

DESARTICULAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO (*)

Pelo Prof. Doutor Antunes Varela

1. *Escolha do tema.* No prefácio que antecede a última edição (a 7.^a) do seu *Direito de Família* (1), depois de uma síntese magistral em que acaba por condenar o fosso profundo que continua a separar o Direito Civil legislado de alguns dos fenómenos sociais mais característicos da nossa época, que marcam de igual modo a sociedade brasileira contemporânea, ORLANDO GOMES, focando precisamente os *factos novos da vida familiar*, remata o seu comentário nos seguintes termos:

«Um Código Civil actualizado não pode ignorá-los. É de admitir-se até que os regule diferentemente. O que não se tolera é seu desconhecimento e, muito menos, a confirmação da actual postura aristocrática, que levaria o reformador a menosprezar esses novos aspectos das relações familiares sob o falso fundamento de que constituem matéria estranha à sua órbita».

(*) Comunicação apresentada pelo autor no Encontro Nacional de Mestres de Direito Civil, organizado pela Universidade Federal da Bahia (Faculdade de Direito de SALVADOR), nos dias 25, 26 e 27 de Novembro de 1987, em homenagem soleníssima aos 50 anos de magistério do Prof. ORLANDO GOMES, mestre eminente daquela Faculdade e doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) ORLANDO GOMES, *Direito de família*, 7.^a edição, Rio, 1987, Nota prévia, pág. XII.

Esta condenação veemente do alheamento das realidades, em que não só a legislação como a própria doutrina frequentemente se refugiam no Brasil, vinca um dos traços mais vigorosos do perfil intelectual e moral do eminente mestre baiano.

À medida que os anos avançam, na contagem inexorável do tempo, maior vai sendo, um pouco paradoxalmente, o reconhecido inconformismo do grande jurisconsulto perante a estagnação de certas áreas do Direito e a desactualização de largas faixas do ensino.

A sua destacada intervenção directiva na organização dos *Cursos de Mestrado*, na Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, e na regência da disciplina-piloto que, ano após ano, tem chamado a si constitui o exemplo vivo, pela selecção actualizada dos temas e pela originalidade dos métodos de ensino, do processo mais eficaz e mais autorizado de combate aos males crónicos que continuam a caracterizar a actividade dos políticos, nas reformas de fundo de que o País carece, e a produção literária da maior parte dos comentadores, no sector da docência e da divulgação do Direito.

Quem tiver acompanhado com alguma atenção a linha evolutiva da persistente acção doutrinadora do escritor não deixará de notar que a sua luta incansável pela *modernização* do Direito pátrio, depois dos velhos amores com o direito do trabalho e do encanto posterior com a vastíssima área das obrigações e dos contratos, há muito passou a ter como alvo principal a zona do *direito da família*.

Talvez porque nesse ramo vital do direito privado é mais grave e mais angustiante, desde há muitos anos, o desajuste entre a *vida* e a *lei*, quem sabe se também por ser no domínio das instituições familiares que a reacção ultra-conservadora de certos meios maior fascínio exerce sobre o seu temperamento de lutador intemerato, é com efeito nos escritos mais recentes sobre o direito da família que maior vibração emocional se sente na pena do reformador.

Assim se compreende que, ao esboçarem o programa comemorativo deste fenómeno singular que são os 50 anos de docência ininterrupta do insigne professor, verdadeiro patriarca das letras jurídicas luso-brasileiras, os promotores da iniciativa tenham concentrado na *área da família* as reflexões aprofundadas dos peritos chamados a colaborar no certame, pela forma que melhor se coaduna com a personalidade e com a obra ímpar do homenageado.

No âmbito da lenta e instrutiva evolução do direito brasileiro da família deixou-se o convidado português seduzir pelo aspecto que mais feriu sempre a sua sensibilidade de jurista e de aprendiz de sociólogo: o da manifesta desarticulação existente entre as reformas parcelares que, ao longo dos anos, se foram enxertando no velho tronco do direito nacional e toda a parte restante do direito codificado no mesmo livro, que permaneceu sistematicamente estagnado, imóvel, como se nenhuma ondulação tivesse agitado as águas calmas das relações familiares.

Assim sucedeu, nomeadamente, embora em circunstâncias conjunturais variáveis de caso para caso, com a revisão do regime jurídico do *reconhecimento dos filhos ilegítimos* (Lei n.º 883, de 21.10.1949), com a regulação dos *efeitos civis do casamento religioso* (cfr., especialmente, a Lei n.º 1110, de 23.5.1950), com a proclamação revolucionária do *Estatuto da mulher casada* (Lei n.º 4121, de 27.8.1962), com o afinamento da *relação adoptiva* (Lei n.º 4655, de 2.6.1965), com as múltiplas e desgarradas providências de *protecção geral da família*, inseridas no Decreto-Lei n.º 3200, de 19 de Abril de 1941 e, por fim, com a *introdução do divórcio* no elenco das causas de dissolução da sociedade conjugal (Lei n.º 6515, de 26.12.1977).

São todas elas reformas de âmbito muito limitado, levadas a cabo sem um estudo *global, metódico e unitário*, dos institutos circumvizinhos. Algumas delas nasceram de certo clima emocional, criado pela polémica a que a sua discussão deu aso perante a opinião pública. Talvez por essa circunstância, as inovações mais debatidas na imprensa não tiveram reflexos no panorama restante da legislação, uma vez esgotado no rescaldo da vitória o impulso sentimental que lhes dera vida.

É bem possível que algum préstimo possa ter para os civilistas brasileiros, na revisão sistemática da matéria que as circunstâncias impõem, a modesta contribuição do jurista do país irmão que as andanças da vida colocaram em posição excepcionalmente favorável para uma *apreciação crítica* isenta das duas últimas reformas, *globais e profundas*, do direito português da família: a posição de *participante activo*, como co-autor, na primeira; a de *observador atento* da segunda e de *comentador impiedoso*, na direcção e no conselho de redacção da mais antiga revista jurídica de Portugal, dos manifestos excessos a que, num ou noutro ponto, esta última conduziu.

E ninguém estranhará decerto que o *remate* da apreciação crítica do actual direito brasileiro constituído se traduza numa ideia de acentuado *cunho prático*: a sugestão que uma das conclusões essenciais desta reunião congratulatória de uma actividade do mais elevado nível científico, em prol da cultura e do Direito, faz naturalmente brotar no nosso espírito.

§ 1.º

Reconhecimento dos filhos ilegítimos

2. *Regime fixado no Código Civil.* A primeira das leis que, pela ordem cronológica da publicação e de acordo com o mérito pioneiro das inovações nela contidas, importa chamar a depor no julgamento necessariamente sumário do direito brasileiro da família, é a que se refere ao problema sempre delicado do *reconhecimento dos filhos ilegítimos* (1).

Para medirmos, porém, com o devido rigor, o sentido profundamente inovador de algumas das soluções consagradas pela

(1) Deixa-se deliberadamente para segundo plano, pelo carácter precário da sua base de sustentação, a frouxa corrente jurisprudencial que, apoiada numa disposição da Carta Constitucional de 1937, procurou pela primeira vez sustentar, no plano do direito constituído, a tese da equiparação de direitos entre *filhos legítimos e filhos naturais*.

Lei n.º 883, de 21 de Dezembro de 1949 ⁽²⁾, no capítulo da *filiação ilegítima*, convém recordar, ainda que a traços muito leves, as linhas fundamentais do regime estabelecido no Código de 1916.

A primeira *trave-mestra* do sistema, assente pelo artigo 358.º do Código, era a da *proibição radical* do reconhecimento, não só dos *filhos incestuosos*, mas também dos *adulterinos* ⁽³⁾.

Em face do número apreciável e crescente de *separações de facto entre os cônjuges*, desde há muito existente em todo o território do Brasil, fácil se torna imaginar a distância imensa que a lei foi progressivamente cavando entre a realidade da procriação e a falsa imagem da filiação retratada nos livros do Registo Civil — distância só relativamente encurtada pelo número dos registandos *cujá paternidade*, pelo artifício das declarações prestadas, *sem sequer chegava a constar dos assentos de nascimento*.

O segundo *baluarte* do sistema estava na *férrea limitação da acção de investigação de paternidade ou de maternidade ilegítima*, em relação aos próprios filhos *não espúrios*.

Restringindo a proposição da acção (no art. 363.º) aos casos de concubinato entre os pretensos pais, à hipótese medieval do rapto da mãe, à existência de escrito e à comprovada coincidência da concepção do filho com as relações sexuais entre os presuntivos pais, a lei deixava deliberadamente de fora a chamada *posse de estado*, que era uma das *condições de admissibilidade da acção* mais prestigiadas nos sistemas europeus da época ⁽⁴⁾

⁽²⁾ A Lei de 1949 insere-se na linha de orientação já anteriormente denunciada pelo malsinado Decreto-Lei n.º 4337, de 27 de Setembro de 1942. Vide ORLANDO GOMES, *Direito da família*, 7.ª ed., Rio, 1987, n.º 206, pág. 341.

⁽³⁾ Secundando a proibição absoluta do artigo 358.º, proibia o artigo 364.º do Código Civil a investigação da maternidade, sempre que ela tivesse por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada.

A restrição estabelecida no artigo 364.º transcendia manifestamente o âmbito da proibição do artigo 358.º, na medida em que abrangia, tanto na sua letra como no seu espírito, não apenas o reconhecimento dos filhos adulterinos, mas também a investigação de maternidade por parte dos filhos que a mulher casada houvesse concebido antes do matrimónio.

⁽⁴⁾ Vide, no direito português, o disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 2, de 25.12.1910 (*Lei da protecção dos filhos*) e, mais tarde, na alínea *a*) do artigo 1860.º do Código Civil de 1966 (1.ª versão, anterior à reforma de 1977). Sobre as razões justificativas do valor especial tradicionalmente reconhecido à *posse*

A fechar a abóbada do sistema de *rígida e excessiva protecção do casamento contra a filiação extramatrimonial* concorriam ainda todas as normas apostadas em dificultar ao máximo a *impugnação da paternidade presumida*, assente no antigo brocardo do «*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*».

Por um lado, só ao marido cabia o direito de contestar, em prazos apertadíssimos (art. 178.º, §§ 3.º e 4.º, I), a legitimidade do filho nascido na constância do casamento (art. 344.º).

Por outro lado, só a *impossibilidade de coabitação* e a *separação legal dos cônjuges* podiam servir de fundamento à *impugnação da paternidade presuntiva* (arts. 340.º a 343.º).

Sabendo-se, através da própria experiência e da lição soberana dos factos, como a esmagadora maioria dos maridos separados de facto se não preocupava — e ainda hoje se não preocupa — com a *impugnação judicial da falsa paternidade* que a lei lhes atribuiu, também se não torna difícil avaliar as consequências desastrosas que a solução acarretava para o princípio salutar da paternidade legal decalcado sobre a relação biológica da procriação.

O *registro civil* estava assim condenado, pela concepção retrógrada do sistema, a ser uma *triste caricatura* — e não o *retrato aproximado* que os autores mais evoluídos ambicionariam — das relações de filiação criadas nos vários Estados do Brasil.

3. *A inovação revolucionária da Lei n.º 883 (de 21.10.1949)*. Foi perante este quadro sombrio de uma fortaleza hermeticamente cerrada em torno da paternidade presumida, cujos defensores se mostravam ainda bastante insensíveis ao valor ético e social da

de estado, vide, por todos, SANTOS SILVEIRA, *Investigação da paternidade ilegítima no direito e na jurisprudência portuguesa*, Porto, 1961, pág. 145 e segs.

Relativamente às alterações introduzidas pela reforma de 1977 (Dec.-Lei n.º 496/77, de 25.11), cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1983, pág. 291 e segs.

Quanto à posse de estado e seu valor no direito francês, antes e depois da reforma de 1972, vide CARBONNIER, *Droit civil*, 2, *La famille, les incapacités*, 11.ª ed., 1979, n.º 129, pág. 416 e segs.; MASSIP, MORIN e AUBERT, *La réforme de la filiation*, 3.ª ed., 1976, págs. 74 e segs.

paternidade real ⁽⁵⁾, que a Lei n.º 883, depois do rombo do Decreto-Lei n.º 4337, conseguiu abrir a primeira brecha revolucionária dentro do sistema.

Permitiu-se a qualquer dos cônjuges — por conseguinte, tanto ao marido como à própria mulher —, embora *só depois de dissolvida a sociedade conjugal, o reconhecimento do filho havido fora do matrimónio*, incluindo evidentemente o filho adúlterino. Tal como se permitiu ao filho, nas mesmas circunstâncias de tempo, instaurar a *acção de investigação de paternidade ou maternidade ilegítima, contra qualquer dos cônjuges* (art. 1.º).

A segunda fresta rasgada na muralha da lei foi a *permissão, concedida ao filho ilegítimo, de accionar o pai em segredo de justiça*, para o limitado efeito da *prestação de alimentos*.

Do confronto do artigo 4.º, onde se consagrava o direito a esta sigilosa acção judicial, com o texto do artigo 1.º, onde a céu aberto se reconhecia ao filho ilegítimo a faculdade de investigar em termos gerais a sua paternidade desde que dissolvida se encontrasse a sociedade conjugal, lícito parecia concluir que a acção de alimentos era franqueada ao filho, mesmo na constância do casamento do pai adúltero.

As duas *inovações* do diploma representam *duas conquistas importantíssimas* do princípio da *paternidade real*, ou seja, do regime da paternidade legal assente sobre o pedestal relativamente firme da *paternidade biológica*.

⁽⁵⁾ Não pode esquecer-se nem subestimar-se, entretanto, o *lado progressivo* do regime da filiação instituído pelo Código Civil em face das disposições *antiquadas e retrógradas* do direito das *Ordenações* (livro IV, tit. XCII), justamente referido por ARNOLDO WALD (*Direito da família*, 4.ª ed., com a colaboração de L. FABREGAS, n.º 66, pág. 153). Enquanto as *Ordenações* não reconheciam o *pátrio poder* sobre o *filho natural*, nem concediam a este a possibilidade de investigar a sua paternidade, o Código Civil, embora impregnado do *privatismo doméstico*, realizou importante progresso nesta matéria ao integrar o filho natural na família, submetendo-o ao pátrio poder de quem o reconheceu (art. 360.º do C.C.), ao mesmo tempo que admitiu, com alguma largueza para as concepções da época, o reconhecimento da filiação natural, com excepção da chamada filiação espúria.

Mas são visíveis no próprio articulado da lei os custos da audácia do legislador.

Logo no texto do artigo 2.º, os promotores da reforma legislativa se terão visto forçados a declarar que o direito do filho ilegítimo, reconhecido nos termos do novo diploma, a uma quota legitimária igual a metade do quinhão atribuído a cada filho legítimo, era concedido ao titular, não por força do *vínculo de parentesco* que o integrava como herdeiro no seio da família paterna ou materna, mas a mero título de *amparo social*. Como quem adverte que o direito à legítima do reconhecido entrava no seu património mais pela fresta esconsa da *assistência social* de então do que pelos portões abertos da *justiça hereditária*, porque nascido menos sob o *signo igualitário* da Justiça do que sob a *jurisdição casuística* da Caridade.

Depois, a investigação de paternidade realizada na vigência da sociedade conjugal contra o pai adúltero, ou como tal acusado, num respeito *farisaico* pela *pureza matrimonial* do casal, também não passava além do *átrio dos alimentos*, estabelecendo entre o investigador e investigado, quando procedente, uma relação *encapotada* de filiação que dava ao autor vitorioso uma *meia razão* de paternidade.

E não menos denunciadora do clima de prevenção, que as novas medidas devem ter criado no meio social e político da época, é a declaração expressa, embora tecnicamente escusada⁽⁶⁾, de que a nova Lei não alterava os Capítulos II, III e IV do Título V do livro I, parte especial do Código Civil, salvo o artigo 358.º, que era a disposição proibitiva do reconhecimento legal dos filhos incestuosos ou adúlterinos.

Mais impressionante, contudo, do que estas cicatrizes, que estigmatizam o corpo desfigurado da lei, é a *desarticulação manifesta* que se observa entre o pequeno conjunto de providências,

(6) Considera-se escusada a ressalva, a não ser que injustificadamente se pretendesse negar ao filho adúlterino ou ao filho natural certas prerrogativas próprias do herdeiro. Vide, a propósito, ORLANDO GOMES, *ob. cit.*, n.º 212, pág. 346.

A própria manutenção do artigo 344.º — que tantas dificuldades tem levantado na jurisprudência ao reconhecimento dos filhos adúlterinos *a matre* — não suscitava dádivas em face do simples texto da Lei n.º 883.

de sinal francamente *positivo*, concentradas no breve diploma de 1949, e os múltiplos aspectos em que se desdobra toda a problemática *intocada* do capítulo da filiação.

Não houve assim a mais leve descompressão no rígido colete de forças com que então se encontrava — e ainda hoje continua — manietado o sistema de *impugnação da paternidade legítima*, cuja manutenção asfixiava, em larga medida, os generosos intentos da Lei n.º 883.

Por outro lado, a legião enorme de filhos que, nascidos fora do casamento, não são todavia filhos *adulterinos* continuou, quanto à sua real integração nas famílias de quem os concebeu, ingloriamente entregue à iniciativa esparsa das *declarações espontâneas* para o assento de nascimento da criança ou ao rebate *serôdio* de consciência que desagua nos raros actos de *perfilhação*.

Nenhum esforço se fez então — nem veio a realizar-se mais tarde — no sentido de reduzir *oficiosamente* a mancha carregada das crianças sem lar, porque nascidas de pai incógnito.

Em contrapartida, tem-se deixado prosperar, sem qualquer limitação adequada, a doutrina da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal de que a acção de investigação de paternidade é *imprescritível*, como se o reconhecimento da filiação pudesse ser usado, fora do *período útil do pátrio poder*, sob a indiferença olímpica da lei, como um mero *instrumento de caça à herança do pai rico*.

A Lei n.º 883 nasceu assim como um sinal progressivo dos tempos, de rebelião corajosa e esclarecida contra o anátema cegamente lançado sobre a *filiação fora do casamento* pelo artigo 358.º do Código Civil, e sob o impulso generoso dos pioneiros da nova doutrina, que foram NELSON CARNEIRO e ORLANDO GOMES.

Mas o diploma ficou, pela *reduzida área* das suas inovações e pela sua franca *desarticulação* com outros trechos do regime da filiação, como uma simples *pedrada no charco* — no charco do direito da família, cujas águas não acusaram o forte movimento de renovação lançado pela Lei de 1949.

4. *Sementes de progresso no Anteprojecto do Código Civil, da autoria de ORLANDO GOMES*. Os primeiros sintomas de

progresso em relação à situação consolidada de 1949 só vêm a surgir no articulado do Anteprojecto do Código Civil que ORLANDO GOMES depositou solenemente, em 31 de Março de 1963, nas mãos do Ministro da Justiça, JOÃO MANGA-BEIRA.

Logo a propósito da *contestação da presunção legal de paternidade*, em que o sistema rígido do Código Civil (arts. 344.º e 178.º, § 4.º) tantas dificuldades continuava criando à jurisprudência no reconhecimento dos filhos adulterinos *a matre*, o Anteprojecto de ORLANDO GOMES abria uma janela rasgada para uma primeira fuga à prisão do antigo direito. Reconhecia-se ao *presuntivo pai* («*pater is est*») a possibilidade de impugnar *a todo o tempo* a paternidade que a lei erroneamente lhe atribuisse, desde que justificasse a sua omissão (art. 202.º, § 4.º).

Em segundo lugar, antecipando-se inteligentemente às legislações europeias mais avançadas da década de 70, o Anteprojecto de ORLANDO GOMES elimina (no corpo do art. 215.º) o sistema das *condições de admissibilidade* da acção de investigação da paternidade ilegítima, ao mesmo tempo que habilmente inclui a *posse de estado*, ao lado da prova do comércio carnal do investigado com a mãe do investigante, entre as presunções legais de paternidade ilegítima.

Em terceiro lugar, é criteriosamente abolida no mesmo Anteprojecto a impossibilidade legal de se investigar a maternidade ilegítima, no caso de a mãe se encontrar *separada de facto* do marido e de o filho haver nascido mais de um ano após a separação.

Em quarto lugar, mantendo embora a ressalva de que a filiação adulterina só pode ser reconhecida após a dissolução da sociedade conjugal, o Anteprojecto equiparava plenamente o reconhecimento destes filhos ao reconhecimento dos filhos naturais, pondo assim termo à discriminação da lei anterior, que fazia entrar os primeiros *pela porta do cavalo* (a do *amparo social*), enquanto aos outros se franqueavam abertamente os portões nobres da rua (os da *lei*, no *direito hereditário*).

Em quinto lugar, no artigo 233.º do Anteprojecto, ORLANDO GOMES põe corajosamente ao *sol* do texto legal a *sombreada acção de alimentos* que o artigo 4.º da Lei n.º 883

escondera sob o manto do segredo de justiça, prescrevendo aberrantemente que a acção pode ser proposta contra o pai, estando este casado, e tirando lucidamente da procedência da acção alimentícia o corolário criterioso, em matéria de prova, que o facto logicamente inculca quanto ao reconhecimento básico da filiação e seus efeitos.

Finalmente, num rasgo de inspiração *genial*, permite-se no artigo 234.º do Anteprojecto a *elisão da presunção de paternidade* do marido da mãe, ainda na vigência da sociedade matrimonial, desde que os cônjuges se encontrassem *separados de facto* em termos capazes de afastarem, no espírito do julgador, a presunção real de paternidade do marido, conquanto se reservasse para o período subsequente à dissolução da sociedade conjugal o reconhecimento judicial da paternidade biológica (?).

Era uma via inteligente de chegar à *paternidade real* do filho adulterino, vencendo a resistência *passiva* frequentemente oposta pelo pai presuntivo (não interessado as mais das vezes em lançar mão da acção de impugnação de paternidade), que o anteprojecto oferecia aos interessados para estabelecer o *império da verdade*.

O Anteprojecto de ORLANDO GOMES, sem embargo das dúvidas, que uma ou outra disposição pudesse suscitar, e dos ligeiros aperfeiçoamentos de forma ou de substância de que algumas normas necessitassem, continha um *modelo completo, coerente, do regime jurídico da filiação*, no qual

(?) Solução incontestavelmente mais criteriosa do que a insensata saída encontrada pela reforma de 1977 do Código Civil português no artigo 1832.º (nova redacção), para acudir a situações semelhantes às contempladas no artigo 234.º do Anteprojecto do grande juriconsulto brasileiro.

O artigo 1832.º do Código Civil português permite à mulher casada (seja qual for a sua situação) declarar no assento de nascimento que *o filho registado não é do marido*. E concede-lhe o prazo de 60 dias para ela requerer no Registo Civil a declaração judicial de inexistência da *posse de estado* do filho em relação a ambos os cônjuges.

Se a mãe não provar dentro do prazo legal a entrega do requerimento ou se este for judicialmente indeferido, cabe à conservatória enfiar officiosamente na *cabeça* do marido o *barrete legal* da paternidade.

harmoniosamente se casavam um notório progresso substancial das soluções com uma sobriedade lapidar na formulação verbal dos textos.

Lamentavelmente, perto de um quarto de século volvido sobre o acto solene de entrega do documento, o *regime jurídico da filiação, em especial, e o Direito brasileiro da família, em geral*, cativos do seu antigo sestro das *improvisações, dos remendos parcelares, dos movimentos esporádicos* da opinião pública, não voltaram a ser objecto da *revisão global, unitária e metódica* de que as suas antiquadas disposições tanto carecem.

Apenas uma ou outra solução do excelente articulado de ORLANDO GOMES, de 1963, tem sido isoladamente assimilada por alguns diplomas posteriores, em geito de *artigo de contrabando* metido *clandestinamente* na mala diplomática do embaixador, como sucedeu com a emenda da Lei n.º 883 introduzida na Lei do divórcio ou com a *ampliação do reconhecimento do filho extramatrimonial* que a Lei n.º 7250, de 14 de Novembro de 1984, veio facultar ao cônjuge separado há mais de cinco anos.

§ 2.º

Efeitos do casamento religioso

5. *O casamento civil obrigatório no Brasil.* Outro sector do direito da família cuja evolução reflecte, no essencial, o mesmo pendor de espírito do legislador, embora numa vertente ideológico-jurídica inteiramente distinta da que acaba de ser percorrida, é o das *formas e modalidades do casamento* admitidas na lei.

Também nesta área bastante delicada, pelos sentimentos da população com que bolee, para se medir com a exacta noção das realidades o valor das soluções inovadoras consolidadas na Lei n.º 1110, de 23 de Maio de 1950, convém recordar o *ponto de partida* na matéria, que é o Código Civil de 1916 e a legislação imediatamente anterior.

A lei civil, de acordo com a mentalidade da época e na sequência da separação hostil que ao tempo caracterizava por grande

parte do Mundo as relações entre a Igreja e o Estado, trata das *formalidades preliminares, da celebração e da prova do casamento*, apenas a propósito do *casamento civil*, ignorando deliberadamente a existência de outras *modalidades* de casamento e de qualquer *outra forma de celebração* do acto.

Tudo se passava, em face do primitivo articulado do Código Civil, como se o direito matrimonial canónico não existisse e os registos paroquiais não interessassem ao Estado, e como se fosse totalmente indiferente às autoridades civis a crença dos milhões de católicos brasileiros que continuavam a ver no *casamento religioso* a *única* forma *válida* de celebração do matrimónio.

Era o *oficial do registo civil* a *única* entidade competente para a organização do *processo de publicações* e para a passagem do *certificado de capacidade matrimonial* dos nubentes (art. 181.º, § 1.º, C.C.). Só a autoridade civil possuía a *jurisdição necessária* para presidir à celebração válida do acto matrimonial, a ela competindo pronunciar a fórmula sacramental, decalcada sobre o rito religioso, com que culmina a realização do casamento: «eu, em nome da lei, vos declaro casados».

E era *apenas nos livros do registo civil* que, em seguida ao acto solene, se lavrava o respectivo *assento*.

É, por conseguinte, em toda a sua pureza, o regime do *casamento civil obrigatório* (8), importado do artigo 108.º do Dec. n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890 (9), por virtude do qual a sim-

(8) Para a caracterização das três variantes que pode revestir o casamento civil, na sua relação com o casamento religioso (casamento civil *subsidiário, facultativo e obrigatório*), vide ANTUNES VARELA, *Direito da família*, 2.ª ed., Lisboa, 1987, n. 37, pág. 182 e segs.; PUIG/FERRIOL, *De la forma de celebración del matrimonio*, in *Comentários a las reformas del derecho de familia*, I, Madrid, 1984, pág. 187 e segs.; LACRUZ BERDEJO e SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1984 (reimpressão actualizada), n. 61, pág. 132 e segs.

(9) Foi na sequência lógica e ideológica do Dec. n.º 181 que o Acto de 26 de Junho de 1890, à boa maneira do liberalismo novecentista anti-clerical, veio punir com pena de seis meses de prisão, e multa correspondente a metade do tempo, todo

ples celebração do casamento religioso, registado no assento paroquial, é equiparada ao *mero concubinato*.

6. *A reacção consolidada da Lei n.º 1110, de 23 de Maio de 1950, contra o casamento civil obrigatório.* Foi só com a Constituição de 1934 (art. 134.º) e com a subsequente publicação da Lei n.º 379, de 16 de Janeiro de 1937, rectificada quatro anos depois pelo Dec.-Lei n.º 3200, de 19 de Abril de 1941, que a situação se modificou através da possibilidade de o casamento religioso produzir *efeitos civis*.

A esta reacção desencadeada pela lei constitucional contra o espírito jacobino da legislação do final do século passado e do primeiro quartel da centúria em curso veio finalmente dar expressão jurídica adequada a Lei Federal n.º 1110, de 23 de Maio de 1950, numa linha de orientação mais tarde confirmada e aperfeiçoada pela *Emenda Constitucional n.º 1*, de 1969, e ainda pelos artigos 72.º a 76.º da chamada *Lei dos Registos Públicos*.

Do novo *estatuto do matrimónio religioso*, consagrado pelo diploma de 1950, três notas fundamentais cumpre destacar.

Por um lado, reconhece-se aos nubentes, munidos do certificado de capacidade matrimonial, que só o oficial do registo civil continuou a ter competência para emitir, a possibilidade de *optarem* pela celebração do *casamento civil* ou do *casamento religioso*, sem precedência obrigatória de um sobre o outro (Lei n.º 1110, art. 2.º).

O *casamento religioso* ficou assim a ser oficialmente reconhecido por lei como uma das *formas válidas* de celebração do casamento — mas do *casamento civil*, não do *casamento católico* por exemplo, visto a lei não conhecer outro

o ministro de qualquer confissão que celebrasse as cerimónias religiosas do casamento antes da realização do acto civil.

E foi como remate do movimento de hostilidade contra o casamento canónico que a Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, no § 4.º do artigo 72.º, veio por seu turno declarar que a República só reconhecia o casamento civil, relegando desse modo para o foro da consciência individual, mas com os pesadíssimos ónus sociais que todos conhecem, a questão do casamento religioso.

estatuto da sociedade conjugal, nem outro regime jurídico do matrimónio, que não seja o próprio do *casamento laico*.

Por outro lado, admite-se que o casamento religioso, *por si só*, produza *efeitos civis*, desde que seja *transcrito* nos livros do registo civil, a requerimento de qualquer interessado ou do próprio celebrante (art. 3.º).

Por último, permite-se a inscrição no registo civil, a requerimento dos nubentes e com eficácia retroactiva, dos *casamentos religiosos* efectuados *sem processo preliminar de publicações*, desde que o processo posteriormente organizado não revele a existência de qualquer impedimento à celebração do casamento civil (10).

Continuou, entretanto, exclusivamente entregue à jurisdição dos tribunais do Estado e às prescrições da lei civil a apreciação das *causas de nulidade ou de anulabilidade do casamento religioso*, no que concerne aos efeitos civis (Lei n.º 1110, art. 9.º).

7. *Inacabamento da revisão iniciada em 1937*. A análise atenta dos vários diplomas que, desde a Constituição de 1934 até à *Lei dos Registos Públicos* de 1973, regularam os efeitos civis do casamento religioso, faculta ao observador isento duas conclusões importantes.

A primeira é que a *reação salutar* desencadeada já no segundo quartel do século contra o *agnosticismo* da legislação matrimonial republicana assenta num sentimento profundo de boa parte da população brasileira. O reconhecimento de eficácia civil ao casamento religioso, fruto de um movimento de opinião que nas câmaras se manteve *durante mais de trinta anos* (desde 1934 até 1950, com reflexos palpáveis ainda em 1973), veio efectivamente dar satisfação à crença e aos sentimentos de muitos nubentes.

(10) Cfr., no Direito português, as disposições paralelas dos artigos 1658.º e 1657.º, 1, e) e 2 do Código Civil.

Vide ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, n. 54, pág. 295 e segs.

tes, em especial da *massa católica* dos habitantes do País. E contribuiu assim, em larga medida, para, no tocante à *forma de celebração* do casamento, eliminar a divisória artificial que a lei civil levantou entre o *Direito* e a *vida real*, entre as determinações autoritárias do legislador e a voz insubmissa do Povo.

A segunda observação é que também as alterações legislativas no capítulo da *celebração* e da *prova* do casamento estiveram longe de assentar sobre uma *revisão global e metódica* do instituto do casamento religioso, e que também na área do *regime jurídico do casamento*, depois do forte impulso proveniente dos diplomas limitados de 1937 e 1950, nenhum progresso visível voltou a registar-se dentro do sistema constituído.

O Estado e a Igreja, apesar do novo clima que hoje envolve as relações entre o *poder civil* e o *poder espiritual* da Santa Sé, continuam a agir, no tratamento legal do casamento católico, como entidades orgulhosamente separadas, distantes uma da outra, como se ambas as instituições não servissem o mesmo valor eminente que é o *Homem*, embora enroupado sob a dupla veste de *crente e de fiel*, por um lado, e de *súbdito ou cidadão*, por outro.

Choca realmente verificar que as autoridades civis e religiosas não tenham ainda procurado encontrar um *sistema unificado de impedimentos*, capaz de prevenir a eventualidade, sempre inconveniente, de celebração de um *casamento católico* que não possa ser transcrito nos livros do registo civil, como surpreende sobretudo que não se hajam *restringido* ainda os *impedimentos da lei civil* capazes de impedir a transcrição dos casamentos religiosos efectuados *sem o processo preliminar das publicações*.

Não se compreende, por outro lado, que a inscrição dos casamentos religiosos no registo civil continue dependente da *livre iniciativa dos interessados ou do celebrante* na promoção da transcrição, sabendo-se que os nubentes realizaram livremente o acto.

O resultado penoso do sistema de manifesta e reprovável *indiferença* do Estado pela transcrição do casamento religioso ⁽¹¹⁾,

(11) A sensação de *indiferença* do Estado pela transcrição do casamento religioso nos livros do registo civil — ou seja, pelo facto de o casamento religioso *produzir ou não efeitos civis* — é de certo modo fortalecida pelo *estrito prazo de cada-*

tivemos nós oportunidade de senti-lo ao vivo num dos últimos casos forenses em que, numa comarca do sul do Estado, foi requerida a nossa colaboração: o de uma pobre viúva, casada no religioso durante *dezenas de anos* com fazendeiro abastado, cujo marido *nunca pediu* a transcrição do casamento e que veio a ser inteiramente preterida pela própria filha no inventário do seu consorte, como se fosse *pura concubina* dele, acabando por ser prudentemente aconselhada a reduzir a *pretensão* que, como *meeira*, lhe competiria às *migalhas* com que a louvável *equidade* da jurisprudência acode à situação da *companheira*.

De igual modo se não justifica que só por falta de uma campanha de divulgação bem organizada muitos casais de noivos continuem, no interior e nas próprias capitais dos Estados, a realizar a *dupla cerimónia do casamento* (no religioso e no civil), com o receio infundado de que a celebração do acto confessional não baste, perante a lei e o registo, para lhes assegurar o estatuto pleno de casados.

De resto, se o *estudo racional e metódico* de aproximação entre o sistema de impedimentos do *direito canónico* e o regime da *capacidade matrimonial* perante a *lei civil* tivesse já sido realizado, nos termos exigidos por uma revisão *global* da matéria, há muito por certo a lei civil brasileira teria sido já expurgada de impedimentos *anacrónicos* ou *deslocados*, como o do *adultério* (art. 183.º, VII, do Cód. Civil) ou como o da *coacção* ou da *incapacidade acidental* (art. 183.º, IX, *ibid.*).

8. *O regime do Anteprojecto de ORLANDO GOMES.* O Anteprojecto (de Código Civil) de ORLANDO GOMES não cuida do problema da transcrição dos casamentos religiosos, nem da relação entre o sistema de impedimentos do direito canónico e a capacidade matrimonial regulada na lei civil, certamente por

cidade (30 dias) que o artigo 73.º da Lei dos Registos Públicos (Lei n.º 6015) estabelece para o efeito. Cfr. WALTER CENEVIVA, *Lei dos registos públicos comentada*, 2.ª ed., São Paulo, 1980, n. 187, pág. 168.

o autor ter entendido que se trata de questões dependentes do acordo que sobre a matéria venha a celebrar-se entre o Estado e a Santa Sé.

Apesar disso, não deixa o texto projectado de conter algumas contribuições preciosas para a revisão do direito brasileiro da família, ao definir em novos termos o *regime jurídico* do acto matrimonial.

Em primeiro lugar, decerto para sublinhar o *interesse capital* e a *natureza intrínseca* do momento culminante do processo preliminar de publicações, o artigo 105.º, § único, do Anteprojecto torna o *certificado de habilitação dos nubentes* (vulgarmente designado por *certificado de capacidade matrimonial*) dependente de *homologação* do juiz, depois de ouvido o Ministério Público.

Em segundo lugar, no estilo *conciso* que lhe é familiar, o autor consagra a tese do matrimónio religioso como *simples forma alternativa de celebração do casamento civil*, numa fórmula autenticamente modelar: «O certificado de habitação autoriza os nubentes a casar perante a autoridade civil competente, ou ministro religioso» (art. 110.º).

Em terceiro lugar, na regulamentação do processo preliminar de publicações, o Anteprojecto contém uma disposição interessante, verdadeiramente precursora das chamadas *normas de simplificação processual*, que é a relativa à *dispensa* dos proclamas.

Tal como no artigo 106.º se reconhece ao oficial do registo civil a faculdade de officiosamente *recusar* a publicação do edital de proclamas, também no artigo 107.º se concede ao juiz o poder de, a requerimento dos nubentes, *dispensar a publicação dos proclamas* quando, pelo conhecimento pessoal que tenha dos noivos, a julgue dispensável, depois de três pessoas idóneas terem declarado, por escrito, que nenhum impedimento existe ao casamento.

Finalmente, pode considerar-se *exemplar* o modo como no artigo 101.º do Anteprojecto, ao definir o sistema dos impedimentos matrimoniais, o autor limpa o velho sudário, anacrónico e obsoleto do artigo 183.º do Código Civil, de

tudo quanto é mancha de antiguidade ou de confusão de conceitos no espírito do legislador.

Modelar é ainda, pela *sobriedade da forma* e pelo *acerto da substância*, a disposição que limita o campo de aplicação da nulidade do casamento celebrado por quem *não atingira a idade nupcial*.

«Não será nulo, diz-se na fórmula sintética do § 2.º do artigo 121.º, o casamento de menor do qual resultou gravidez» (12).

§ 3.º

Estatuto da mulher casada

9. *A condição jurídica da mulher casada no Código Civil de 1916.* O terceiro tema capaz de ilustrar a desarticulação das reformas sectoriais levadas a cabo na área do direito da família é o da *situação jurídica da mulher casada*.

O diploma que neste domínio limitado, mas importantíssimo, do direito matrimonial assinala a tentativa séria de *aggiornamento* do sistema brasileiro é a famosa Lei n.º 4121, de 27 de Agosto de 1962, mais conhecida pelo nome de *Estatuto da mulher casada*.

(12) Igualmente concisa, sem dúvida, é a formulação correspondente do artigo 215.º do Código Civil vigente: «Por defeito de idade não se anulará o casamento, de que resultou gravidez».

O texto do Código actual pode, no entanto, deixar compreensíveis dúvidas no espírito do intérprete, por virtude de duas das expressões usadas na sua redacção (por *defeito de idade*, de um lado; *anulará*, do outro), sobre a questão de saber se a disposição abrange apenas a violação de impedimento previsto na alínea XII do artigo 183.º ou compreende também a infracção do fixado na al. XI do mesmo artigo.

Mais exigente do que a lei brasileira, relativamente ao casamento do menor não núbil, é a lei portuguesa (art. 1633.º, 1, *a*) do Cód. Civil), que (atendendo ao lado psicológico da falta de nubilidade) só considera sanada a anulabilidade do casamento, quando o nubente, depois de atingida a maioridade, *confirmar* o acto perante o funcionário do Registo Civil e duas testemunhas (art. 1633.º, 1, *a*). Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, IV, Coimbra, 1975, pág. 145.

Para se ter uma ideia precisa sobre o alcance enorme desse diploma, posterior à Convenção de Bogotá e pouco anterior à instalação no Brasil do regime político autoritário de 1964, mais uma vez se afigura conveniente reconstituir, embora em pinceladas muito leves, o quadro do regime fixado no Código Civil.

O artigo 6.º do Código, em pleno século XX, marcava ainda a mulher casada com o estigma afrontoso da *incapacidade de exercício*, ao lado dos menores, dos interditos, dos pródigos e dos silvícolas (13).

E de verdadeira *incapacidade* era ainda a situação atribuída à mulher pelo Código, quer na definição dos direitos e deveres pessoais do marido e da mulher dentro da sociedade conjugal (na qual a mulher desempenhava um papel vincadamente *subalterno*), quer na disposição e na administração, tanto dos bens comuns, como dos bens particulares dela, salvo no regime de separação (art. 276.º).

O estatuto da mulher casada era de tal modo subordinado ao dogma clássico do *poder marital* que, mesmo no exercício do *governo doméstico* (por muitas legislações europeias já nessa altura entregue à *mulher*, por *direito próprio*), a lei a credenciava como simples *mandatária* do cônjuge varão.

Ao comprar a crédito as coisas necessárias à economia doméstica ou ao contrair empréstimos para adquiri-las, presumia-se, na linguagem carregada da lei, que a mulher estivesse *autorizada* pelo marido (cfr. art. 247.º).

(13) Vide WASHINGTON MONTEIRO, *Curso de direito civil*, 2.º vol., 17.ª ed., 1978, pág. 130. Qualificação idêntica fazia o *Code Civil* recair também, na sua primitiva versão do artigo 1124, sobre *les femmes mariées* — situação que só a Lei de 18 de Fevereiro de 1938 veio modificar.

Vide CARBONNIER, *ob. vol. cit.*, n. 158, pág. 531. Recorde-se, aliás, a saborosa redacção da primitiva versão do artigo 213 do Código francês.

«*Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*».

E a mesma *posição de inferioridade*, marcada pelo ferrete da *incapacidade* proveniente do *sexo* e do *casamento*, caracterizava a participação da mulher no exercício do *pátrio poder*, quer na vigência do casamento, quer após a dissolução da sociedade conjugal.

10. *O sentido inovador da Lei n.º 4121, de 27 de Agosto de 1962.* A publicação da Lei n.º 4121, de 27 de Agosto de 1962, numa altura em que os movimentos reivindicativos feministas assinalavam já a sua presença na vida política e social de algumas repúblicas sul-americanas, representa um passo notável no sentido da *dignificação* da mulher casada.

A Lei trouxe consigo, como todos sabem, a alteração do texto de catorze artigos do Código Civil e de uma das disposições do Código de Processo da época.

Mais, porém, do que a mera *quantidade* dos preceitos remodelados ou a *natureza especial* dos diplomas legislativos retocados, o que interessa ao observador realçar nesta breve síntese de parte da legislação avulsa da família é o sentido *progressivo* de que se acha impregnado o novo *Estatuto da mulher casada*.

Duas ideias fundamentais dominam a economia do diploma de 62.

Por um lado, pretendeu-se expurgar o Código Civil de todas as disposições manchadas pelo preconceito obsoleto e anacrónico da *incapacidade* da mulher casada, eliminando de uma vez por todas a ideia absurda de converter o casamento numa espécie de *capitis diminutio* para um dos nubentes.

Por outro lado, depois de acentuar, embora só discretamente, que a comunhão matrimonial de vida não apaga os *direitos fundamentais da personalidade* dos esposos ⁽¹⁴⁾, como criaturas e cidadãos livres que continuam a ser depois do casamento, a Lei n.º 4121 caprichou ainda em chamar a mulher, com todas as limi-

(14) É sugestivo e curioso o comentário de CARBONNIER (*ob. e vol. cit.*, n. 34, pág. 103) sobre a persistência da liberdade individual de cada um dos cônjuges no meio da comunhão matrimonial que eles fundam: «*Le mariage, n'emporte pas absorption d'une personnalité par l'autre; même lit, rêves différents*».

tações da época, que ainda eram muitas e pesadas, a desempenhar dentro da sociedade conjugal e no exercício do *pátrio poder* o papel de *companheira*, de *consorte* e de *colaboradora* do marido, que o novo texto do artigo 240.º, ainda com alguns laivos de romantismo da *belle époque*, lhe veio retoricamente confiar.

Na impossibilidade de submeter todas as alterações legislativas de textos anteriores, contidas no diploma, à análise lógica e histórica que um estudo aprofundado do tema exigiria, um *juízo global* pode entretanto ser proferido sobre o mérito das inovações introduzidas no sistema.

Esse juízo não pode deixar de ser francamente *laudatório*.

A *Lei n.º 4121*, mau grado as sérias divergências que algumas das suas disposições vieram criar entre os autores, representa incontestavelmente um notório avanço do direito constituído, não só no sentido da real valorização do papel da mulher no lar, mas também na evolução inevitável para um maior nivelamento de poderes pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, tanto no *governo da casa*, como na *instrução e educação dos filhos*.

11. *A inércia do legislador perante a evolução posterior da sociedade*. Tão grande foi, aliás, o progresso da lei frente às concepções retrógradas dominantes em largas camadas da população nacional, que não poucos autores comentam as dificuldades reveladas por muitos sectores da sociedade brasileira para compreender a profunda evolução que com a Lei de 62 se operou nos poderes da *dona maritata*.

«É preciso assinalar, todavia [afirma um ilustre comentador a esse respeito ⁽¹⁵⁾], que o meio ambiente ainda não assimilou o texto da Lei n.º 4121, que também não primou por qualidades de precisão técnica e clareza, fazendo com que, por muito tempo, bancos e tabelionatos ignorassem simplesmente o novo texto legal».

A verdade, porém, é que, mais de um quarto de século volvido sobre a data da publicação da Lei, *o mundo não parou...* à espera de que os bancos e tabelionatos brasileiros assimilassem

(15) ARNOLDO WALD; *Direito de família*, 4.ª ed., São Paulo, 1981, n. 31, pág. 79.

o espírito do *novo Estatuto da mulher casada*. A própria sociedade familiar brasileira sofreu no último quarto de século uma transformação radical na relação entre os seus elementos.

E foi precisamente na *situação social da mulher* que os *novos tempos* operaram o fenómeno que ORLANDO GOMES por mais de uma vez apontou já como a *causa principal* da profunda mutação que sofreu, a partir da década de 70, toda a *vida familiar brasileira*. Trata-se da *emancipação económica da mulher* ⁽¹⁶⁾, fenómeno com intensa repercussão no papel da mulher casada dentro da sociedade conjugal, e ao qual se pode juntar, na modelação do novo mundo, o peso crescente do *eleitorado feminino* no funcionamento das instituições democráticas e o pluralismo político-ideológico que caracteriza as sociedades contemporâneas mais evoluídas.

Entretanto, o direito matrimonial brasileiro estagnou, estranhamente alheado do impetuoso movimento social que se desenrola à sua volta, excepção feita a um ou outro preceito isolado, de contrabando, ao geito de produto clandestino entalado no bojo de diplomas avulsos, como a *Lei dos Registos Públicos* ou a *Lei do Divórcio* ⁽¹⁷⁾.

O resultado final do alheamento do legislador, encerrado na torre de marfim do Poder, perante as realidades sociais contemporâneas traduz-se na persistência de disposições realmente anacrónicas e no divórcio cada vez mais profundo entre o Direito e a Vida, num sector de importância capital para a coesão moral e a força política da Nação.

A lei civil continua a conhecer um só *modelo de casamento* — o *modelo clássico*, o chamado casamento da *mulher-dona de casa*, com a tradicional distribuição diferenciada de funções entre marido e mulher, quando um contingente cada vez

⁽¹⁶⁾ ORLANDO GOMES; *Direito de família*, 7.^a ed., Nota prévia, pág. IX.

⁽¹⁷⁾ É efectivamente na *Lei dos Registos Públicos* que surge a disposição que permite à *companheira* usar, em certas condições, o *patronímico do companheiro* (art. 57) — medida, aliás, manifestamente exagerada e descabida! —, tal como foi na Lei do Divórcio que, além do mais, se reconheceu à mulher casada a faculdade de *chamar ou não ao seu nome os apelidos do marido* e se substituiu à *comunhão universal* a *simples comunhão parcial como regime supletivo de bens*.

mais numeroso e representativo de casais brasileiros adopta hoje um figurino diferente: o do casamento em que *ambos os cônjuges trabalham e trabalham fora do lar* (18).

A lei continua a considerar o marido como o *chefe da sociedade conjugal*, quando a designação é hoje banida da terminologia da lei nos Estados europeus mais evoluídos, por contrária ao princípio da *igualdade jurídica* dos cônjuges.

A lei continua a confiar ao marido, ainda na qualidade de *chefe da família*, a *administração dos bens comuns do casal* e até, como princípio, dos *bens próprios da mulher*, quando a regra, na generalidade das legislações europeias, tende a ser a da *livre administração*, por cada cônjuge, dos *bens que lhe são próprios*, e a da *direcção conjunta* ou da *co-direcção na gestão dos bens comuns*.

No exercício do *pátrio poder*, continua a lei a destacar a posição do *pai*, subestimando a da *mãe*, também ao arrepio da orientação *igualitária* que hoje prevalece, quer na Europa, quer no resto do Mundo.

E nenhum vestígio encontra ainda, na formulação do *pátrio poder*, quer a concepção da emancipação *gradual e sucessiva* do menor até atingir a maioridade, durante o período de estágio a que a natureza o sujeita na preparação para a vida, quer a da *colaboração* dos pais e do filho na organização da vida deste.

12. *Rasgos inovadores do Anteprojecto de ORLANDO GOMES*. Também neste *sector nuclear* da sociedade familiar, onde pulsa mais forte a relação de tensão entre o *conservantismo* da lei e a *pujança insumissa* da vida, são *notórios e dignos de louvor* os rasgos inovadores do Anteprojecto que, em 1963, Orlando Gomes entregou ao Governo.

Pioneiro e verdadeiro precursor do princípio da *igualdade jurídica* dos cônjuges, concebido na sua adequada

(18) Sobre os diversos *tipos* ou *modelos* de casamento, no que respeita à distribuição de funções entre marido e mulher, dentro e fora do lar, vide GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3.ª ed., Munchen, 1980, § 20, I, 1, págs. 212 e segs.

dimensão legal, o Anteprojecto começa por ignorar muito de casa pensado a distinção tradicional entre *direitos e deveres próprios do marido* e *direitos específicos da mulher* (arts. 233.º e segs. e 240.º e segs. do Cód. Civil, e arts. 135.º e segs. do Anteprojecto). E ao enfrentar directamente os problemas típicos de conflito entre a *liberdade individual* de cada cônjuge e a preservação da *unidade da família*, como sejam a escolha do *domicílio conjugal*, o exercício da *actividade profissional* e a *disposição dos frutos do trabalho do marido e da mulher*, o Anteprojecto consagra frontalmente as soluções inspiradas na regra da *igualdade jurídica* dos membros do casal, inteiramente liberto do preconceito atávico da *superioridade natural* do cônjuge varão.

Aparentemente fiel ainda ao modelo clássico do casamento assente sobre o pilar da mulher-dona de casa (*die Hausfrauenehe*), o Anteprojecto não deixa de reflectir, mesmo nesse reduto da velha tradição burguesa, o espírito aberto do seu autor.

Basta assinalar que nele perpassa já, com um vigor inesperado para a época, o princípio da *igualdade jurídica* plena entre os cônjuges, quer nas relações pessoais e patrimoniais que definem o estatuto das pessoas casadas, quer no exercício do pátrio poder.

Diz-se, com efeito, no artigo 147.º desse texto (ainda hoje modelar), que a direcção e administração do lar compete à mulher *por direito próprio* — e não por *presuntiva autorização* do marido, como no artigo 247.º do Código vigente. No que respeita à *gestão dos bens comuns*, sem ambiente social ainda propício à implantação da regra da *administração conjunta*, duas novidades salientes traz, no entanto, o articulado do Anteprojecto consigo: a determinação expressa de que a *administração dos bens comuns* pelo marido seja exercida com a *colaboração da mulher*, por um lado; a declaração da *essencialidade do concurso* da mulher para a prática de qualquer acto de administração, que envolva

cessão do gozo ou do uso de bens comuns (art. 173.º e § único), por outro.

De uma outra disposição, não menos interessante, se depreende ainda que tanto o marido como a mulher podem constituir *validamente* obrigações para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às determinações decorrentes de imposição legal, e que essas dívidas, quer assumidas pelo marido, quer contraídas pela mulher, oneram os *bens da comunhão* em condições de perfeita igualdade.

Dos regimes *típicos* ou *nominados* de bens desaparece o hoje anacrónico *regime dotal*.

E o mesmo sopro renovador e esclarecido se sente passar nas normas que definem e regulam o *pátrio poder*.

Prescreve-se, com efeito, no artigo 250.º do Anteprojecto que «o pátrio poder será exercido em comum pelos pais» (apenas se reservando ao pai, no § único do art. 251.º, por uma questão de *unidade de direcção* e de *certeza* das relações, a *representação* e *assistência* nos actos da vida civil que requeiram a intervenção paterna). No concernente à *administração dos bens dos filhos*, a solução adoptada é já um manifesto compromisso entre o princípio da *igualdade jurídica*, que mal balbuciava ainda as suas primeiras sílabas nas legislações europeias da época, e a velha premissa da *superioridade natural* do pai, a que o pensamento jurídico brasileiro continuava firmemente agarrado, como a lapa presa à rocha dura da costa.

§ 4.º

A filiação adoptiva

13. *O regime da adopção consagrado no Código Civil.*

Outro dos institutos significativos, capaz de ilustrar, no recinto apertado da sua jurisdição, o ritmo inconsequente das reformas parcelares do Direito brasileiro da família, é o da *filiação adoptiva*.

Na sequência da doutrina do Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, o Código Civil de 1916, antecipando-se ao Direito por-

tuguês e a outras legislações europeias do tempo, admitia e regulava já, com bastante desenvolvimento, o instituto da adopção.

No seu primitivo regime, a *adopção* vestida sob *um único figurino*, muito diferente do padrão da *filiação de sangue*, tinha carácter vincadamente *contratual* (e não *institucional*) e gozava de uma eficácia *muito limitada*.

Nenhuma limitação se estabelecia, à semelhança do que sucedera aliás com o antigo instituto político-jurídico romano da *adoptio*, relativamente à legitimidade da pessoa para ser *adoptante*.

A criação do *vínculo adoptivo* dependia essencialmente do *consentimento* do *adoptando* ou do seu representante legal, e a filiação artificial deste modo instituída podia ser *livremente desfeita*, quer pelo adoptado, logo que atingisse a maioridade, quer por *acordo* de adoptante e do adoptado (arts. 372.º a 374.º). Em contrapartida, só aos maiores de 50 anos, sem prole legítima, era reconhecido o direito de adoptarem.

Quer na *constituição*, quer na *extinção* do vínculo adoptivo, nenhuma intervenção da *autoridade judicial* se exigia.

O parentesco resultante do frouxo laço da adopção circunscrevia-se, em princípio, ao círculo de relações entre o adoptante e o adoptado, e nem sequer efeitos sucessórios produzia na relação entre eles, sempre que o adoptante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.

14. *A instituição da legitimação adoptiva.* Depois dos retoques superficiais dados no rosto da figura pela lei n.º 3133, de 8 de Maio de 1957 ⁽¹⁹⁾, que nenhuma alteração de fundo trouxeram ao tronco da adopção, a única transfusão de sangue novo operada nas veias esclerosadas do instituto foi a levada a cabo pela Lei n.º 4655, de 2 de Junho de 1965.

(19) Uma das alterações com algum significado, introduzida pelo diploma de 57, foi a da admissibilidade da *alteração do nome do adoptando*, que pode inclusivamente ficar apenas com os apelidos do adoptante (art. 2.º e § único da Lei n.º 3133).

Outra modificação digna de registo foi a de se permitir a adopção, do lado activo, aos *maiores de 30 anos*, quando o Código Civil, como se sabe, a reservava apenas aos maiores de 50 anos, que não tivessem prole legítima.

O diploma teve o mérito assinalável de implantar, no solo do direito brasileiro, ao lado da enfezada *adopção restrita* do Código, uma *nova espécie*, mais pujante de seiva sentimental e mais rica de substância jurídica, que foi a impropriamente chamada *legitimação adoptiva*.

Apesar de lançada já em pleno regime militar, a nova modalidade da adopção emerge de uma *lei* (um instrumento jurídico concebido no seio do Congresso) e não de um *decreto-lei*, ditado pela autoridade soberana do poder executivo.

A inovação não nasceu entretanto da pressão política exercida sobre o legislador por qualquer movimento de opinião pública, mas da sedução que a nova variante da adopção, criada em 1939 pela legislação francesa ⁽²⁰⁾, exerceu sobre os peritos em assistência de menores, em quase todos os países civilizados ⁽²¹⁾. E foi efectivamente no *Código de Menores de 1979* (Lei n.º 6697, de 10.10) que, com algum retrocesso em face do diploma de 1965, se fixaram os novos modelos da adopção *simples* (ou *adopção restrita*) e da *adopção plena* (correspondente à anterior *legitimação adoptiva*), como variantes alternativas da *colocação em lar substituto*.

A *adopção simples* tem-se mantido na legislação posterior com o sentido selectivo e a eficácia bastante reduzida que lhe imprimia o Código Civil.

⁽²⁰⁾ Sobre as origens da *legitimação adoptiva* na legislação francesa (Dec.-Lei de 29.7.1939 e Lei de 8.8.1941, numa 1.ª fase; Lei de 11 de Julho de 1966 e Lei de 22.12.1976, numa fase posterior), vide CARBONNIER, *ob. e vol. cit.*, n.º 140 e segs., págs. 453 e segs.

Acerca da evolução do instituto noutras legislações europeias, vide ANTUNES VARELA, *Direito de família*, 2.ª ed., 1987, n. 17, pág. 98 e segs.; LACRUZ BERDEJO e REBULLIDA, *Derecho de familia*, 1984, § 55, pág. 673 e segs.; GARCIA CANTERO, *El nuevo regime de adopción*, no *Anuario de derecho civil*, 1971, págs. 769 e segs.; RODRIGUES-CANO, *De la adopción, Comentarios a las reformas...*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1147 e segs.; C. RUPERTO; *Adozione*, na *Enc. del dir.*; BESSONE e GILDA FERRANO, *Adozione speciale*, no *Appendice I ao Nov. Dig. Ital.*; BEITZKE, *Familienrecht*, 21.ª ed., § 33, págs. 243 e segs.; GERNHUBER, *ob. cit.*, § 62, pág. 965 e segs.

⁽²¹⁾ Recordem-se, a propósito, os dois projectos sobre a *legitimação adoptiva* (um, de Jaeder Albergaria, Proj. 562/A56; o outro, de EUDORO MAGALHÃES — seu relator — o Proj. 1000/56) que precederam o diploma de 1965.

A *adoção plena* tem por modelo, como bem se sabe, a própria filiação legítima, assim se explicando, além do mais, as *limitações* impostas ao *círculo dos adoptandos*, a *irrevogabilidade do vínculo*, a equiparação aproximada entre *filhos adoptivos e filhos legítimos* e o *corte radical* do adoptado com a *família de origem* (a *família natural* ou *de sangue*).

15. *Aprteciação crítica da evolução legislativa do instituto.* A evolução da legislação brasileira revela no sector restrito da adopção alguns aspectos especiais, que a distinguem das reformas parcelares promulgadas noutros domínios do Direito da família.

O legislador acompanhou em 1965, com a publicação da lei n.º 4465, de 2 de Junho desse ano, o movimento lançado pela legislação francesa com o intento de fortalecer o instituto, tendo os olhos postos nos *menores sem família* ou *desenraizados da família*.

Mas já não pode considerar-se feliz, nem correspondente aos sinais dos tempos, a revisão operada em 1979, com a revogação expressa da Lei n.º 4665 e com a integração de *toda a matéria da adopção* no *Código de Menores*.

Abstraindo das imperfeições técnicas que os autores têm apontado no articulado, começa por não ser correcto o enquadramento sistemático de toda a matéria da adopção no *Código de Menores*. A *adopção* não é apenas, nem sequer principalmente, uma instituição de *assistência social a menores abandonados*.

São *bastante mais complexas* as finalidades *globais* do milenário instituto, que pode sob certos aspectos constituir um elemento precioso de redenção ou de revitalização de casais frustrados ou de famílias incompletas.

Depois, nota-se que o diploma de 79 não acompanhou já o progresso que as legislações europeias denunciam na década de 70, nem as conclusões dos estudos minuciosos sobre a *relação adoptiva* que em muitos países precederam as reformas levadas a cabo nessa época.

A própria *adopção simples*, apesar da relativa magreza dos seus efeitos, está hoje submetida pela Lei de 1979 a um esparti-

lho tão apertado, no momento crucial da constituição do vínculo, que não estimula a sua prática.

Bastante *mais criterioso e equilibrado*, na sua *traça geral*, é uma vez mais o regime proposto por ORLANDO GOMES, quer para a *adopção propriamente dita*, quer para a denominada *legitimação adoptiva*, no seu Anteprojecto de 1963.

§ 5.º

O regime de protecção da família

16. *A protecção da família e o Decreto-Lei n.º 3200, de 19.4.1941.* O Decreto-Lei n.º 3200, de 19 de Abril de 1941, publicado em pleno consulado de GETÚLIO, é o que pode chamar-se uma verdadeira manta de retalhos legislativos, quer pela natureza dos temas abrangidos, quer pelo distinto carácter das normas nele inseridas.

Desde o impedimento matrimonial entre os *colaterais no 3.º grau* e os *efeitos civis do casamento religioso* até às *pensões alimentícias*, aos *empréstimos para casamento*, passando pelas *taxas de matrícula no ensino*, pelos *critérios de preferência* no provimento de *cargos públicos* e pela sucessão de brasileira casada com estrangeiro, de tudo há um pouco neste pitoresco retábulo de questões familiares e para-familiares.

Mas há dois aspectos interessantes do Decreto-Lei que merecem um momento de reflexão.

Por um lado, chama pela primeira vez a atenção dos políticos para o nexó funcional existente entre as várias providências reguladas na Lei ao serviço da instituição familiar, numa lição capaz de revestir o maior interesse para as diversas vertentes em que hoje se desdobra o chamado movimento de *descodificação* do direito civil.

Por outro lado, regulando especialmente algumas das medidas de assistência social à família, como as *pensões alimentícias* e o *bem de família*, o Dec.-Lei n.º 3200 toca indirectamente uma nota particularmente cara ao magistério correctivo de ORLANDO GOMES, nos seus mais recentes comentários sobre o moderno

direito sucessório e previdenciário: a da falta de sincronismo existente entre o ensino dos compêndios escolares dependurados nos velhos cabides normativos do Código, apoiados sobre o muro dos institutos clássicos do século passado, e as realidades da vida de uma parte substancial da população brasileira, assentes na legislação avulsa e na prática da nova *assistência social*.

Só foi pena, no entanto, que o fermento grosseiramente espalhado pelas normas do Decreto-Lei n.º 3200 não tivesse levedado frutuosamente em nenhuma outra iniciativa do Poder Legislativo, como se o Estado tivesse descurado de 1941 em diante a *protecção especialíssima* que os poderes públicos devem à *instituição da família*, como instrumento poderoso da sua *coesão moral* e até da sua *força política*.

§ 6.º

Instituição do divórcio

17. *O problema do divórcio*. Bastante ilustrativa para o observador atento acerca do *esforço inconsequente* do legislador no tratamento jurídico dos grandes temas da família é, por fim, a luta persistente travada pelos juriconsultos nacionais, em prol da *instauração do divórcio*.

A Lei n.º 6515, de 26 de Dezembro de 1977, permitiu incontestavelmente, através das acções instauradas à sua sombra, dar um passo enorme no sentido da *clarificação* de inúmeras situações matrimoniais falsas acumuladas ao longo dos anos nos diversos Estados da União.

Contar-se-ia certamente por *muitos milhares* o número dos *desquitados* que, vivendo em *comunhão de facto* com outra pessoa, se viam impossibilitados de regularizar a sua situação, por virtude do *farisaísmo* intransigente do regime estabelecido. E não seria menor o contingente dos casais que, não desfeitos embora por causa do obstáculo intransponível da lei, eram a simples *tabuleta fictícia, legal*, duma *relação de amor* e duma *comunhão de vida inexistentes de facto*.

Seja qual for o nosso juízo, como *crentes* e como *fiéis*, sobre o *princípio da indissolubilidade* do casamento canônico, havemos de reconhecer que a aplicação da *regra da perpetuidade* ao casamento civil, além de constituir uma solução hoje *política e socialmente impossível de manter* na maior parte dos Estados contemporâneos, arrastaria consigo *os mais sérios e graves inconvenientes de toda a ordem*. O legislador que nela persistisse, alheio às realidades sociológicas que o cercam, assemelhar-se-ia ao silvicultor que porfiasse em manter a sua mata, sem eliminar as árvores doentes ou envelhecidas e sem cortar os galhos pãdres das espécies que ainda conservassem possibilidades de vida.

Só pelo corajoso contributo que representou para a implantação da árvore frondosa da *Verdade na selva de enganos* que era a sociedade familiar brasileira à entrada do terceiro quartel do século, a publicação da Lei de 26 de Dezembro de 1977 merece ser devidamente assinalada.

18. *Breve apreciação crítica da Lei n.º 6515*. Simplesmente, a Lei n.º 6515, mercê das transacções por que passou e dos compromissos a que teve de sujeitar-se, antes e depois da *Emenda Constitucional n.º 9*, de 28 de Junho do mesmo ano, além de ser outra manta de retalhos (semelhante a diplomas anteriores), padece de notórios *defeitos de ordem técnica* e nasceu sob o mesmo signo da *desarticulação* que marca todas as reformas do Direito brasileiro da família.

A Lei começa por não distinguir, com a precisão devida num diploma de tal categoria, entre a *extinção*, a *dissolução* e a *anulação* da sociedade conjugal. Mistura ostensivamente disposições de *natureza substantiva* com *preceitos regulamentares de puro carácter adjetivo*.

Revela uma estranha incoerência num ponto fundamental do seu articulado, ao *proibir categoricamente o segundo pedido de divórcio*, como quem, lá bem no fundo da consciência, duvida da bondade da mercadoria que introduziu no mercado jurídico nacional (22).

(22) Esta disposição (art. 38.º), de *manifesto carácter substantivo*, aparece estranhamente inserida no capítulo da lei (cap. III), que trata do *processo*. Vide,

E a mais importante das disposições estranhas ao tema fundamental da Lei, a norma destinada a substituir a *comunhão universal de bens* pela *comunhão parcial* como *regime supletivo*, mediante a adequada alteração do artigo 258.º do Código Civil, ficou naturalmente assente sobre pés de barro, ao manter-se o *regime de administração dos bens comuns*, inspirado na concepção do *antigo poder marital*.

§ 7.º

Conclusão

19. *Apelo final à revisão (global e unitária) do Direito da família.* Os exemplos que acabam de ser sumariamente expostos, para que os seus pontos nevrálgicos pudessem ser criteriosamente submetidos à razão crítica do observador, bastam para confirmar como tem sido, na verdade, efectuada *aos repelões*, sem um *pensamento global amadurecido na sua base*, a reforma de alguns dos institutos mais importantes por que se reparte a vasta área do Direito da família.

Há necessidade premente de *cerzir entre si* os vários diplomas publicados e de *actualizar* em numerosos pontos a sua doutrina, se o legislador quiser, como lhe cumpre, estabelecer a necessária harmonia entre a *lei* e a *vida*.

Mas importa sobretudo *completar* as reformas parcelares até agora publicadas, integrando todas as soluções revistas num *sistema coerente*, inspirado num pensamento *unitário* sobre a *constituição* e a *função social da família*, embora respeitando também as limitações impostas justamente por uma sociedade pluralista como a do nosso tempo.

Ninguém mais do que ORLANDO GOMES — Professor emérito desta Casa, cujos ensinamentos têm irradiado para todo o Brasil — sente a necessidade de uma tal *revisão legislativa*, cora-

por todos, o comentário crítico à disposição, JOSÉ ABREU, *O divórcio no direito brasileiro*, FORENSE, Rio, 1981, págs. 184 e segs.

josa e insistentemente denunciada nos mais recentes escritos que integram a sua obra.

E ninguém *mais qualificado*, ao mesmo tempo, do que o talentoso mestre bahiano para levar a cabo a revisão que o País requer, como o comprova o seu magnífico Anteprojecto de 1963.

O Ministério da Justiça, porém, desde que JOÃO MANGA-BEIRA deixou o rol dos vivos, não mais se lembrou do insigne civilista de SALVADOR para as tarefas de codificação do Direito pátrio.

Em contrapartida, o contingente interminável dos seus discípulos, leitores, colegas e admiradores, nacionais e estrangeiros, sabem que ele é, desde há muito, o *exponente máximo* do pensamento jurídico brasileiro. Conhecem os seus rasgos de *génio* na definição e caracterização de algumas das *figuras* mais complexas e delicadas da tipologia jurídica nacional, desde o maltratado *compromisso de venda* ⁽²³⁾ até ao controvertido contrato de instalação dos *shopping centers*, passando pela enigmática e estranha *alienação fiduciária em garantia*, que a Lei do Mercado de Capitais (Lei n.º 4728, de 14.7.65), subrepticamente, introduziu no comércio jurídico brasileiro ⁽²⁴⁾.

E todos sabem também que aos talentos evidenciados na sua *formação intelectual*, através duma obra verdadeiramente *ímpar* na literatura jurídica brasileira, se juntam, para a tarefa requerida, as raras *virtudes de carácter* documentadas numa vida exemplar de professor, de advogado, de jornalista e de cidadão.

Por todas estas razões, ao aproximar-se o encerramento do encontro singular de homenagem aos 50 anos de actividade docente ininterrupta deste autêntico apóstolo do ensino do Direito, ousamos nós pedir ao Mestre insigne, que, com ou sem designação oficial, leve a cabo a tarefa de revisão e actualização global do seu Anteprojecto de 1963 sobre o Direito da Família ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ ORLANDO GOMES, *Promessa de venda*, no *Reportório enciclopédico do Direito Brasileiro* de CARVALHO SANTOS, pág. 48; ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, *Direito económico*, São Paulo, 1977, pág. 105.

⁽²⁴⁾ Vide ORLANDO GOMES, *Alienação fiduciária em garantia*, 4.ª ed., São Paulo, 1975, Prefácio.

⁽²⁵⁾ Esta exortação final, feita na presença de ORLANDO GOMES, no salão nobre da sua querida Faculdade de Direito de Salvador, aparece publicada na im-

Será esse, sem dúvida, mais um dos *grandes serviços* que o ilustre juriconsulto bahiano prestará ao País que tanto estremece e à *causa da cultura jurídica*, que ele com tanto brilho tem devotadamente servido, dentro e fora das fronteiras da sua Pátria.

prensa jurídica portuguesa numa data em que o insigne Mestre já não pertence infelizmente ao número dos vivos.

Mas o apelo aqui fica para os continuadores da obra do grande jurista que, mais do que nenhum outro, aprofundou o estudo e o conhecimento dos institutos do Direito Civil brasileiro.