

Idéias em debate

Adulterinos, incestuosos e adotivos na nova Carta Constitucional

JURANDIR NORBERTO MARÇURA
MUNIR CURY e
PAULO AFONSO GARRIDO
DE PAULA

O capítulo pertinente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, aprovado em primeiro turno de votação pela Assembleia Nacional Constituinte representa importante evolução no campo do Direito de Família e do chamado Direito do Menor, no sentido de assegurar constitucionalmente a perfeita isonomia entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, pondo termo à odiosa discriminação consagrada pela legislação ordinária em vigor.

Dispõe, com efeito, o § 6º, do artigo 264, do texto aprovado 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". É a igualdade jurídica assegurada aos filhos, assim os concebidos pela natureza (filiação natural, biológica ou consanguínea), como os havidos por adoção (filiação ficta ou civil). Qualquer que seja a natureza da filiação, os direitos haverão de ser reconhecidos perante a lei em igualdade de condições. Dentre estes alinham-se o direito ao nome e ao reconhecimento do estado de filiação, o direito a alimentos e o direito sucessório. Por qualificações devemos entender a anotação em documentos oficiais de identidade, de dados que qualificam a pessoa, tais como naturalidade, data de nascimento, filiação etc.... Serão proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, como, *verbi gratia*, filho ilegítimo, filho adotivo, ou qualquer referência ao ato que deu origem ao registro.

A legislação vigente proíbe o reconhecimento da filiação adulterina e da incestuosa, sendo relativa a proibição concernente à primeira e absoluta em relação à segunda. De feito, preceitua o artigo 358 do Código Civil que "os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos". Esse diploma legal data de 1º de

janeiro de 1916, e o dispositivo transcrito, obviamente, reflete a moral e os costumes da época. Ocorre, porém, que, a pretexto de punir as relações espúrias, optou-se por penalizar os filhos nascidos das relações adulterinas e incestuosas, como se adúlteros e incestuosos fossem estes e não os seus pais. O dispositivo em questão foi alvo de veementes críticas, pois já naquela época representava um retrocesso em relação ao direito pré-codificado, que permitia o reconhecimento dos filhos naturais, inclusive os espúrios, embora com efeitos restritos (arts. 219, 220 e 222 da Consolidação das Leis Civis). Assim dispoendo, observa Washington de Barros Monteiro, "almejava o legislador suprimir, tanto quanto possível, todo o traço do delito, sepultar no olvido o adultério e o incesto, destruindo-lhe mesmo a própria memória" (Curso de Direito Civil, Saraiva, 15ª edição, p. 230).

O tempo encarregou-se de demonstrar a injustiça do dispositivo em apreço (CC, art. 358), cujo rigor foi bastante atenuado em relação aos filhos adulterinos, isto é, aqueles havidos de relações extracônjugas. Inicialmente surgiu o Decreto nº 4.737, de 27 de setembro de 1942, determinando que "o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se lhe declare a sua filiação". Depois veio a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, estendendo a medida para todas as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, envolvendo, pois, além do desquite (hoje separação judicial e divórcio), os casos de morte de um dos cônjuges e de nulidade ou anulação do casamento. Outrossim, como importante avanço para a época, passou-se a permitir ao filho ilegítimo acionar o pai, em segredo de justiça, para efeito de prestação de alimentos. Posteriormente, com o advento da chamada lei do divórcio (Lei nº 6.515, de 26/12/77), o reconhecimento do filho adulterino passou a ser admitido ainda na vigência do casamento, porém somente mediante testamento cerrado (fechado), o que na prática não ajudava muito, uma vez que o reconheci-

to só iria produzir seus efeitos após o óbito do testador, ou seja, depois de dissolvida a sociedade conjugal. Por fim, sobreveio a Lei nº 7.250, de 14/11/84, proporcionando a maior abertura até hoje registrada, porquanto possibilitou ao cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos o direito de reconhecer o filho havido fora do matrimônio, sendo obrigatória, neste caso, a via judicial.

O mesmo avanço legislativo verificado em relação ao filho adulterino não ocorreu relativamente ao filho incestuoso, ou seja, aquele havido entre pessoas impedidas de se casarem em virtude de parentesco próximo (natural ou civil) ou afinidade, conforme enumeração constante do artigo 183, incisos I a V, do Código Civil. Efetivamente, a legislação em vigor não abre nenhuma exceção ao reconhecimento do filho incestuoso, sendo, pois, absoluta a proibição constante do referido artigo 358 do Código Civil. Permite-se-lhe tão-somente o direito de acionar o pai em segredo de justiça, para efeito de prestação de alimentos, nos termos do artigo 4º da citada Lei nº 883/49, importando ressaltar, todavia, a existência de abalizadas opiniões doutrinárias sustentando que o referido dispositivo aplica-se exclusivamente à filiação adulterina.

No campo do direito sucessório, o filho natural reconhecido na constância do casamento, concorrendo à herança com filho legítimo ou legitimado, tinha direito só à metade do que a este coubesse, situação essa modificada com o advento da Lei nº 6.515/77 (lei do divórcio), que deu nova redação ao artigo 2º da referida Lei nº 883/49, passando o direito à herança a ser reconhecido em igualdade de condições entre filhos legítimos e ilegítimos, ou, mais precisamente, entre os legítimos ou legitimados e os naturais reconhecidos. Os filhos incestuosos, não podendo ser reconhecidos, ficam excluídos da sucessão.

Essa discriminação, que recai impiedosamente sobre a filiação dita espúria, porque oriunda de pessoas impedidas de se casarem na época da concepção, afigura-se

desarrazoável e injusta. Se alguém deve ser punido, que esse alguém seja o autor ou os autores do incesto ou do adultério, e não a vítima inocente, fruto da relação adulterina ou incestuosa. Curiosa e paradoxalmente, todavia, a legislação penal pune o adultério (CP, art. 240), mas não tipifica como crime o incesto, enquanto que a legislação civil tende a ser implacável somente em relação à filiação incestuosa.

Estabelecendo o legislador constituínte a igualdade jurídica de "direitos e qualificações" entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, entendemos que toda e qualquer restrição ou limitação aos direitos inerentes à filiação deverá sucumbir à vista da nova carta, uma vez que não se concebe igualdade de direitos e qualificações sem a consequente liberdade para demandar ou voluntariamente reconhecer o estado de filiação, mesmo nos casos em que esta revelar a existência de adultério ou incesto.

Concerentemente à adoção, igualmente auspiciosa é a inovação recém-aprovada pelo Congresso Constituinte. Efetivamente, é inconcebível a diversidade de tratamento jurídico entre filhos naturais (legítimos ou ilegítimos) e adotivos, e destes entre si, como sói acontecer na legislação pátria em vigor, tendo em vista a existência de três formas distintas de adoção: a tradicional ou civil, prevista no Código Civil (arts. 368 a 378), a simples, disciplinada pelo Código de Menores (arts. 27 e 28) e sujeita ao mesmo regime daquela prevista no Código Civil, e a plena, regulada inteiramente pelo Código de Menores (arts. 29 a 37), sendo esta última de uso bastante restrito, uma vez que se destina exclusivamente a menores em situação irregular, na faixa de 0 a 7 anos de idade. O filho adotivo, pelo sistema jurídico vigente, se adotado consoante as normas que regem a adoção plena, estará legalmente equiparado aos filhos de sangue (legítimo, legitimados e naturais reconhecidos), com os mesmos direitos e deveres. Já aqueles adotados em consonância com as regras que disciplinam as adoções

civil e simples são considerados filhos de segunda categoria, porquanto discriminados na relação sucessória. Nessas circunstâncias, o adotado somente herdará por inteiro se os adotantes não tiverem filhos de sangue; se concorrer com filhos legítimos ou legitimados supervenientes à adoção receberá somente a metade da herança que a estes couber; se, finalmente, concorrer com filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos havidos anteriormente à adoção não terá nenhum direito sucessório, uma vez que, nos termos do artigo 377 do Código Civil, "Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária".

O texto aprovado, ao afirmar a igualdade de direitos entre os filhos de sangue e os adotivos, automaticamente estará revogando as disposições das leis ordinárias que regem as adoções civil e simples (Códigos Civil e de Menores), na parte em que impõem restrições à filiação adotiva, não só aquelas concernentes ao direito sucessório, como também as relativas ao parentesco resultante dessas formas de adoção, o qual, pela legislação vigente, limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (CC, art. 376).

A partir dessa equiparação de direitos e qualificações, não mais encontrará justificativa razoável a coexistência das três formas de adoção já referidas (civil, simples e plena), convindo, pois, que a legislação ordinária seja adaptada à nova ordem jurídica, fazendo com que subsista uma única forma de adoção, nos moldes da adoção plena, extensiva aos menores com até 18 anos de idade. Afinal, se os filhos adotivos terão os mesmos direitos e qualificações dos filhos de sangue, inclusive os legítimos, não se concebe a existência de uma adoção de efeitos restritos.

Oportunamente, dever-se-á proceder à revisão dos requisitos legais para adoção, como, v.g., a idade mínima de 30 (trinta) anos (CC, art. 368), que deverá ser reduzida, portanto inconcebível o fato de

que uma pessoa aos 25 anos de idade, por exemplo, possa ser até mesmo ministro de Estado (CF, art. 84) e não possa adotar uma criança. A nossa legislação, nesse aspecto, é uma das mais religiosas, uma vez que na Inglaterra e na Polônia a idade mínima é de 21 anos; na Dinamarca, Finlândia, Noruega e em Portugal qualquer pessoa pode adotar aos 25 anos de idade, sendo de se ressaltar que a legislação finlandesa permite a adoção do enteado se o adotante tiver 18 anos de idade. Na França a idade mínima de 30 anos só é exigível às pessoas solteiras. A legislação da República Democrática Alemã contenta-se com a maioria do adotante, enquanto as legislações da Bulgária, da Checoslováquia e da Itália não estabelecem limite mínimo de idade para aprovação. Igualmente injustificável é a exigência contida no artigo 368, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, segundo o qual "Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento". Ora, se uma pessoa solteira, viúva ou divorciada pode adotar sem maiores problemas, por que exigir-se dos casados cinco anos de vivência matrimonial? Esse requisito tinha sua razão de ser ao tempo em que somente os casais sem prole podiam adotar; como não mais existe semelhante restrição, afigura-se indevida a manutenção desse dispositivo, que deverá, portanto, ser abolido com a reforma legislativa subsequente à promulgação da nova Carta.

Pelo texto aprovado, o concubinato passará a gozar de expressa proteção legal, sendo para esse efeito reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher (art. 263, § 2º). Nessas condições, não será surpresa se a legislação ordinária vier a autorizar a adoção por concubinos, suprimindo o óbice estabelecido pelo artigo 370 do Código Civil, segundo o qual "Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher".

Os autores são membros do Ministério Público do Estado de São Paulo e oficiais junto à Coordenação das Curadorias de Menores.