POSSUI UM COMITÊ SOBRE SEGURANÇA, TENDO MANIFESTADO SUA POSIÇÃO SOBRE O ASSUNTO.

NO ÂMBITO DAS NAÇÕES UNIDAS, A UNIDO (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL) E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) ESTABELECEM UM PROTOCOLO DE COMUNICAÇÃO CONTÍNUA ENTRE OS PROGRAMAS DE MEDIDAS DE SEGURANÇA EM MICROBIOLOGIA, AO QUAL ADERIU, EM 1985, O PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO-AMBIENTE (UNEP), EM VISTA DOS PROBLEMAS RELACIONADOS COM A DEPOSIÇÃO DE RESÍDUOS BIOLÓGICOS E COM A EXPOSIÇÃO DELIBERADA DO MEIO AMBIENTE A ORGANISMOS GENETICAMENTE MANIPULADOS.

ENTRE AS RECOMENDAÇÕES DESTES ORGANISMOS DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE BIOSSEGURANÇA ATÉ AGORA FORMULADAS, VALE RESSALTAR AQUELAS QUE RECOMENDAM, PARA OS PAÍSES QUE AINDA NÃO POSSUAM, O ESTABELECIMENTO DE NORMAS GLOBAIS MÍNIMAS DE BIOSSEGURANÇA PARA AS APLICAÇÕES, NA INDÚSTRIA, NA AGRICULTURA E NO MEIO-AMBIENTE, DE ORGANISMOS, GENÉTICA OU NATURALMENTE, MODIFICADOS.

NO BRASIL, A DESPEITO DE ESFORÇOS EMPREENHIDOS PELO CNPQ, DESDE 1982, INEXISTEM NORMAS QUE TRATEM DOS PROBLEMAS DE BIOSSEGURANÇA.

NA REUNIÃO ANUAL DA SBPC, REALIZADA EM 1988, O PROF. ROQUE MONTELEONE NETO RECOMENDOU, EM PALESTRA, QUE:

1) SEJA CONSTITUÍDO UM GRUPO PERMANENTE DE ASSESSORAMENTO AOS ÓRGÃOS DE GOVERNO PARA AS QUESTÃO DE BIOSSEGURANÇA;

2) SEJAM ESTABELECIDOS PRINCÍPIOS E NORMAS DE PROCEDIMENTO DE SEGURANÇA PARA OS EXPERIMENTOS COM R-DNA;

3) SEJAM ESTABELECIDAS, DE FORMA CLARA E OBJETIVA, AS CONDIÇÕES NAS QUAIS POSSAM SER REALIZADOS EXPERIMENTOS E TESTES DE CAMPO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO COM PRODUTOS OBTIDOS ATRAVÉS DA TECNOLOGIA DO R-DNA;

4) SEJA PROIBIDA, EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, DE QUALQUER EXPERIMENTO OU TESTE DE CAMPO, COM ORGANISMOS OBTIDOS POR TECNOLOGIA DO R-DNA, SEM QUE HAJA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA COMISSÃO INTERMINISTERIAL DE BIOTECNOLOGIA, OUVIDO O GRUPO DE TRABALHO SOBRE BIOSSEGURANÇA, CUJA COMPOSIÇÃO DEVERIA PELO MENOS TER DOIS REPRESENTANTES DA COMUNIDADE CIENTÍFICA INDICADOS PELA SBPC E SOCIEDADE BRASILEIRA DE GENÉTICA.

OS CONSELHOS DE PESQUISAS DE ONZE PAÍSES EUROPEUS, REUNIDOS, RECENTEMENTE, SE PRONUNCIARAM SOBRE ESSAS QUESTÕES, ESTABELECENDO QUE O TRANSPLANTE DE GENES HUMANOS SOMENTE PODERIA TER COMO OBJETIVO A CORREÇÃO DE DEFEITOS GENÉTICOS, OU O TRATAMENTO DE PACIENTE PARA O QUAL NÃO HAVERIA OUTRO MEDICAMENTO ALTERNATIVO, SENDO TOTALMENTE VEDADA QUALQUER INTERFERÊNCIA NA ESTRUTURA GENÉTICA DE UM SER HUMANO À "MELHORIA DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ESPÉCIE". DE TODO MODO, NÃO SE PODE DEIXAR DE PENSAR QUE ESTAMOS DIANTE DE UM SITUÇÃO QUE FAZ LEMBRAR, PREOCUPADAMENTE, O QUADRO PINTADO POR HUXLEY EM SEU "ADMIRÁVEL MUNDO NOVO".

NA EUROPA, NA ÁSIA E ESTADOS UNIDOS — LEMBRA O PROF. MONTELEONE — A QUESTÃO É HOJE OBJETO DE MUITA DISCUSSÃO. OBSERVA, A PRÓPOSITO QUE INEXISTE "UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA QUE REGULAMENTE O MANUSEIO DE NOVAS TÉCNICAS QUE ESTÃO SENDO DESENVOLVIDAS DENTRO DAS UNIVERSIDADES E NÃO CONTAM COM PROTEÇÃO LEGAL". ACRESCENTA, AINDA: "UM DOS MAIS GRAVES RISCOS RESULTANTES DA FALTA DE LEGISLAÇÃO E DE UMA POLÍTICA PARA ESSE CAMPO É A REALIZAÇÃO DE TESTES DE CAMPO COM ORGANISMOS OBTIDOS ATRAVÉS DE MODIFICAÇÕES EM SEU MATERIAL GENÉTICO".

CORRE-SE O RISCO, POR FALTA DE REGULAMENTAÇÃO ADEQUADA E DE CONTROLE SISTEMATIZADO, DE TORNAR O BRASIL UM CAMPO DE EXPERIMENTOS PARA A REALIZAÇÃO DE TESTES CLANDESTINOS COM ORGANISMOS OBTIDOS ATRAVÉS DE MODIFICAÇÕES GENÉTICAS, EM OUTROS PAÍSES, COMO OCORREU NA ARGENTINA, EM 1986, QUANDO CLANDESTINAMENTE FOI INTRODUZIDA UMA VÁCUA CONTRA A RAIVA ANIMAL, PRODUZIDA POR MANIPULAÇÃO GENÉTICA. O FATO SÓ FOI DESCOBERTO PELAS AUTORIDADES SEIS MESES APÓS O INÍCIO DOS TESTES NO CENTRO DE ZOONOSE DA ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, QUANDO O VÍRUS JÁ HAVIA CONTAMINADO OS TRATADORES DO GADO, SUAS FAMÍLIAS E UMA PEQUENA COMUNIDADE DA REGIÃO, DESCONHECENDO-SE, AINDA, QUAIS OS SEUS EFEITOS.

COMO A BIOTECNOLOGIA PERMITE A CRIAÇÃO DE MICROORGANISMOS OU VÍRUS QUE NÃO EXISTEM NA NATUREZA, CAUSA UMA PREOCUPAÇÃO MUITO GRANDE O COMPORTAMENTO DESSES NOVOS "SERES", DE MODO QUE SE TORNA IMPRESCINDÍVEL A ADOÇÃO DE MEDIDAS PROIBITIVAS PARA QUALQUER EXPERIMENTO OU TESTE DE CAMPO NESTA MODALIDADE.

NO BRASIL, AFORA PREOCUPAÇÃO ISOLADA DE PESQUISADORES E INSTITUIÇÕES CIENTÍFICAS, AINDA NÃO HÁ DISCUSSÃO PROFUNDA A RESPEITO NO ASPECTO ÉTICO DESSAS TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS. ELAS PRECISAM SER DEVIDAMENTE ACOMPANHADAS, POIS COMO LEMBRA INSUSPEITAMENTE ALBERT EINSTEIN, "AO LADO DO NASCEDOURO DA VERDADEIRA ARTE E DA VERDADEIRA CIÊNCIA SE ENCONTRA O MISTÉRIO".

NO MOMENTO EM QUE O CONGRESSO RESGATA AS SUAS PRERROGATIVAS, ENTENDEMOS SER HORA DE ABRIR CANAIS DE ARTICULAÇÃO PERMANENTE ENTRE A PRODUÇÃO CIENTÍFICA, O ESTADO E A SOCIEDADE E INCENTIVAR O INTERCÂMBIO CONSTRUTIVO ENTRE O SETOR PÚBLICO E O PRIVADO, PARA A FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DEVE-SE, POR ISSO MESMO, ELABORAR, COM ESPECIAL ATENÇÃO, LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE A MATÉRIA, OBJETIVANDO COIBIR ABUSOS E GARANTIR A SEGURANÇA DOS PROJETOS DE PESQUISAS, SEM CONTUDO ESTIOLAR A CAPACIDADE CRIATIVA INERENTE A ESSE TIPO DE ATIVIDADE.

AO CONCLUIR, SENHOR PRESIDENTE, VENHO PROPOR AO CONGRESSO NACIONAL A FORMULAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE A BIOSSEGURANÇA NO DESENVOLVIMENTO DAS PESQUISAS, ESPECIALMENTE NO CAMPO DA ENGENHARIA GENÉTICA, A EXEMPLO DO QUE VEM SENDO TENTADO E FEITO EM OUTROS PAÍSES. CASO CONTRÁRIO, ESTAREMOS PATROCINANDO UM DESENVOLVIMENTO DESVINCULADO DAS NECESSIDADES FUNDAMENTAIS DO HOMEM, O QUE DE RESTO, NA ACEPÇÃO DE GUILLAUMONT, É SUA CAUSA FINAL, CAUSA EFICIENTE. UM DESENVOLVIMENTO, ENFIM, ACÉTICO.

NESSE SENTIDO, É OPORTUNA A ADVERTÊNCIA DE DOM BOAVENTURA KLOPPENBURG, AO AFIRMAR QUE "NÃO PODE O DESENVOLVIMENTO PRESCINDIR DO RESPEITO PELOS SERES QUE FORMAM A NATUREZA VISÍVEL, A QUE OS GREGOS, ALUDINDO PRECISAMENTE À ORDEM, CHAMAVAM COSMOS". HÁ LIMITES NO USO DA NATUREZA QUE O DESENVOLVIMENTO DEVE RESPEITAR, HÁ REGRAS QUE NÃO PODEM SER TRANSGREDIDAS, SOB PENA DE UTILIZARMOS A PRÓPRIA INTELIGÊNCIA HUMANA CONTRA A SOBREVIVÊNCIA DO HOMEM. A ÉTICA DO

RELACIONAMENTO COM A NATUREZA DEVE ESTAR FUNDADO NO INTERESSE DA HUMANIDADE".

E ACRESCENTA:

"ESTAS REFLEXÕES COMPROVAM QUE A DIMENSÃO MORAL E TAMBÉM UM ELEMENTO ESSENCIAL PARA O CONCEITO DO DESENVOLVIMENTO. SE O ANUNCIADO E ESPERADO "DESENVOLVIMENTO DO HOMEM TODO E DE TODOS OS HOMENS" NÃO ACONTECEU, NÃO TERÁ SIDO POR TER ENCONTRADO OBSTÁCULOS, MAS PRECISAMENTE PORQUE SUA DIMENSÃO MORAL NÃO RECEBEU A DEVIDA ATENÇÃO POR PARTE DOS RESPONSÁVEIS PELO DESENVOLVIMENTO".

SEI, COMO TODA GENTE, QUE AS DOAS INTENÇÕES RARAMENTE ANDAM DE MÃOS DADAS COM A REALIDADE. MEU OBJETIVO É UNÍ-LAS, SOBRETUDO PORQUE CREIO QUE ESTA MATÉRIA QUE TRAGO À CONSIDERAÇÃO E DELIBERAÇÃO DO PARLAMENTO ATENDE AOS LEGÍTIMOS IMPERATIVOS NACIONAIS.

MUITO OBRIGADO.

(PRONUNCIAMENTO DO SENADOR MARCO MACIEL (PFL-PE), EM PLENÁRIO, NO DIA 01.08.89)

"ESTAS REFLEXÕES COMPROVAM QUE A DIMENSÃO MORAL E TAMBÉM UM ELEMENTO ESSENCIAL PARA O CONCEITO DO DESENVOLVIMENTO. SE O ANUNCIADO E ESPERADO "DESENVOLVIMENTO DO HOMEM TODO E DE TODOS OS HOMENS" NÃO ACONTECEU, NÃO TERÁ SIDO POR TER ENCONTRADO OBSTÁCULOS, MAS PRECISAMENTE PORQUE SUA DIMENSÃO MORAL NÃO RECEBEU A DEVIDA ATENÇÃO POR PARTE DOS RESPONSÁVEIS PELO DESENVOLVIMENTO".

SEI, COMO TODA GENTE, QUE AS BOAS INTENÇÕES RARAMENTE ANDAM DE MÃOS DADAS COM A REALIDADE. MEU OBJETIVO É UNÍ-LAS, SOBRETUDO PORQUE CREIO QUE ESTA MATÉRIA QUE TRAGO À CONSIDERAÇÃO E DELIBERAÇÃO DO PARLAMENTO ATENDE AOS LEGÍTIMOS IMPERATIVOS NACIONAIS.

MUITO OBRIGADO.

(PRONUNCIAMENTO DO SENADOR MARCO MACIEL (PFL-PE), EM PLENÁRIO, NO DIA 01.08.89)

ANEXO 12

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 218 DE 1989

Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º - O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

- 1 - no registro de nascimento;
- 2 - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- 3 - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- 4 - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Art. 2º - Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro, e o nome, apelidos, profissão, identidade e residência do pretenso pai, a fim de ser averiguada oficialmente a procedência da alegação.

1 - O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o pretenso pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

2 - O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

3 - No caso do pretenso pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, após a devida averbação.

4 - Se o pretenso pai não atender no prazo de trinta (30) dias à notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

5 - A iniciativa devida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse, de intentar ação de investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Art. 3º - É vedado legítimar e reconhecer filho na ata do casamento.

§ único - Fica ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo do nascimento do filho.

Art. 4º - O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Art. 5º - No registro de nascimento, não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto de gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º - As certidões de nascimento serão redigidas de forma a impossibilitar qualquer interpretação ou identificação.

ção de a pessoa haver sido concebida de relação matrimonial ou extramatrimonial.

§ 1º — Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei.

§ 2º — Ficam ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado.

Art. 7º — A sentença de primeira instância, favorável ao investigante, lhe atribuirá os alimentos necessários à própria manutenção, e que vigorarão até o julgamento final da ação.

Art. 8º — Os registros de nascimento, anteriores à data da presente lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 9º — São revogados os arts. 332, 337, 347 e 358 do Código Civil; o art. 54, itens 6º e 7º, *verbis* "o lugar e cartório onde se casaram", Lei nº 6015, de 1 973, e demais disposições em contrário.

J U S T I F I C A Ç Ã O

Pondo termo a um debate de muitos anos, travado nos tribunais e nas casas legislativas, e objeto de largas divergências na doutrina e na jurisprudência, a Constituição de 1 988, em seu art. 227, § 6º, proclamou "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Transposto o obstáculo legal, nem por isso os filhos havidos fora do matrimônio, em especial os adulterinos, lograram de pronto o registro de sua filiação paterna, sob a alegação de que seria necessária lei complementar. Superando esse falso obstáculo, o ilustre Corregedor Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Cristóvam Dallello Moreira, baixou em 25 de outubro de 1 988, o Provimento nº 34, "para atender às reivindicações sociais concretizadas em o art. 227, "caput", e seus §§ 5º e 6º, da Constituição Federal, e assim converter em realidade o nivelamento jurídico de filiação, inclusive a por adoção, por consistir esse evoluir em afastar as considerações morais discriminadoras dos filhos havidos fora da relação do casamento, com o reconhecer da supremacia da realidade biológica, do *amp*tar do conceito de família, desvinculando-o do matrimônio (art. 226, §§ 3º e 4º, C.F.), e o afirmar da dignidade da pessoa humana, valorada na sua essência, e em respeito a princípio proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aplicável na República Federativa do Brasil, "ex vi" do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal:

"... todas as crianças nascidas do matrimônio ou fora do matrimônio, têm direito a igual proteção social."

O presente projeto, aberto a críticas e correções, repete, o que já vige, entre outros, nas legislações escandinavas, (Cfr. Pedro Manso Cabral, *Paternidade Illegítima e Filiação*, 1 983), na Colômbia (Lei nº 78, de 1 968), em Portugal (art. 36, 4º, da Constituição; arts. 1 864 e segs. do Código Civil; cfr. Antunes Vilela, *Direito da Família*, 1 907, José da Costa Pimenta, *Filiação*, 1 986) e na Espanha (Constituição, art. 39, 2; Código Civil, Lei nº 11, de 13 de maio de 1 981), etc., e se ajusta à reivindicação teimosa e perseguida entre nós e afinal consagrada no texto constitucional vigente, e pela qual nos vimos empenhando, vencendo etapas desde o

ano de 1 947, quando no exercício do primeiro mandato parlamentar. O art. 3º do Projeto (art. 7º do citado Provimento) põe termo à prática anterior à Constituição e que representa, na observação do eminente magistrado sulriograndense, "forma de discriminação e ato contrário à dignidade humana". O art. 7º repete disposição da Lei nº 389, de 1 949. Outros artigos reproduzem, com diversa redação, disposições do já referido Provimento.

Acreditamos, por fim, de nosso dever, incluir nesta modesta justificação, enriquecendo-a, um largo trecho da brilhante e erudita argumentação com que o douto Desembargador Cristóvam Dallello Moreira ilustrou sua decisão, antes que passasse a abordar, com igual lucidez, o instituto da adoção, a reclamar, por suas peculiaridades, Projeto de Lei específico:

"1. Com o advento da nova Carta Constitucional, profundas modificações se instituíram em relação à família e, notadamente, à filiação.

A respeito da família, atentando para a realidade social, impregnada de verdadeiros relacionamentos familiares estabelecidos à margem do matrimônio, assim como guiada por uma valorização existencial das laços humanos reais entre pais e filhos, impondo-se também aqui visualizar a mesma entidade, a Lei Fundamental seguiu a senda de outras constituições.

Saiu o Brasil da retaguarda legislativa, enfrentando de forma corajosa as diversas situações. Quisá foi além de outras nações, até por não a natureza constitucional inúmeros princípios que a modernidade (repleta-se a comparação com alguns modismos) jurídica proclama.

2. Examine-se o normatizado em outros países.

Em Portugal, com a Constituição de 1976 e a reforma de 1977, continuando com o Decreto-Lei nº 379/82 e a Lei Constitucional nº 1, de 30 de setembro de 1982, a família conceituou-se como conjunto de pessoas unidas entre si pelos laços de casamento, do parentesco, da afinidade e da adoção (art. 1576, CC). Não é apenas o casamento, a constituir a família legítima, como da tradição jurídica (confira-se o conceito tradicional em HARELLEY, atinentemente ao Direito Romano, in "Droit Romain", § 538). A família legítima decorre de todo e qualquer relacionamento conforme à lei (cfr. F. BODIN FILHUELA PINTO, "Filiação natural", p. 12). A Constituição Portuguesa afirmou o princípio de: "todos tem direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade" (artigo 36, nº 1). Comentando este preceito, PEREIRA GUELLIO ressaltou distinguir a Carta a família do casamento, como querendo dizer não se fundar aquela necessariamente neste. Isto é, no distinguir família edificada no casamento daquela que não o for, sendo intencional, o legislador visou a obstar qualquer discriminação em relação àquela família constituída à margem do vínculo matrimonial. Família e casamento são, pois, realidades distintas ("Filiação", p. 61).

Essa igualdade entre família legítima e família natural fora objeto de admissão pelo legislador francês. De fato, com a Lei de 3 de janeiro de 1972, criou-se admirável revisão do Direito de Família. A igualdade entre os infantis legítimos e naturais, objetivando com a reforma, seria letra morta, entretanto, sem o estabelecer de igualdade jurídica entre a família legítima e a natural. E o art. 334, alínea 2, Código Civil, preceitualiza "l'enfant na naturel entre dans la famille de chacun de ses auteurs", possibilitando esta igualdade de direito, sendo de fato, como apropria COLUMBIT, FOSTER, HUET-NEILLER e LAURUSSE-RIQU ("La Filiation légitime et naturelle", 2a. ed., p. 205).

Como curiosidade histórica vale lembrar o hostilizar de ambientes civilistas à lei francesa (assim, Henry Mazeaud, "Une famille dans le vent, la famille naturelle", e René Savatier, "Mythique ou réalité"). Por certo, uma igualdade absoluta não é possível, em especial na esfera familiar (aliás, esta a razão da permanência de presunção decorrente do matrimônio, como adiante se verá). Mas, não se pode pensar e atribuir ao legislador aquela vi-

não ilusória. Muito melhor é definir no escopo legal a busca de um ideal.

3. O disposto em o art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, ao reconhecer a união estável, ajudando formar a mesma entidade familiar, assim como o emprego idêntico conceito para a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º), nada mais significa em haver o texto constitucional referido o desvinculamento entre família legítima e matrimônio. Longe vai a época do prefeccionar de LAFAYETTE, com absoluta correção, que os assuntos formadores do quadro dos direitos da família correspondiam ao "casamento, fundamento legítimo da família; o pátrio-poder; o estado civil das pessoas; a tutela, criação artificial para suprir a autoridade do chefe de família e a curatela, instituição destinada a proteger os que estão inibidos de governar suas pessoas" ("Direitos da família", § 19).

Nada mais disso agora é exato. Há família entre os cônjuges e os filhos advindos do relacionamento matrimonial, como também se estabelece família entre os pais e filhos extra matrimônio.

Mudou, pois, o conceito de família e, logicamente, o seu tratamento. Prius lógico para que também se alterasse a disciplina e o conceituá-la filiação.

4. Atinente à igualdade entre os filhos, o Brasil se encontrava em manifesta inferioridade em relação às nações de maior padrão cultural e, até, a diversas nações latino-americanas a cujo respeito não se pode afirmar este melhor nível.

A eliminação de categorias ou qualificações, relativamente à filiação ganhou disposições vanguardistas nas nações escandinavas: Noruega (leis de 1956 e 1981); Dinamarca (1960) e Suécia (lei de 1969). Igualmente, há de se mencionar a reforma de 1969 na Alemanha Federal e, mesmo ano, na Holanda e Grã-Bretanha. Modificações semelhantes ocorreram na Itália, em 1976, e na Áustria, em 1975. Portugal, como já visto, em 1977. Em 1981, a Espanha atualizou, com a igualização dos filhos, seu Direito da Família. Nos EUA, citam-se iniciativas legislativas nos estados do Arizona (1956), Dakota do Norte e Oregon (1963). A França, como visto, com critérios peculiares, em 1972. Os códigos de família das nações socialistas, por razões óbvias, atualizaram-se: Hungria, leis de 1946 e 1974; Polônia, 1964; República Democrática da Alemanha, 1965. Mas, na América Latina se observava a igualização entre filhos: Bolívia, 1972; Cuba, 1975; Venezuela, 1982, e a Argentina, em texto legislativo muito bom, em 1985.

A própria doutrina canônica, quando da elaboração do Código de Direito Canônico de 1983, sugeriu a extinção da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Apontou-se haveria maior congruência com os sentimentos cristãos, e compatibilização com a tendência atual dos ordenamentos jurídicos. Por certo, subsistiu a distinção, canônica 1.137, exatamente por se argumentar com a aplicação do Código a países em que ainda permanecia a distinção (cfr. LAMBERTO DE RANBYLUNA, "Nuevo Derecho Canónico", p. 347). O argumento, convenhamos, cheira a pretexto para justificar o conservadurismo.

Entretanto, acima dos textos legislativos, constitucionais ou não, há de se colocar (por certo que numa ótica desvinculada do direito positivo) os atos internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 25, item 2º, afirma a igual proteção social de todas as crianças, mesmo aquelas nascidas fora do matrimônio.

Idêntica a preocupação norteadora da Resolução nº 1.787, de 18.5.75, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a elaborar e editar, em 1978, os "Princípios gerais sobre a igualdade e a não discriminação a respeito das pessoas nascidas fora do matrimônio". Deste último manifesto, destacam-se duas proposições:

"Toda pessoa nascida fora do matrimônio terá direito ao reconhecimento legal de sua filiação materna e paterna", e

"Uma vez determinada a filiação, toda pessoa nascida fora do matrimônio terá igual condição jurídica à nascida no matrimônio."

5. Indispensável o consentimento que a igualdade instituída a respeito da filiação abrange a indiscriminação de direitos e qualificações. Enquanto a lei francesa de 1972 cuidou do primeiro aspecto (e, por isso, a referência à forma "peculiar" encontrada pelo legislador francês), outras legislações foram mais radicais, eliminando categorias ou qualificações da filiação (cfr. COSTA-VO A. DOSSEHT e EDUARDO A. ZANNONI, "Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad", p. 9).

É preciso insistir neste aspecto. Há Constituições a determinarem igualdade de tratamento, inclusive impondo obrigação ao legislador ordinário de criar as mesmas condições de desenvolvimento físico e espiritual e de posição na sociedade, para os filhos ilegítimos, como reza o art. 69, item 5º, da Carta Constitucional da República Federal da Alemanha.

Em assim fazendo, entretanto, mantém conceitos de filhos legítimos e ilegítimos, mesmo que para equipará-los.

Outras, apagam até esta distinção. Deste modo, a Constituição da Espanha, de 1978, art. 39, itens 2 a 4, preceitualiza:

"2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad."

"3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda."

"4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

Igualmente, mais sinteticamente, na Constituição da Iugoslávia, de 1974, art. 190:

"Os filhos nascidos fora do matrimônio têm igualdade de direitos e deveres que os nascidos nela."

Esta indistinção de qualificações foi recebida, de maneira técnica, inclusive com o emprego expressão adequada, pela Constituição de 1988.

A reforma portuguesa de 1977 suprimiu a distinção de parentesco legítimo e ilegítimo, revogando o art. 1.583 do C. Civil, porque o art. 36, nº 4, da Constituição dispõe que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não devem usar designações discriminatórias à filiação.

A última frase foi trazida, quase de forma literal, para o novel Carta brasileira.

O dispositivo pode ser completado em se conjugando o texto português com o art. 240, C. Civil da Argentina, com a redução da Lei nº 23.264/85. Prescreve o dispositivo da vizinha nação: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y la extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

Mais, avançando no campo da aplicação prática do princípio, o legislador argentino, art. 241 do C. Civil, após reforma, ordenou ao Registro Civil somente expedir certidões de nascimento redigidas de forma a não resultar delas haver sido a pessoa concebida durante o matrimônio, ou não, ou adotada de modo pleno.

6. O tratamento unitário conferido à filiação apresenta em duas preocupações: igualdade e verdade (cfr. FERREIRA PANTO, ob. cit., p. 36). Hoje, mais do que em épocas anteriores, assiste-se que o pater é juridicamente reconhecido por ser o genitor. A prevalência clara do critério biológico na determinação do parentesco não será estranha, por um lado, ao anseio de eliminar as desigualdades jurídico-culturais da filiação, de pautar a eficácia jurídica pela estreita, redutora e incluível condição de indivíduo bio-

lógico; e, por outro lado, não será estranha aos progressos vastos e irrecusáveis da medicina e da tecnologia genética" (cfe. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Critério Jurídico da Paternidade", p. XXI).

O adotar da verdade registral, de sorte a realidade biológica resultar contemplada no registro de nascimento, por certo impõe alteração da amplitude da regra *jactans est quem jactat* demonstrant, como adiante se verá.

Importa aqui deixar claro não mais se permitir quaisquer restrições ao registrar filhos, sejam eles decorrentes de relacionamentos a cujo respeito exista impedimento dirimente absoluto (como falava doutrina tradicional — cfe. LAFAYETTE, ob. cit., § 128) ou público (segundo ensina a doutrina moderna, cfe. CARLUSO ROQUES, "Direito de Família", 2a. ed., p. 107; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de Direito Civil Brasileiro, vol. V, nº 380).

Como se sabe, os filhos legítimos eram divididos em duas classes: naturais e espúrios. Os primeiros decorriam do relacionamento entre homem e mulher de que não pudesse resultar a nota de espuriidade. Os espúrios, na lição do nosso clássico autor, provinham de coito danado e punível. "O coito é danado e punível segundo o Direito Civil quando entre o homem e mulher, ao tempo da concepção, subsistia algum dos impedimentos seguintes: 1º — impedimento de parentesco em grau proibido; 2º — impedimento resultante de invalidez de ordens maiores ou de entrada em ordem religiosa aprovada; 3º — impedimento do vínculo matrimonial. No primeiro caso denominam-se os filhos incestuosos; no segundo, — sacrílegos; no terceiro, — adulterinos" (LAFAYETTE, ob. cit., § 120).

Agora o desaparecimento dos filhos sacrílegos, o Código Civil persistiu no distinguir filhos legítimos e ilegítimos e, mais, a respeito dos impedimentos, naturais e espúrios (ver estes destinados em incestuosos e adulterinos — cfe. a exposição de MÁRIO AUGUSTO MOURA, após a Lei nº 6.515/77, in "Tratado Prático da Filiação", 2a. ed., p. 23).

Em relação aos incestuosos e adulterinos (segundo o texto vigente sociedade conjugal), extinguiu-se os obstáculos registrares. Agora, não vige quaisquer óbices. Mesmo o filho duplamente adulterino poderá ser registrado com o nome de seus verdadeiros genitores. Exatamente em respeito ao princípio da verdade vigorante quanto ao registro dos filhos. Fora disso, quebra-se a unitariedade de tratamento da filiação e desrespeita-se o princípio constitucional.

7. Elucida-se a expor estrutura de provimento, de sorte a projetar as normas administrativas de procedimento registral. Ainda, por se tratar de uma nova visão ou, como se queira, um novo regime legal, os textos não devem omitir orientação, enfatizando os princípios constitucionais. Este caráter propedêutico à matéria administrativa pura, embora possa merecer críticas de alguns, é extremamente eficaz. Aliás, não é novidade na atuação Corregedora. Quem conhece as "Normas de Serviço" da Corregedoria do Estado de São Paulo, sabe da conveniência de se trazer nos provimentos administrativos disposições legais, muitas vezes distribuídas em diversos itens, permitindo aos destinatários uma melhor compreensão da matéria tratada. Especialmente no caso vertente, por força da emergente realidade de direito positivo, afigura-se oportuno o realçar preceitos constitucionais.

8. A matéria disciplinada divide-se em capítulos. O primeiro, tratando da filiação em geral. Embora ali enfatizar princípio da unitariedade da filiação e o proibir aos órgãos judiciais e extrajudiciais o violar do princípio. Por certo que ao Registro Civil das Pessoas Naturais se oferece a quase totalidade do veto. É ele o destinatário primeiro do provimento. Entretanto, pode ocorrer a ineficácia da legibilidade no notariado (v.g., escritura de emancipação consignar ser o pai casado e a mãe solteira) e nos próprios serviços judiciais (nasim, numa qualificação, menor comum, por seguro, que se pretenda fazer, em audiência, na qualificação dos interditos, tutelados, etc.). Veja-se que a reforma portuguesa de 1977, art. 36, nº 4, da Constituição, colocou como destinatárias as repartições oficiais, quanto ao emprego de expressões discriminatórias. A

Constituição do Brasil foi além: tem por destinatários da vedação a todos.

Em se tratando de provimento da Corregedoria, dirigiu-se o enunciado às serventias judiciais e extrajudiciais.

Segunda norma, cuidando do princípio da verdade, trará uma orientação nos registradores de diligência ao procederem assentos. Não se chega no instituto da averiguação oficiosa do Direito Português (cfe. FERREIRA PINTO, ob. cit., p. 79 e segs.), mas se orienta ao Ofício do Registro Civil para o nortear dos pais, elucidando-os sobre as reais possibilidades de o ato corresponder à verdade, recusando lavrar assento em percebendo-a atingida. Em suma, enfatiza-se dever registral.

Conveniente lembrar a gratuidade constitucional nos reconhecimentos pobres, justamente em decorrência do caráter orientador do provimento.

Até agora se cuidou da filiação em geral e da biológica. Passo seguinte diz com a filiação adotiva.

Quanto a esta a Constituição, sem ressalvas, equiparou à filiação natural (art. 227, § 6º). Mais, dispôs a necessidade de assistência pelo Poder Público na adoção (art. 227, § 5º).

Indiscutível é a partir de 5 de outubro, cumpre reconhecer eficácia ampla das adoções, não mais de distinguindo, em direitos e qualificações, o filho adotivo do filho natural.

Representa estar-se diante de verdadeira revolução em termos de filiação adotiva. Todavia, verdade é aqui se notava considerável atraso legislativo. Mais, o Brasil possibilitou, pelas facilidades à adoção, o incrementar um grande e inoral mercado de crianças. A crítica não é por se defender uma visão xenófoba. Talvez seja melhor, mesmo, permitir a estes seres andarem de Nação e disporem de melhores oportunidades de desenvolvimento. Até, por mais cruel que possa parecer, de estar aí sua salvação. Todavia, se ao acontecer é o comércio, a mercancia, de seres humanos. Ainda no campo da deturpação do Instituto, o constituinte depenhe-se com as adoções formalizadas para fins exclusivamente previdenciários ou, até, de intuito de ganhos, parcos, por certo, com prestações desta natureza.

Nenhum foi de modernizar o Instituto da adoção.

Consabido é cuidarem os sistemas legislativos da adoção ou como uma instituição unitária, e é a generalidade, ou tipificarem uma graduação, nos moldes do sistema romano (França, Itália; até a Constituição, o Brasil). Alguns estabeleceram ficar vinculando o filho adotivo à família natural, outros cortam os laços. Também se diferenciaram os diversos sistemas legislativos em exigir intervenção judicial (Alemanha, França, Itália), ou de órgão do executivo (URSS) ou de ambos (países escandinavos) — cfe. ANTÔNIO CHAVES, "Adoção, Adoção Simples e Adoção Plena", pp. 95 a 97.

Em relação ao adotado, as legislações tradicionalmente se dividiram. Certas, por destinarem o Instituto à assistência, admitindo exclusivamente menores (p. ex., Inglaterra). Diversas, limitando-a aos maiores (Alemanha, França). Houve sensível evolução, dirigindo-se a adoção notoriamente aos menores (assim, na Alemanha, através da *Volladoption*, destinada a menores e com as características de uma adoção legítima; na França, com a reforma de 1939, com a *légitimation adoptive* — cfe. H. CHRISTINA EBENE COUILLI, "Le Adoloni", pp. 19 e 117).

Vislumbra-se uma conduta padrão intitulando duas formas básicas de adoção: uma plena, ampla ou legítima e seguida, com menor alcance, denominada de simples (Espanha), ou restrita (Portugal). Possível, com a devida cautela, ver aí o pressuposto dos dois grandes caudais da adoção: uma linha, correspondendo a três modalidades de adotar de direito romano clássico; outra, com figurando prosseguimento da adoção antes plena do direito justiniano.

Todavia, em categoria de princípio, a legislação constituinte foi ambiciosa no campo da adoção. Considerou, e se melhoria do direito inglês, e como observam os demais sistemas jurídicos, uelua de todo Instituto de assistência. Não mais uma forma de

satisfazer exclusivamente interesses isolados, como o individualismo do direito romano contemplava (cfr. FERREIRA PINTO, ob. cit., p. 27).

Cabe dar guarda ao princípio constitucional, inspirado pela cautela de não inviabilizar a adoção a menores que, pela lei atual, não estariam sujeitos a serem adotados plenamente. Por isso, a orientação para, em relação a estes, utilizar-se, com as necessárias adaptações, procedimento previsto em a Lei nº 6.766/79, artigos 35 e 36.

Os efeitos da adoção é que passa a ser unitariedade. Inclusive quanto à transposição de laços familiares e a irrevogabilidade. Por sinal, não estará aí alguma novidade. A adoção na trita portuguesa, embora o adotado não assumia condição de filho do adotante (no nosso sentir, intolerável ao novo sistema constitucional, posto definir este igualdade de qualificação), é revogável, apenas em alguns casos (arts. 2.002-B a 2.002-D, Código Civil). Igualmente, na atual legislação alemã, com o texto de 2.7.76, a adoção (Adoption als Kind) admite menores até 18 anos de idade, sendo irrevogável. Para maiores ainda persiste possibilidade de adotar, mas restritas as possibilidades de revogação (cfr. EVA MARIE VON MUNCHING, "Das neue Ehe- und Familienrecht von A - Z", p. 4).

Destarte, não se está diante de algo inusitado ou despropósito. Com muito entusiasmo e pouco cuidado, como causticamente observou CASTRO MENDES a respeito do art. 36 da Constituição de Portugal, chegar-se-á a conclusões altamente prejudiciais.

A proposição corretora, ainda, apesar um aspecto de cautela. É preferível admitir, até enquanto não normativizado ou não assentado diversamente pela doutrina e jurisprudência, a espécie de adoção contemplada no texto constitucional, com amplos efeitos. Vindo a se confirmar o entendimento unitário a respeito do Instituto, caso hajam sido admitidas estas formas menores, simples ou restritas de adoção, logo se vê a difícil solução a ser conferida às situações contrárias à igualdade constitucional. Ao oposto, em se estabelecendo modo de ver a adoção diversa daquela posto em orientação de uniformidade, simplesmente caberá revogar orientação da Corregedoria. A prudência, pois, indica também o conteúdo do provimento.

9. Prosseguindo na definição do provimento, no mento contemplado de com as declarações de paternidade e maternidade.

Quando se procede no registro de nascimento, em substância se declara paternidade e maternidade. Declarações unilaterais dos genitores, recebíveis e irrevogáveis. Podem vir a ser desconstituídas, mas aí é outra questão.

Aquelas declarações, por princípio, devem ser emitidas pelo pai e pela mãe.

Entretanto, quando está presente a relação jurídica do matrimônio, o direito confere titularidade a qualquer um dos cônjuges, quanto ao declarar pelo outro paternidade ou maternidade.

Este é um componente da História da Civilização e, obviamente, da História do Direito, impossível de negar.

O casamento, numa visão moderna, formaliza, documenta relacionamento entre seres, assegurando maior segurança ao vínculo e descendência. Cere-se, inevitavelmente, uma maior segurança social. Por isso, ainda que se queira igualar uniões livres com o matrimônio, sempre existirá alguma diferença. Não por outra razão, persistir no texto constitucional o objeto de permitir o casamento com maior facilidade (art. 226, § 3º, da Constituição).

Exatamente por isso que o registro de declaração de nascimento há de ter diferença de tratamento, conforme a filiação advinha de relação matrimonial ou extramatrimonial. Veja-se: a diversidade não se estabelece quanto à filiação e nem em relação ao conteúdo registrado. Mas, sobre a forma de declaração.

O tratamento administrativo deve ser singular, com o estatuir de uma divisão básica. Numa preliminar hipótese, regulamentar-se a formalização das declarações de paternidade-maternidade (e declaração de nascimento), em existindo casamento. Num outro capítulo, toda a filiação advinda de pessoas não casadas entre si.

Naquele situação, exatamente em virtude da relação matrimonial e da persistência da presunção pater is est, quem justas nupcias demonstradas, simplificando-se o ato. Basta compareça qualquer um dos cônjuges ao ofício, compareça casamento, e emit a declaração de nascimento e irá abarcar a do outro consorte.

A permanência dessa presunção, adequando suficiente, verifica-se mesmo nas legislações mais modernas (p. ex., art. 243, C. Civil Argentino, com a redação da Lei nº 23.264). Mas, esta a diferença, como presunção a facilitar definição de paternidade. Não mais um óbice a impedir o registro dos filhos antes ditos adulterinos. Já, falarem autores em um "renascimento" da citada presunção, porém sem a finalidade de provar ser o marido o pai, mas sim conferir, à base do que normalmente acontece, uma probabilidade (cfr. CALMON DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 216; art. 1.831, C. Civil de Portugal).

Logo-se a cargo da jurisprudência, ou de futuros textos legislativos, a eventual aplicação da presunção em qualquer momento, incorporada ao direito positivo da França (art. 311, alínea 2, C. Civil). Não transcorrer, à guisa de citação, magistério de CLAUDE COLINET ET ALII.

"La loi du 3 janvier 1972 fait siennes une règle que le Code Civil n'avait point expliquée mais que la jurisprudence avait dégagée, malgré les critiques de la doctrine, dans l'intérêt de l'enfant. Etant donné que la conception de l'enfant est possible dans un délai de 121 jours mais que sa date exacte n'est pas connue, la loi présume que la conception a eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est déduit de dans l'intérêt de l'enfant" (grifou-se) — ob. cit., p. 37.

Presumindo-se, por extrapolar, aqui sim, nível de provimento, qualquer referência a tal presunção, elaborada engenhosamente, pelo legislador francês de 1972. Finais sujeita à força construtiva da jurisprudência sua aplicação, ou não, aos casos concretos.

Todavia, em o provimento cuida-se de observar a igualdade estabelecida pelo art. 226, § 5º, Constituição Federal. Não mais cabe dizer à mãe resta declarar nascimento na falta ou impedimento do pai, como disciplinado em o art. 52, itens 1º e 2º, Lei nº 6.015/73. Esta igualdade foi prevista no art. 118, I, da Constituição de Portugal. Ante o claro sentido da nossa nova norma constitucional, há de se ter presente o desaparecimento da hierarquia estabelecida na Lei dos Registros Públicos.

Ainda se impõe fazer alusão aos casos específicos do art. 52, itens 3º e 6º, Lei nº 6.015/73, destacando dever de vigilância do registrador. Por fim, orientação a respeito da presunção pater is est., pelas razões enunciadas.

10. Capítulo seguinte valora a filiação advinda extramatrimonial. A diferença está, em relação à matrimonial, na forma de se colher declarações de paternidade e maternidade. Aqui necessária a manifestação dos titulares das declarações. É dizer, pai e mãe. Por isso, ainda respeitando a igualdade configurada em o art. 226, § 5º, Constituição em vigor, há a necessidade de os dois estarem presentes, por ocasião do lavrar assento. Mas ante óbvia necessidade de simplificar, como considerando também situações naturais (v.g., recuperação da mãe) ou vicissitudes que venham a ocorrer (p. ex., viagem), oportuno prever formas expeditas de se colher a declaração do outro genitor. Foi-se ao nível de simples manifestação em documento particular, à semelhança do art. 248, item 2º, C. Civil Argentino, igualmente com firma reconhecida. A previsão de o reconhecimento dar-se por autenticidade preserva riscos que se pretenda por pectivar na forma mais simplificada acolhida no provimento.

Outrossim, a própria filiação antes dita duplamente adulterina poderá ser registrada, com os nomes dos pais reais. Aos cônjuges que se sintam atingidos com a relação adulterina e se pretenderem fazer valer presunção de paternidade, caberá a competente impugnação, via judicial, quanto àquele registro.

No caso de filiação decorrente de estupro, a

não poderá fazer o registro individualmente, inclusive com omissão da paternidade (até por ignorada). Não se pondera a natureza toda especial desta situação e o evitar constrangimentos à vítima do crime.

11. Em relação ao reconhecimento, igualmente, deve-se mais do que limitação (v.g., existência da sociedade conjugal, quanto aos nascidos com infringência de dever de fidelidade). Previn-se formas expeditas do procedimento. Na legislação comparada, o Código Civil Francês, art. 335, possibilitava o reconhecimento do filho natural, mediante "documento autêntico", embora não o definisse; o Código Italiano, art. 254, previu-se por "declaração adequada". Atribu-se neste leque, tipificando, à semelhança de textos legais modernos, o reconhecimento incidental feito em testamento (nesta parte irrevogável).

Resolva-se direito no filho maior de consentir com o reconhecimento (art. 362, C. Civil), no sentido de admitir registradores.

Regrou-se a averbação a ser feita em razão do reconhecimento. Não sendo no próprio termo de nascimento, caberá autuar o instrumento, com ou sem requerimento autônomo, abrindo-se vista ao Ministério Público. Se não houver impugnação, averbar-se-á. Existindo, os autos irão ao Juiz (Diretor do Foro ou da Vara dos Registros Públicos), para decidir.

Sala das Sessões, 9 de agosto de 1989.


NELSON CARNEIRO