

DA CONDIÇÃO JURÍDICA DOS FILHOS ADULTERINOS NO DIREITO BRASILEIRO (*)

Prof. DOLOR UCHÔA BARREIRA
(Catedrático de Direito Civil)

I — Como sabeis, por se tratar de noção corrente, podem ser de duas classes os filhos: — *legítimos* e *ilegítimos*.

São filhos *ilegítimos* os que não procedem de justas núpcias, não tendo a sua filiação assegurada pela lei. (1)

(*) O presente trabalho constituiu a "Aula de Sapiência", ministrada na abertura dos Cursos da Faculdade de Direito, a 1º de março de 1951, precedida das seguintes palavras:

"Designado pelos meus pares para ministrar a aula da sapiência, com que deve inaugurar-se o curso jurídico deste ano, tive á minha escolha os assuntos mais momentosos e de maior oportunidade no instante histórico que atravessamos, no qual o direito, se se não transforma, se modifica e altera estruturalmente, até nas suas partes consideradas por excelência conservadoras e, como tais, difficilmente atingíveis.

Tendo em especial consideração a tendência chamada socializadora do direito civil, com tanta segurança posta em foco por ABELMAR RIBEIRO DA CUNHA em dissertação para concurso á docência livre de Direito Civil da Faculdade de Direito do Ceará, respiguei da família o seguinte assunto — DA CONDIÇÃO JURÍDICA DOS FILHOS ADULTERINOS NO DIREITO BRASILEIRO — e sobre ele pretendo falar-vos, entretendo-vos, em despretençiosa palestra, durante alguns minutos."

(1) — CLOVIS BEVILAQUA — Cód. Civ. Com., vol. 2, pág. 327.

Esta classe dos filhos ilegítimos divide-se, por sua vez, em duas sub-classes: — *naturais e espúrios*.

Dizem-se *naturais* — também ditos *simplesmente naturais* ou *naturais em espécie* — os que nasceram de homem e mulher, entre os quais não havia impedimento matrimonial. Nasceram segundo a natureza, *ex soluto et soluta*. (2)

Si entre os genitores havia impedimento matrimonial, na época da concepção, dizem-se *espúrios* os filhos ilegítimos. (3)

Dos filhos *espúrios* eram conhecidas três espécies, todas elas abrangidas na denominação genérica de — *filhos de danado e punível coito* — : *incestuosos, adulterinos e sacrílegos*.

Dizem-se *incestuosos* os filhos nascidos de ajuntamento de parentes em grau proibido; *adulterinos*, os ilegítimos de homem casado ou de mulher casada e *sacrílegos*, os filhos de clérigo, religioso ou religiosa. (4)

Não ha mais, dêsde que a Igreja se separou do Estado, a antiga classe dos sacrílegos; os filhos de clérigo, religioso ou religiosa são hoje, como de ha muito tempo, *simplesmente naturais*, sem qualquer eiva, portanto, de espuriedade.

De modo que, no direito civil vigente entre nós, ha apenas duas espécies de filhos *espúrios* ou *bastardos*, como igualmente

(2) — CLOVIS BEVILAQUA — Cód. Civ. Com., vol. 2, págs. 327 e 328.

TEIXEIRA DE FREITAS define filhos naturais aquêles cujo pai e mãe ao tempo do coito não tinham entre si parentesco ou outro impedimento, para casarem (Consolidação das Leis Cívis, art. 208).

(3) — TEIXEIRA DE FREITAS advertia que adotava essa qualificação de filhos espúrios por ser a das Ordenações, de Borges Carneiro e de Coelho da Rocha; pois na acepção rigorosa era filho espúrio o filho ilegítimo de pai incógnito (Cons. das Leis Cívis, not. 1 ao art. 207), e essa advertência Clovis Bevilaqua a reproduz, quando escreve: "Esta designação (de espúrio) referia-se, originariamente, aos filhos de pais incógnitos: *qui matre quidem certa, patre autem incerto nati, spurii appellantur*. Eram os vulgo concepti, os que não tinham pais: — *qui sine patre erant* — Calvino, vb Spurius" (Cód. Civ. Com., vol. 2, pág. 328).

(4) — TEIXEIRA DE FREITAS, Cons. das Leis Cívis, art. 210.

se os denomina: os *incestuosos* e os *adulterinos*, por nós já convenientemente definidos.

II — Tendo em consideração agora apenas os filhos *adulterinos*, perguntamos, como está escrito na epígrafe deste trabalho: — Qual a condição jurídica dêesses filhos ilegítimos no direito brasileiro?

A resposta procuraremos dar, com o desenvolvimento que o assunto merece, nas linhas que seguem.

III — Estudaremos e debateremos a questão em quatro períodos: sob a vigência das Ordenações do Reino; enquanto vigorou a lei n. 463, de 2 de setembro de 1847; ante o que dispõe a respeito o Código Civil Brasileiro e, finalmente, em face do que depois dêle sobre êsse assunto se legislou.

Uma coisa pode ser desde logo acentuada: — a reserva, a restrição, a — pode mesmo dizer-se — antipatia com que em todos os tempos a nossa lei tratou os filhos *adulterinos*.

Chegou mesmo a haver um momento de flagrante regresso na orientação legislativa: do Código Civil em relação á anterior e longinqua legislação filipina, como se evidenciará.

IV — Na vigência da Ord. Liv. 2, Tit. 35, § 12, podiam ser *perfilhados* ou *reconhecidos* não só os filhos naturais, *mas também todos os espúrios*, incluídos, portanto, os *adulterinos*. (5)

Essa perfilhação era o *reconhecimento voluntário*, por parte dos pais, requerendo-se — para ser legal — que o pai, ou mãe,

(5) — COELHO DA ROCHA, invocando não só a citada Ordenação, mas ainda Melo, 2, tit. 51 § 19, dizia: "Entre nós não pode haver dúvida. A nossa história está cheia de exemplos de tais perfilhações; e como antigamente a ilegitimidade era uma nota, que impedia a entrada para as ordens de Cavalaria e outras honras, a perfilhação tinha por fim principal a habilitação para os empregos e para a sucessão do perfilhante" (Inst. de Dir. Civ., vol. I, § 297, not., págs. 203 e 204.

em escritura ou testamento, reconhecesse o filho por tal, com ânimo de o perfilhar, e que êsse reconhecimento fosse *confirmado*. (6)

Mas, *na ausência dessa perfilhação* assim solenemente feita, era assegurada aos filhos espúrios *ação de filiação* contra os pais, ou seus herdeiros, para que os reconhecessem por tais. A filiação podia provar-se por todos os indícios, ou conjecturas graves, próprias a convencer o juiz, como: o reconhecimento extra-judicial do filho; o ter o pai tomado conta dele, ou concorrido para a sua criação; a amizade, e trato frequente com a mãe, ao tempo da concepção; o ter esta em casa teuda e manteuda; a fama pública e outras quaisquer provas aptas a produzir aquêlê convencimento. (7)

V — Ocorre, porém, que, fosse o reconhecimento ou a perfilhação *ato solene de vontade* dos pais, ou o resultado de uma sentença judicial, na competente ação de filiação, o certo é que tais filhos não podiam *pedir a sucessão*, ainda mesmo na falta dos herdeiros necessários, nem *ex-testamento*, nem *ab-intestato*. (8)

(6) — COELHO DA ROCHA, Inst. de Dir. Civ., vol. 1.º, § 298, pág. 204.

Essa confirmação naqueles afastados tempos era feita por Alvará, ou Carta Régia, expedido pela Secretaria dos Negócios do Reino, precedendo as diligências do estilo, as quais consistiam na informação da autoridade respectiva com audiência dos parentes do perfilhante, a quem competiria a sucessão, se ele morresse *ab-intestato*. — Cit. Coelho da Rocha, obr. cit., pág. cit.

(7) — COELHO DA ROCHA, obr. cit., vol. 1.º § 300, págs. 205 e 206.

(8) — Assim era — esclarece COELHO DA ROCHA — por não haver lei pátria que a isso os habilitasse antes obstar-lhe o direito romano, subsidiário neste caso; a saber: em quanto à sucessão *ab-intestato*, a Nov. 118, cap. 1 e 2, e o § 2. Inst. de haered. qui ab intest.; e em quanto à sucessão *ex-testamento*, a Lei 6 cod. de incest. nupt., e a Authent. Ex complexu Cod. eod. (obr. cit., § 300, not., pág. 206).

COELHO DA ROCHA parece allás restringir o seu ensinamento ao caso de

Só teriam direito ás "*criações e alimentos*" (9)

VI — Os filhos *adulterinos* não só podiam ser reconhecidos, *voluntária como forçadamente*; aproveitava-lhes também o benefício da *legitimação per subsequens matrimonium*, contra, todavia, a orientação do Direito Romano, segundo o qual por essa maneira só os filhos naturais *in specie* se legitimavam. (10)

reconhecimento dos espúrios por sentença, e não ao de reconhecimento voluntário, em que *clausula expressa* lhes attribua direitos sucessórios, pois acrescenta: "Para os habilitar pois neste caso, é necessária uma dispensa ou graça; e esta parece-nos poder deduzir-se da *perfilhação solene*, a qual, ainda que não seja hoje um ato legislativo do Rei, e esteja restrita, em quanto ás *clausulas extraordinárias*, em virtude dos princípios políticos actuais, como declarou a Port. de 1.º de junho de 1838; contudo deve produzir todos aquêles efeitos, que constantemente lhe tem sido attribuidos na praxe, e que nascem das suas *clausulas ordinárias* (obr. cit., § 300, págs. 206 e 207).

O mesmo autor diz, de resto, expressamente, que se os filhos espúrios FOREM PERFILHADOS POR ALVARÁ, podem suceder a seu pai, assim por testamento, como ab-intestato, UMA VEZ QUE DESTE NÃO FIQUEM HERDEIROS NECESSÁRIOS, DESCENDENTES OU ASCENDENTES — Lob. a Mell. Liv. 2, Tit. 5, § 17, n. 6 e 12. Peg. ad. Ord. Liv. 1, Tit. 3, § 1, n. 69, Gam. Dec. 278, n. 4 — (ob. cit. vol. 1.º, § 341, pág. 233).

(9) — Ord. Liv. 4, tit. 99, § 1.º; Ass. de 9 de abril de 1772; COELHO DA ROCHA, obr. cit., § 300, not., pág. 206; A. MEDEIROS DA FONSECA, Inv. da Pat., 2.ª ed., n. 87, pág. 100.

Pensou-se que, pela Resolução de 11 de agosto de 1831, que esclarecera que a proibição da Ord. Liv. 4.º, tit. 93, de sucederem os filhos de coito danado ou punível aos respectivos pais ou vice-versa, só se referia à sucessão ab-intestato, pensou-se — repetimos — que os filhos *adulterinos* podiam ser instituidos em testamento, na falta de herdeiros necessários, tendo assim decidido o Sup. Trib. da Just. por acs. de 1.º de agosto de 1868 e 9 de setembro de 1874 (vide A. MEDEIROS DA FONSECA, obr. cit., n. 89, not. 4, pág. 101). Não sendo por aquela forma beneficiados, é que tais filhos só teriam direito a alimentos, de acordo com a Ord. Liv. 4.º tit. 99, § 1.º, que continuou em vigor (A. MEDEIROS DA FONSECA, obr. e loc. cit.).

(10) — COELHO DA ROCHA, Inst. de Dir. Civ., vol. 1.º, § 296, pág. 203 e mais a Nota P. no fim do cit. volume, pág. 310. Ainda: Mello, Liv. 2, tit. 5, § 16, not.,

COELHO DA ROCHA entendia que aquela doutrinação era a mais justa por ser mais favorável aos filhos, mais própria a emendar os erros dos pais, e a terminar comércios escandalosos, e indispensável á vista da multiplicidade dos impedimentos então admitidos. (11)

Por sinal que não só os filhos vivos ao tempo do matrimonio, mas no caso de que morressem antes, deixando filhos, estes se poderiam prevalecer dos efeitos da legitimação. (12)

VII — A condição jurídica dos filhos *adulterinos* era assim disciplinada até que sobreveio a Lei n. 463, de 2 de setembro de 1847.

Com esta lei, manteve-se, quanto aos filhos *espúrios*, o direito, que ela encontrou, ou sofreu êsse direito qualquer modificação?

Não se alterou, nêsse particular — respondemos — o antigo direito, que continuou a ser o mesmo.

Lobão, ad eumđ. e Coll. de Diss. anon. Diss. 1.^a (Análise da Ord. Liv. 2, tit. 35, § 12). Borges Carneiro, Dir. Civ., tom. 2, pág. 321, na nota.

A Ord. 2, 35, § 12, porém, permitia dúvidas. Lafaiete, às palavras dessa Ord.: “contanto que esse filho fosse tal que com Direito pudesse ser legitimado por subsequente matrimónio” —, indagava se ela fazia remissão ao Direito Romano ou ao Canónico. Entendia o glorioso civilista, pelas razões que explanou, que dita Ord. se referia ao Direito Romano, e segundo este Direito não podiam ser legitimados por subsequente matrimónio os adulterinos e os incestuosos. Acrescentava, entretanto, Lafaiete que, aceita a opinião de que a citada Ord. se referia ao Direito Canónico, a solução dada à questão não soffria alteração, pois o Direito Canónico, segundo a intelligencia geralmente admitida, negava aos filhos adulterinos e incestuosos os efeitos da legitimação per subsequens matrimonium — (Dir. de Família, not. XI ao § 109 no fim do livro, págs. 363 e 364 —).

A opinião pessoal de Lafaiete, aliás, era a de que no antigo direito não podiam ser legitimados por matrimónio seguinte os filhos que nasceram do adultério ou do incesto — (Obr. cit., § 109, pág. 198).

(11) — Inst. de Dir. Civ., vol. cit., not. P., pág. 311.

(12) — COELHO DA ROCHA, obr. cit., § 296, pág. 203. E mais: — Hub. ad Pand. L. 1, tit. 6, n. 10; Guer. Tr. 2, L. 1, cap. 4, n. 37.

É que, como o evidencia a remissão do 1.º art. da Lei n. 463 à Ord. Liv. 4.º, tit. 92, essa lei, referindo-se ora a — filhos *naturais* —, ora a — filiação *natural* —, teve em vista, única e exclusivamente, os filhos naturais *in specie* — *ex-soluto et soluta*. (13)

Nestas condições, e sem embargo de se levantarem dúvidas sobre a possibilidade jurídica do reconhecimento dos filhos *adulterinos*, (14) o que parece certo e incontestável é que os *principios vitoriosos* na vigência da lei n. 463, de 2 de setembro de 1847, foram já o de que o pai podia reconhecer o filho *adulterino voluntariamente*, por escritura pública ou testamento, embora o reconhecimento em nada alterasse o caráter da espuriedade e as consequências dela resultantes, já o de que a paternidade *dêsse filho podia ser estabelecida em juízo* por qualquer gênero de provas admitidas em direito, *concedendo-se-lhe ação para investigá-la*. (15)

(13) — TEIXEIRA DE FREITAS escreveu: "Diz este art. 3.º do Decr. (463) — filiação natural — e pela referência do art. 1.º à Ord. Liv. 4.º T. 92 não se pode deixar de entender QUE TRATA SOMENTE DOS FILHOS NATURAIS IN SPECIE, E NÃO DOS ESPÚRIOS" Cons. das Leis Cívis, not. 7 ao art. 212, pág. 172).

Por essa lei, e pelo que toca a filhos naturais *in specie* — é TEIXEIRA DE FREITAS quem ainda escreveu — só houve alteração: 1º por igualar-se plebeus; 2º — por se restringir os meios de prova (obr. cit., not. 7 ao art. 212).

(14) — TEIXEIRA DE FREITAS dizia positivamente: "Não se pode reconhecer filhos espúrios. Se para a filiação natural paterna a lei quer a prova de escritura pública, não se pode supor que fosse indulgente para os filhos espúrios, admitindo toda a casta de provas e facilitando processos escandalosos" (obr. cit., not. 16 ao art. 220).

(15) — Lafaiete, Direito de Fam., § 126, pág. 237.

A obra de Lafaiete — seja dito — foi escrita em 1839, quando em pleno vigor a Lei n. 463, de 2 de setembro de 1847. O grande jurista, aliás, só se refere a essa lei quando se ocupa dos filhos naturais propriamente ditos, o que mostra que, no seu sentir, o direito preexistente no que toca aos *adulterinos*, em nada se alterou com a vigência dessa lei.

Entretanto, continuavam, apesar de reconhecidos, *extra-judicial ou judicialmente*, a não poder suceder aos pais (16) tendo, porém, direito a exigir deles os necessários alimentos. (17)

João Luís Alves diz, na anotação ao art. 358 do Código Civil, que o direito em vigor nêsse tempo recusava aos espúrios *quaisquer* direitos sucessórios. — Veja-se a pág. 281 do seu Cod. Civ. Anotado.

Não me parece admissível conclusão tão rigorosa.

A insucessibilidade do espúrio embora reconhecido, era apenas *ab-intestato*. Não havendo herdeiros necessários, êle podia ser instituído em testamento e, portanto, *suceder testamentariamente*, de acordo com a Ord. Liv. 4.^o, tit. 93, interpretada pela Resolução de 11 de agosto de 1831, pois a Lei n. 463 de 1847 a não derogara, equiparando-se, assim, os filhos *espúrios* instituídos herdeiros a verdadeiros extranhos (18)

VIII — Não teve — ao nosso ver — a menor repercussão nessa ordem de ideias o disposto no § 1.^o do art. 7.^o do decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, *verbis*:

“...a filiação *natural* paterna também pode provar-se ou por confissão espontânea, ou pelo reconhecimento do filho, feito em escritura de notas, ou no ato do nasci-

(16) — Lafaiete, valendo-se do ensinamento de Coelho da Rocha, advertia, no entanto, que o adúlterino sucedia à mãe quando o impedimento não provinha dela (Dir. de Fam., § 126, not. 2. pág. 238).

(17) — LAFAIETE, Dir. de Fam., § 126 e 127; CLOVIS, Dir. da Fam., § 69 e Est. Jur., pág. 194 e Cod. Civ. Com., vol. 2.^o, pág. 331; João Luís Alves, Cod. Civ. Anot., pág. 281, anotação ao art. 358 do Cod. Civil.

(18) — A. MEDEIROS DA FONSECA, Inv. de Pat., 2a ed., n. 94; Lafaiete, Dir. de Fam., § 126; Perd. Malheiros, Com. à Lei n. 463, págs. 16 e 44; Acs. do Sup. Trib. de Just., de 1 de agosto de 1868, de 23 de agosto de 1873 e de 9 de set. de 1874.

mento, ou em outro documento autêntico, oferecido pelo pai...”.

E' que, falando em filiação *natural*, empregando, conseguintemente, expressão jurídica restritiva e não ampliativa (o legislador não se referiu à filiação *ilegítima*, genericamente, mas, especificamente, à filiação *natural*), é evidente que a lei só se referiu aos filhos *naturais in specie*, isto é, oriundos *ex-soluto et soluta*, por outras palavras, aos filhos de pessoas não impedidas de se casar.

Entretanto, Clovis Beviláqua, entendendo que o epíteto *natural* do citado art. 7º *equivale a ilegítimo*; que o decreto de 24 de janeiro de 1890, em suas larguezas, ampliou os meios de provar a filiação *ilegítima*, é de opinião que, pelo questionado decreto, *se tornou expresso o direito de reconhecer os filhos DE QUALQUER ESPÉCIE*, portanto, os filhos adulterinos, embora sem lhes atribuir direitos sucessórios, mas apenas o de pedir alimentos. (19)

IX — O decreto n. 181, de 1890, desfazendo qualquer dúvida que a Ord. Liv. 2, tit. 35 § 12 suscitava, afastava formalmente da legitimação por subsequente matrimónio os filhos *adulterinos*.

Efetivamente, dispondo, no seu art. 56 § 1.º, que é efeito do casamento legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contraentes com o outro, *salvo se um dêstes ao tempo do nascimento ou da concepção dos mesmos filhos estiver casado com outra pessoa*, é claro e inquestionável que, por esta disposição, assim tão categórica, os filhos *adulterinos* se achavam, como se disse, excluídos dos benefícios da legitimação *per subsequens matrimonium*.

(19) — Dir. da Fam., § 69, notas 5 e 6, págs. 458 e 460; Estudos Jur. pag. 194.

Filiou-se, dessa forma, o decreto do Governo Provisório à orientação que LAFAIETE defendia, contra a interpretação dada por MELO, LOBÃO, BORGES CARNEIRO e COELHO DA ROCHA.

X — Ao organizar CLOVIS BEVILAQUA o seu *Projeto de Código Civil*, tarefa de que o encarregara EPITACIO PESSOA, eram estas as ideias que no assunto evidenciavam o liberalismo do seu espírito:

“A proibição de reconhecer os filhos *espúrios* não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a deshonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela. A indignidade está no facto 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 CIMBALI: “Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cinismo, subvertem por completo os mais sagrados princípios da responsabilidade humana, fazendo do reu a vítima e da vítima o reu, condenado a expiar, inexoravelmente, a pena de um crime, que não cometeu. *Patres nostres peccaverunt, et nos pecata eorum portamus*”.

O pensamento do grande mestre ainda se exprimiu por estas palavras:

“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 êle nada fez para merecê-la. 2º — O princípio da responsabilidade dos pais. Aquele que chamou à existência um filho contraiu, por êsse mesmo facto, 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. É, ao mesmo tempo, uma lei injusta, porque tira do facto de outrem (os pais) motivo para prejudicar o filho; e imoral, porque se faz protetora de uniões 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, afim de que não se ofenda o recato dos lares honestos, nem se introduzam nas famílias órgãos estranhos”. (20)

Foi por isso que, nas suas OBSERVAÇÕES PARA ESCLARECIMENTO DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO, advertiu CLOVIS BEVILAQUA que não reconhecia o seu *Projeto* (o chamado *Projeto Primitivo*) o injusto desconceito com que alguns Códigos modernos, imbuidos de prejuízos absonos da equidade e da lógica, estigmatizavam os bastardos, apoucando-lhes a estimação civil. (21)

(20) — Cod. Civ. Com., vol. 2, da 1a. ed., págs. 332 e 333.

(21) — Proj. do Cod. Civ. Bras., Trab. da Com. Esp. da Cam. dos Dep., vol. 1.º, página 29.

XI — Realmente, o referido *Projeto Primitivo* consentiu positivamente no *reconhecimento dos espúrios*, apesar de lhe impor certas cautelas, como se vê do seu art. 420, *ibi*:

“No ato do *reconhecimento do filho adulterino* ou incestuoso é vedado, sob pena de nulidade, fazer qualquer menção da qual se induza que êle procede de um concúbito reprovado”.

XII — A Comissão Revisora deixou incólume o preceito do *Projeto Primitivo*. Este, porém, entrando a ser discutido na Camara encontrou pela frente, expressa sempre com veemência e calor, a opinião reacionária de Andrade Figueira, que chegou ao ponto de apresentar uma emenda segundo a qual *não podiam ser reconhecidos* os filhos incestuosos e *adulterinos*. (22)

A Camara aceitou, nessa parte, as ideias retrógradas do campeão da corrente conservadora naquela Casa do Parlamento, rejeitando a fórmula ampla e amparadora de Clovis Beviláqua, rejeição a que deu expressão peremptória e formal no dispositivo do art. 364 do seu *Projeto*, *verbis*:

“Os filhos incestuosos e *adulterinos* não podem ser reconhecidos”.

XIII — Na Conferência realizada no INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, em 27 de junho de 1912, CLOVIS BEVILAQUA ainda insistiu com indisfarçável ardor nas suas vistas sobre o importante assunto, tendo sob os olhos precisamente o mencionado art. 364 do *Projeto* da Camara:

(22) — Trab. da Camara, vol. 7.º, pág. 274.

“Para cercar as uniões legítimas de maior prestígio social, e dar, às populações, a impressão da santidade do casamento, as leis antigas e os costumes fulminaram os filhos ilegítimos com a desconsideração civil e o vilipendio.

Não quero recordar a marcha longa e dolorosa das ideias que, sob a pressão de interesses vários, vieram modificando a condição dos bastardos, e criaram, entre êles, distinções que ainda subsistem no direito pátrio. Minha intenção é, sòmente, mostrar que a nossa lei consagra uma revoltante injustiça, não permitindo que o reconhecimento dos filhos espúrios, adulterinos ou incestuosos, seja para êles fonte de direitos correspondentes à sua situação de filhos e, para os pais causa determinante das extensas obrigações, que à paternidade ou à maternidade, moralmente, se devem ligar. Essa injustiça se requinta na forma actual do *Projeto* de Código Civil, que, terminantemente, interdiz o reconhecimento, forçado ou voluntário, dos espúrios (art. 364).

Em relação ao direito actual, o *Projeto* é um recuo, um regresso, uma involução. Deve entender-se que uma legislação retrograda, quando abandona as conquistas, já realizadas, da justiça e da equidade. A evolução normal do direito faz-se: a) no sentido de se reconhecer um número de mais em mais avultado de direitos a cada pessoa; b) no sentido de estender os benefícios jurídicos, a garantia dos interesses legítimos, a segurança do desenvolvimento das faculdades humanas, a um número cada vez maior de pessoas; c) no sentido de cercar de garantias mais eficazes o exercício dos direitos.

Ora, o *Projeto* retira aos espúrios direitos em cuja

posse êles se acham, nega-lhes a proteção jurídica, expulsa-os da família, priva-os do afeto a que poderiam aspirar; logo está em franco atrazo, comparado com a lei vigente, onde o reconhecimento dêsses filhos é possível, dando direito a alimento. Principalmente depois das larguezas do decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu, entre nós, o casamento civil, o direito de reconhecer os flihos, de qualquer classe, é expresso, pois aí o epíteto natural, referente ao parentesco (art. 7º), equivale a ilegítimo. Este direito, porém, foi amputado pelo art. 364 do *Projeto* que, intransigentemente, voseia: “*Os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos*”!!

Notai o absurdo, a que leva uma ideia preconcebida. Nasce um espúrio e, no registro civil, com a inscrição do nascimento, faz-se a declaração da filiação materna, porque, espúria ou não, essa infeliz criança deve ter mãe. O registro é uma escritura pública, importa dizer, é prova aceita do ato a que se refere. Se o termo do nascimento indica uma filiação, cumpre tê-la como verdadeira, até que, pelos meios legais, se anule o termo. Porém, se o registro nos diz que *A.* é filho de *B.*, o citado artigo do *Projeto* nos venda os olhos para que não vejamos, e nos obtura os ouvidos para que não ouçamos essa imoral declaração”.

E sempre criticando, acre mas sensatamente, o dispositivo do questionado art. 364, assim termina as suas considerações o insigne doutor: “O filho espúrio não pode ser reconhecido, mas, se os pais se casarem, o que é possível, quando o vício da espuriedade procede do impedimento *ligamen*, pode ser legitimado.

O menos, que é o reconhecimento, causa tanto horror ao *Projeto*; o mais, que é a legitimação, nenhuma impressão lhe faz". (23)

XIV — Rui Barbosa, no *Parecer* que emitiu sobre o *Projeto do Código Civil Brasileiro*, remetido pela Camara ao Senado, para sua discussão nesta Casa do Congresso Nacional, Rui Barbosa — repetimos —, ou porque não o preocupasse a doutrina jurídica do mencionado *Projeto*, mas apenas a sua redação, ou porque a matéria não tivesse para êle o alcance merecido, ou porque cedesse a preconceitos difficilmente erradicáveis, Rui Barbosa — desmentindo as tradições liberais do seu espírito, tantas vezes e com tanto vibração cívica postas à mostra no curso da nossa história — se conformou em absoluto com o que o *Projeto* da Camara consignara no seu art. 364, sem acrescentar-lhe ou subtrair-lhe uma palavra que fosse.

Em verdade, tudo que a respeito pareceu a Rui Barbosa foi que o precitado art.364 devia ser supresso, e incorporado ao art. 361, que determinava que o filho ilegítimo podia ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

E escreveu em nota ao referido art. 361:

“Aqui se admite amplamente aos pais o direito de reconhecer os filhos ilegítimos. No art. 364, porém, se abre exceção a essa faculdade geral, vedando-se o reconhecimento da prole *espúria e adulterina*. (24)

(23) — Estudos Jurídicos, págs. 193 a 196.

(24) — Aqui cometeu Rui Barbosa um erro de técnica, falando em *espúria e adulterina*. O conceito de *adulterina* está contido no de *espúria*, como a espécie no género. Rui Barbosa devia ter dito — *espúria simplesmente* ou então *incestuosa e adulterina*. Nunca, — *espúria e adulterina*. Quandoque bonus dormitat Homerus...

Razão é, pois, que o art. 364 se incorpore ao art. 361, COMO EXCEÇÃO Á REGRA. (25)

XV — Qual o resultado de tudo isso? O art. 358 e o art. 363 *pr.* do Código Civil Brasileiro: o primeiro, interdizendo absolutamente o reconhecimento *voluntário* dos filhos adulterinos, e o segundo, a investigação da paternidade, em outros termos, o seu reconhecimento *forçado*. Nem por ato de vontade dos pais, nem por sentença do juiz.

ANATHEMA SIT! foi a condenação impiedosa, inapelável e definitiva infligida pela lei sobre essas desafortunadas criaturas...

XVI — Não podendo ser reconhecidos, nem voluntária nem forçadamente, não tinham os filhos adulterinos direitos hereditários, quer em relação aos pais, quer em relação as mães.

Era — asserta CLOVIS BEVILAQUA — um rigor contrário á natureza das coisas e á bôa razão que os ilegítimos não herdassem, *ao menos de suas mães, em todos os casos*, fossem naturais *ou espúrios*, mas resultava, forçosamente, da circunstância de tornar o Código o reconhecimento requisito essencial para o direito sucessório.

Ora — conclue êle — o espúrio não podia ser reconhecido; logo, não podia herdar, quer do pai, quer da mãe... (26)

XVII — É certo que o Código Civil, por iniciativa do Senado, inspirado no Código Civil Português (arts. 135 e 136), preceituou no seu art. 405 que a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, *não provocada pelo filho*, quer por

(25) — Parecer, págs. 188 e 191.

(26) — Cod. Civ. Com., vol. 6º da 5a. edição, pág. 65.

confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade *somente para o efeito da prestação de alimento*.

Ao inverso do direito antigo, que, além de dar aos *espúrios* o direito de pedir alimento (Ass. de 9 de abril de 1772, § 3.º), chegava até a permitir-lhes *a investigação da paternidade para esse fim*, o Código Civil Brasileiro, *num evidente passo para traz*, nem mesmo no tocante a alimentos lhes dá ação alguma para prova da paternidade, (27) apenas consentindo que êles possam obter êsses alimentos ainda assim

a) se a paternidade resultar de sentença irrecorrível, *não provocada pelo filho*, isto é, proferida em processo civil ou criminal em que figurem como litigantes os pais ou terceiros, como, por exemplo, a ação de impugnação da legitimidade, ou processos crimes em consequência de estupro, rapto ou sedução de sua mãe; (28)

b) se houver confissão ou declaração escrita do pai, feita, *verbi gratia*, em segredo, para os efeitos do impedimento matrimonial.

A jurisprudência, aliás, decidia que o filho reclamante ainda tinha de provar a necessidade, em que estava, de perceber os alimentos, e a possibilidade do pai de lh'os fornecer. (29)

XVIII — Em benefício dos filhos *adulterinos*, a doutrina, que a interpretação e a crítica do Código Civil provocaram, fez logo a distinção da adulterinidade *somente a patre*, para que êsses filhos, *caso só o pai fosse casado e solteira a mãe*, tivessem direito à sucessão paterna.

(27) — João Luís Alves, Cod. Civ. Anot., pág. 308.

(28) — Arnaldo Medeiros da Fonseca, Inv. da Paternidade, 2a. ed., n. 282, pág. 350.

(29) — Acórdão do Trib. de S. Paulo, de 30 de julho de 1920, apud Carvalho Santos, Cod. Civ. Int., vol. VI, pág. 204.

Já era uma irrecusável concessão, assente, de mais a mais, no direito antigo, e que a jurisprudência, formada em face do Código Civil, sancionou.

CLOVIS BEVILAQUA, no seu DIREITO DAS SUCES-
SÕES, 3a. ed., 1938, § 42, escreveu:

“Pelo direito anterior, os espúrios, embora não herdando das mães, não eram afastados da sucessão dos ascendentes maternos (Ord. 4, 93, *pr.*; Coelho da Rocha, Inst. § 340; Loureiro, Dir. Civ. Bras., § 450, 2.º Contra-Teixeira de Freitas, Cons., not. 24 ao art. 972). Não consagrou essa regra o Código Civil.

Os filhos, nascidos de ajuntamento ilícito de *mulher desimpedida com homem casado*, SUCEDEM ÀS SUAS MÃES, porque, não ha que atender, nêsse caso, à filiação paterna, sendo até proibido investi-gá-la”. (29a)

Muito longinquamente, como se fez sentir, já COELHO DA ROCHA, invocando Peg. For. 6, cap. 128, n. 12, Val. Cons. 29, n. 10, 2.º, doutrinava:

“O filho *de mulher solteira e homem casado*

(29a) — Vide ainda o mesmo CLOVIS BEVILAQUA, Dir. da Fam., § 69, not. 3, in fine, da 6a. edição, pág. 357 e obr. cit., 7a. edição, § 69, 3, in fine, pág. 332; ITA-BAIANA DE OLIVEIRA, que a seu turno escreve: “Mas o filho de *mulher solteira e homem casado (ex soluta et conjugato)*, posto que não sucede ao pai, sucede entre-tanto à mãe, por não ser êste coito punido a respeito dela, e porque, em nosso direito, só se não permite a investigação da maternidade, quando tem por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira” (Dir. das Suc., 2a. ed., § 254, pág. 154).

SUCEDE Á MÃE e aos parentes desta por não ser este coito punível a respeito dela. (29b)

No que concerne à jurisprudência, consulte-se o Ac. do Supr. Trib. de Just. de S. Paulo, de 27 de abril de 1928. (29c)

XIX — Adoçando-lhes ou atenuando-lhes a desdita, decidiu também a doutrina, em face do Código Civil, que, se os espúrios não podiam ser reconhecidos, podiam entretanto ser legitimados por casamento subsequente.

ANDRADE FIGUEIRA, na sua citada emenda, pretendia — e o disse expressamente — que os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos *nem legitimados*.

Mas já a Camara lhe desatendera indissimulavelmente à pretensão, não permitindo apenas o reconhecimento desses filhos.

E assim passou a matéria para o Código Civil.

A verdade, porém, é que essa doutrina não se estabeleceu de logo e pacificamente.

Ao contrário: no campo incruento da controvérsia, os críticos e dialetas do nosso direito terçaram entre si as suas armas mais bem afiadas. Degladiaram-se os nossos doutores.

CLOVIS BEVILAQUA, impertérrito propugnador do direito dos espúrios, — a injustiça impendente, inflexível, sôbre eles, causando-lhe sempre vexame e revolta — dizia, em comentário ao art. 353 do Código Civil, que, concedendo o direi-

(29b) — Inst. de Dir. Civ. 1.º vol. § 340, pág. 232.

(29c) — Quanto à adulterinidade a patre e à sucessão materna e ainda quanto a adulterinidade a matre e à sucessão paterna, veja-se C. SANTOS, Cod. Civ. Int., V, 439 e 440 e mais XXVII, II Sup., págs. 243 e segs., onde se refere á opinião de Orlando Gomes, favoravel ao reconhecimento e á sucessibilidade em ambas as hipoteses e á de Laudo Camargo em sentido diametralmente oposto.

to antigo a legitimação a *todos* aquêles, cujos pais contraíssem legítimas nupcias, não era lícito que o Código Civil recuasse dessa conquista liberal, e privasse dêsse benefício os espúrios e que, com efeito, por aquele dispositivo legal, podiam legitimar-se *todos os ilegítimos*, fossem naturais ou espúrios, contanto que seus pais se unissem, legitimamente, pelo casamento. Seria injusto, além de ilógico — acrescentava ele — permitir o casamento aos que se uniram contra o direito e a moral, e fazer recair, sôbre os frutos dessa união reprovada, o estigma indelevel da espuriedade. (30)

Mais tarde, em *parecer* emitido a respeito, CLOVIS BE-VILAQUA, sustentando a mesma tese, ponderava que a letra do art. 353 não admite outra interpretação e que a história de sua formação, se lhe pedirmos luzes, concorre para confirmar essa inteligência. (31)

JOÃO LUIS ALVES, porém, de logo, impugnou categoricamente essa opinião, e disse que, redigido como ficou o art. 229 do Código Civil, poderia parecer que o casamento legitima todos os filhos comuns, anteriormente nascidos ou concebidos, *inclusive o adulterino*, isto é, o nascido ou concebido estando um dos contraentes ligado por outro casamento, por ocasião do nascimento ou concepção. Esta interpretação, todavia — notava êle — não condiria com o espírito do Cód. e *encontra formal oposição no art. 358*: os filhos adulterinos não podem ser reconhecidos e, *a fortiori*, legitimados, sendo, pois, incontestável que o texto (do cit. art 229) se refere aos filhos concebidos ou havidos *ex-soluto et soluta*, *unicos que o subsequente matrimônio pode legitimar*. (32)

(30) — Cod. Civ. Com., vol. 2, pags. 323 e 324.

(31) — Soluções Práticas de Direito, vol. 1, pág. 174.

(32) — Cod. Civ. Anot., pág. 189.

CARLOS MAXIMILIANO, esposando em toda linha o pensamento de CLOVIS, arremete diretamente contra JOÃO LUIS ALVES, argumentando:

“João Luis Alves assevera: “os filhos adulterinos não podem ser reconhecidos e, *a fortiori*, legitimados”.

O argumento conclui mal, porque está formulado contra as regras da lógica.

Seria lícito deduzir que um benefício negado aos *reconhecidos*, com mais forte razão (*a fortiori*) se devesse recusar aos *legitimados*, se em geral aquêles gosassem de maiores regalias do que êstes.

Ora, acontece exatamente o oposto: os legisladores equiparam o *legitimado ao legítimo*, e tal prerrogativa não atribuem ao *reconhecido*; o primeiro tem o mesmo quinhão que o filho do casal; sôbre o último se dispõe de modo diverso — nalguns países não herda; nos outros recebe uma parte inferior à da prole oriunda de justas núpcias... Logo, seria verdadeira só a recíproca: o que se contesta ao *legitimado* não pode ser atribuído ao *reconhecido*, cuja posição jurídica é inferior. (33)

Afinal, depois desses entrechoques, veio a doutrina acorde — o casamento subsequente *legitima quaisquer filhos*, AINDA OS ADULTERINOS —, acabando por firmar-se nêsse sentido a jurisprudência. (34)

(33) — Dir. das Suc., 1.º vol., n. 191, not. 7, pág. 248.

(34) — Veja-se PONTES DE MIRANDA, Trat. de Dir. da Fam., 3.ª ed., vol. III, 215, pág. 69. Vejam-se mais, quanto á doutrina: ESTEVAM DE ALMEIDA, Dir. de Fam., ns. 104-105, 113 e 116; HERMENEGILDO DE BARROS, Manual do C. C., vol.

Em tal caso — é evidente — melhorava consideravelmente a situação jurídica do filho *adulterino*, pois readquiria a plenitude do direito sucessório em relação aos pais, uma vez que, para os efeitos da sucessão, os legitimados se equiparam aos legítimos. (35)

XX — A doutrina ainda concorreu para suavizar o infortúnio dos filhos *adulterinos*, assentando que a sua insucessibilidade era apenas *ab-intestato*, pois podiam adquirir por testamento do seu genitor.

Houve dúvida, de começo, no que toca a essa questão.

É assim que FERREIRA ALVES entendeu que não podiam tais filhos receber ex-testamento, havendo herdeiros necessários. (36)

E essa dúvida se refletiu na jurisprudência, onde alguns julgados pretenderam encontrar apoio para a incapacidade dos *adulterinos* nos arts. 1.719, n. III, e 1.720 do Código Civil, que proíbem as disposições testamentárias em favor da concubina do testador casado, mesmo quando realizadas por interpostas pessoas, assim considerando qualquer descendente da incapaz. (37)

CLOVIS BEVILAQUA, porém, impugnou esse modo de ver, sustentando que essa incapacidade testamentária passiva não existe em nosso direito; que o filho *adulterino* não sucede

XVIII, n. 250; C. SANTOS, *Cod. Civ. Int.*, vol. V, pág. 395. Quanto á jurisprudência: — vide Ac. do Sup. Trib., de 23 de out. de 1920, *Rev. For.*, 37,204; Ac. da C. de Ap., de 4 de maio de 1921, *R. de Dir.*, 61,337; Ac. da C. de Ap., de 24 de julho de 1934, *R. de Dir.*, 115,418; Ac. do Trib. de S. Paulo, de 7 de dez. de 1926, *Rev. dos Tribunais*, 81, pág. 374.

(35) — *Cod. Civ.*, art. 1.605. (36) — *Man. do C. Civil*, vol. XIX, ns. 177 e 181, págs. 285 e 291.

(37) — ARNOLDO M. DA FONSECA, *obr. cit.*, n. 292. Ai se manifesta o autor contrário á doutrina de FERREIRA ALVES, que — no seu opinar — não encontra nenhum apoio nas disposições do Código.

— é certo — *ab-intestato*, como o adotivo e o natural reconhecido; mas pode ser nomeado herdeiro ou legatário, no testamento do seu pai, tenha este ou não herdeiros necessários. Apenas ocorre que, se não tiver tais herdeiros, *poderá deixar-lhe toda a herança*. (38)

A verdade, porém, é que a opinião de FERREIRA ALVES não prevaleceu, firmando-se a doutrina na forma que indicamos, sem a pretendida restrição. (39)

Firmou-se no mesmo sentido a jurisprudência. (40)

XXI — Ainda procurando indiretamente abrandar o rigor da solução legal, decidiram os doutrinadores que os filhos *espúrios*, embora não podendo ser reconhecidos, podiam, entretanto, ser *adotados* pelo pai.

CLOVIS BEVILAQUA, em três *pareceres* sucessivos, enfrenta humanitária e destemerosamente a tese jurídica.

No primeiro deles, mostra as diferenças que existem entre adoção e reconhecimento.

E escreve:

“Não é lícito aplicar à adoção o que a respeito do reconhecimento dispõe o Código Civil. Adoção e reconhecimento são institutos jurídicos diferentes, por sua organização e finalidade. Adoção é ato de beneficência; o reconhecimento é o cumprimento de um dever moral, a que, em certos casos, o progenitor

(38) — Soluções Prat. de Direito, vol. 1, pág. 198.

(39) — CLOVIS BEVILAQUA, Dir. das Suc., 3.^a ed., § 80; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Dir. das Suc., § 183 e 348, not. 642; GONÇALVES DA ROCHA, na Rev. de Dir., 68,450.

(40) — Vejam-se Acs. do Supr. Trib. Federal, de 12 de abril de 1933 e de 9 de agosto do mesmo ano, na Rev. de Jurisp. Bras., vol. 19.168, e vol. 21.319.

pode ser judicialmente coagido. A adoção cria um parentesco simplesmente civil e restrito às pessoas do adotante e do adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais; o reconhecimento dá efeitos jurídicos à filiação natural e o parentesco dele decorrente não se restringe às pessoas do progenitor e do filho. A adoção exige que o adotante seja maior de cinquenta anos e não tenha prole legítima ou legitimada; não ha idade determinada para o reconhecimento. O vínculo estabelecido pela adoção pode ser dissolvido pela vontade acorde das partes, ou somente pelo adotante, se contra ele se mostrar ingrato o adotado; tal se não dá com o reconhecimento, que é irratável, e somente por sentença pode ser anulado. O reconhecimento pode ser feito no termo de nascimento e por ato de última vontade; modalidades inaplicáveis à adoção. O reconhecimento pode até preceder ao nascimento do filho e suceder-lhe ao falecimento; a adoção ha de ser sempre posterior ao nascimento e anterior à morte do adotado.

São, pois, consideráveis as diferenças entre os dois institutos, e os cânones, que os disciplinam, obedecem a princípios distintos. Não é lícito, portanto, aplicar por analogia as normas de um para suprir supostas ou reais lacunas da lei reguladora do outro”.

Nos outros dois *pareceres* completa CLOVIS BEVILAQUA o seu pensamento e conclui, afirmando:

“...Podem ser adotados os filhos adulterinos, porque a lei não estabelece essa proibição, e não é lícito criar incapacidade onde a lei não as estabelece.

Também não é lícito inferir a proibição por analogia do reconhecimento, porque a proibição de reconhecer adúlteros é uma restrição de direito, imposta a essas pessoas, e, segundo declara o Código Civil, art. 6 da Introd. as leis que restringem direitos só abrangem os casos que especificam. O Código Civil, art. 358, não permite o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros; não os exclui, porém, da adoção. Portanto, *é irrecusável que podem ser adotados*".

Reafirmando-se nas suas ideias, o egrégio mestre ainda reflexiona:

“Não se referindo o Código Civil aos filhos ilegítimos, no art. 368, não sómente não faz da existência deles obstáculo á adoção, como, implicitamente, autoriza os pais a adotá-los, fossem naturais ou *espúrios*. O escandalo que levou o nosso legislador a proibir o reconhecimento dos espúrios, não existe na adoção, porque esta chama para o lugar de filho um extranho, isto é, ainda que o adotado seja filho pela natureza, não se atende a essa qualidade, que será reputada não existente”. (41)

Ora, como filho adotivo, o adúlterino recolherá, *ab-intestato*

(41) — Soluções Práticas de Direito, vol. 1, págs. 197 a 208. CLOVIS sustenta o mesmo ponto de vista no seu Cod. Civ. Com., vol. 2.º da 4.ª ed., pág. 347.

No mesmo sentido — ESPINOLA, Questões Jur. e Pareceres, vol. 1, págs. 143 a 153; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Dir. das Suc. § 254, not. 456; GAMA CERQUEIRA e JUSTINIANO DE SERPA, na Rev. de Dir., vol. 56, págs. 332 a 337.

a herança integral do pai. Concorrendo com legítimos, supervenientes á adoção, a ele tocará metade da herança cabível a cada um destes, (42) o que é considerável abrandamento no rigor legal da sua condição.

XXII — Vê-se que, com o Código Civil, se não podia o filho adulterino ser reconhecido, por ato dos pais ou por sentença, só podendo reclamar alimentos e, ainda assim, nos termos estritos do seu art. 405, podia, na melhor doutrina, suceder *ab-intestato* á sua mãe, no caso da espuriedade sómente *a patre*; podia ser legitimado, com os mesmos direitos sucessórios do filho legítimo; podia receber em testamento do pai e podia ser pelo pai adotado, recolhendo-lhe toda a herança ou sómente a metade do que recolhesse o filho legítimo, caso o houvesse superveniente á adoção.

A doutrina procurava, por meios indiretos, suprir, quanto possível, o que a lei deshumana e impiedosamente lhe retirava.

XXIII — A Constituição Federal de 16 de julho de 1934 nada editou que pudesse interessar substancialmente ao assunto. pois tudo o que determinou foi que o reconhecimento de filhos *naturais* seria isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes coubesse, ficava sujeita a impostos iguais aos que recaissem sobre a dos filhos legítimos. (43)

XXIV — Preceituando, porém, a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, no seu art. 126:

“Aos filhos *naturais*, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará *igualdade com os legítimos*,

(42) — Art. 1.605 § 2º.

(43) — Art. 147.

extensivos áqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”,

canone este que reflete “as diretrizes humanistas da democracia social em face do instituto da filiação” e o qual “mostra que algo de elevado e corajoso se realizou no Brasil”, nas expressões fortes de JOÃO COELHO BRANCO, (44) terá dito preceito alterado o Código Civil no que concerne ao que o mesmo estabeleceu quanto aos filhos adulterinos?

Em primeiro lugar, sempre me pareceu — admitindo-se, *gratia argumentandi*, que a expressão *filhos naturais* incluísse o *adulterino* — que o citado art. 126 não podia operar desde logo, ou, em outros termos, ser imediatamente aplicável, pois ele próprio — de uma claresa meridiana — fazia depender a sua aplicação do advento de uma lei que assegurasse a igualdade dêsses filhos com os legítimos.

E como essa lei tivesse sido promulgada (e outra não podia ser que a denominada Lei da Organização e Proteção da Família — decreto n. 3.200, de 19 de abril de 1941) e, na parte relativa a — *Filhos naturais* (arts. 13 a 16) em nada lhes tivesse facilitado o reconhecimento ou assegurado a igualdade com os filhos legítimos, o mandamento constitucional se manteve, ao contrário, enquanto vigorou a Constituição de 1937, sem qualquer força operativa.

Não sou, contudo, alheio á doutrina, a que a jurisprudencia aderiu, de que, tratando-se de filho *natural in specie, ex soluto et soluta*, reconhecido ele, voluntária ou judicialmente, a equiparação aos legítimos estaria assegurada, pois, nesta parte, o preceito constitucional entrara, imediatamente, em vigor, operara, desde logo, não dependendo da lei regulamentadora. (45)

(44) — Revista de Jurisprudência brasileira, vol. 58, pág. 239.

(45) — É a opinião de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA (Inv. de Pat., 2ª

Também não ignoro que uma corrente mais avançada de doutrinadores se manifestou no sentido de que, sobre ser o art. 126 da Constituição de 1937 um dispositivo *auto-executável*, de aplicação imediata, portanto, ficara em face d'ele derogada qualquer desigualdade decorrente da legislação anterior, *mesmo com respeito a filhos adulterinos*, quer dizer, o citado art. 126 não se limitava à proteção de filhos naturais *stricto sensu*; abrangendo, antes, *todos os filhos ilegítimos*, quer os simplesmente naturais, *quer os espúrios*. (46)

XXV — Sempre pensei, porém, — a dar-se, graças ainda à argumentação, ao art. 126 da Constituição de 1937 a qualidade de auto-executável — sempre pensei — repito — que o dispositivo constitucional, assegurando a igualdade de direitos dos filhos *naturais* com os legítimos, limitava o seu preceito aos filhos naturais *in specie*, aos filhos naturais propriamente ditos, aos filhos naturais *ex soluto et soluta*, E NUNCA AOS FILHOS ADULTERINOS.

Eram as seguintes as minhas razões de convicção.

Em primeiro lugar, não empregou a lei a expressão — *filhos ilegítimos, genericamente*, abrangendo os naturais e espú-

ed., n. 106, pág. 28). Também a de CLOVIS BEVILAQUA (Cod. Civ. Com., vol. 6^o da 5^a ed., pág. 65). Pelo que toca à jurisprudência: vide Ac. de 31 de agosto de 1943 da 4^a Camara do Trib. de Ap. do Distrito Federal (Rev. de Jur. Bras., vol. 62, pág. 193) e o Ac. da 5^a Camara do mesmo Trib., de 2 de julho de 1943 (cit. Rev., vol. 62, pág. 195).

(46) — PONTES DE MIRANDA — voto proferido na apelação cível n. 7.036 (Arq. Jud., 50,168 e ainda no Trat. de Dir. de Fam., vol. III, §§ 218 e 222; CUNHA PEIXOTO, afirmando a plena equiparação dos filhos adulterinos aos naturais (Rev. For., vol. 79,409); FILADELFO AZEVEDO, voto proferido como Relator no Ac. do Sup. Trib. Federal, de 1 de out. de 1942 (Jurisp. do Sup. Trib. Fed., vol. XIV — 1943, pág. 135); MUCIO CONTINENTINO, Pat. dos Filhos adulterinos (Direito, vol. XX, pág. 410).

rios — mas a locução — *filhos naturais, especificamente*, designado apenas os naturais *in specie*.

Não se compreende que o legislador fosse alheio a essa tradicional e conhecidíssima classificação; de maneira que, se assim procedeu, é que era a sua intenção em verdade referir-se exclusivamente a essa espécie de filhos.

Em segundo lugar, não deve esquecer-se que todas as ciencias, e entre elas o Direito, tem a sua linguagem própria, a sua tecnologia, devendo o interprete levá-la em conta, não sendo ainda de deslembrar que *no Direito Público* (e é o caso) *usam mais dos vocábulos em sentido técnico*; em direito privado na acepção vulgar. (47)

Depois, entre os filhos naturais *in specie* ou *simplesmente naturais* reconhecidos e os filhos *legítimos* era evidente para os efeitos da sucessão a desigualdade.

Realmente, se o filho fosse reconhecido *antes do casamento* do genitor, *ou depois da viuvez deste*, a sua porção hereditária era igual a do legítimo, com quem concorreu. Mas, se o reconhecimento se realizasse *na constância do casamento* do genitor, concorrendo o natural reconhecido com o legítimo, determinava o Código que a porção do primeiro fosse *a metade* da que coubesse ao último. (48)

E foi de certo para obstar a essa flagrante e inexplicável desigualdade que o Constituinte de 1937 estatuiu a determinação consubstanciada no art. 126 da Carta Orgânica daquele ano.

CLOVIS BEVILAQUA assim compreendeu, no seu alto senso jurídico:

(47) — CARLOS MAXIMILIANO, *Hermeneutica Aplicação do Direito*, 1^a ed., n. 116, pág. 119.

(48) — Cod. Civil, art. 1.605, § 1^o.

“A Constituição de 1937, art. 126, abrogou o § 1.º desse artigo (1.605 do Código Civil), assegurando igualdade entre os filhos naturais e os legítimos, quanto aos direitos e deveres que, em relação a estes, incumbem aos pais. *Em face desse dispositivo, parece que desapareceu a razão de ser de limitação da herança dos filhos naturais em concorrência com os legítimos, na sucessão dos pais*”. (49)

O art. 126 da Constituição de 1937 — em conclusão — derogou o § 1.º do art. 1.605 do Código Civil, mas deixou de pé e intacto o art. 358 do mesmo Código, que vedava aos filhos adulterinos o reconhecimento. “Subsistiu esse preceito odioso por mais injusto que parecesse”.

Esta foi a doutrina vitoriosa, esta foi a jurisprudência que definitivamente a consagrou. (50)

(49) — Cod. Civ. Com., vol. 6.º da 5.ª ed., pág. 65.

PONTES DE MIRANDA também diz que tal artigo 1.605 § 1.º foi revogado pela Constituição de 1937, art. 126, que mandou à lei assegurar a igualdade com os legítimos (Trat. de Dir. da Fam., vol. III, § 226, pág. 101).

(50) — ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Investigação de Paternidade*, 2.ª ed., págs. 127 e 128; CARVALHO SANTOS, *Cod. Civ. Interpretado*, vol. XXVII, Suplemento II, pág. 216; DANIEL DE CARVALHO (Os filhos de desquitados em face da lei, pág. 16).

Pelo que respeita à jurisprudência: — Vide Ac. da 4.ª Camara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de 12 de agosto de 1938 (Arquivo Judiciário, vol. 50, págs. 163 e 169) Ac. do Supremo Tribunal Federal, de 9 de dezembro de 1940 (Revista de Jurisprudência Brasileira, vol. 50, págs. 268 e 269); Ac. do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de 14 de março de 1941 (in CARVALHO SANTOS, *Cod. Civ. Interpretado*, vol. XXVII, II Suplemento, págs. 217 e 218. Vejam-se mais: Ac. da 3.ª Camara do Trib. de Ap. do Dist. Federal, de 19 de abril de 1945 (Diário da Just., de 1.º de junho de 1945, apenso ao n. 123, pág. 2.110); acs. da 1.ª Turma do Sup. Trib. Fed., de 24 de abril de 1941 (Rev. dos Trib., vol. 137, pág. 740) e do Trib. Pleno, de 26 de janeiro de 1942 (Jur. do Sup. Trib., vol. II, pág. 79) Cf. ac. das Camaras Reunidas do Trib. de Apelação do Estado do Rio, de 25 de outubro de 1939 (Arquivo Jud., vol. 52, pág. 351).

Quer tudo isto significar, nem mais nem menos, que, enquanto vigorou o art. 126 da Constituição de 1937, e até o advento do decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, a condição dos filhos adulterinos permaneceu tal como a disciplinou o Código Civil, nos termos já anteriormente explicados e a que nos reportamos.

XXVI — Que alteração à condição jurídica dos filhos adulterinos trouxe o citado decreto n. 4.737?

Vejam os.

Dizendo, na sua epígrafe, dispôr “sobre o reconhecimento de filhos *naturais*”, prescreve êsse decreto, no seu art. 1.º:

“O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”.

Embora possa provocar ou gerar dúvida quanto a abranger os filhos *adulterinos* a locução usada na epígrafe — *filhos naturais* —, o texto ou corpo da lei desfaz e corta, cerce, essa dúvida, empregando a expressão ampla — “o filho havido pelo cônjuge FORA DO MATRIMÓNIO.

O filho *havido* FORA DO MATRIMÓNIO é todo filho ilegítimo, entre os quais está indiscutivelmente incluído o *adulterino*. (51)

Logo, pelo decreto-lei em questão, o filho *adulterino* pode ser reconhecido pelo pai ou investigar a sua paternidade, depois do desquite.

(51) — CLOVIS BEVILAQUA, invocando o decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, fala expressamente em filhos adulterinos (Cod. Civ. Com., vol. 6.º da 5.ª ed., pág. 65).

Pode dizer-se, por conseguinte, que os arts. 358 e 363 *pr.* do Código Civil foram sensivelmente alterados: por eles era absolutamente e em qualquer circunstância interdito aos filhos adúlteros o reconhecimento voluntário ou forçado; actualmente, pelo questionado decreto-lei, *desde que se o faça depois do desquite* o filho adúltero pode ser reconhecido ou demandar que se lhe declare a filiação.

XXVII — Diversas observações suscita o questionado decreto-lei.

Antes de tudo mais, utilizando-se das palavras — o filho *havido* pelo cônjuge — é claro que não distingue entre a concepção e o nascimento. *Concebido ou nascido* na constância da sociedade conjugal, pode ser reconhecido ou fazer-se reconhecer, depois do desquite. (52)

XXVIII — Concebidos ou nascidos *na constância da sociedade conjugal*, é inquestionável, em face da mencionada lei, a permissibilidade do reconhecimento voluntário ou forçado dos filhos adúlteros, depois da superveniência do desquite.

E se forem concebidos *depois da sentença* que decretar ou homologar o desquite, podem ser reconhecidos ou lhes é permitido propor ação para que se lhes declare a filiação?

Com mais veras, como, aliás, resulta claramente do decreto-lei n. 4.737, e está pacificamente assentado na doutrina e na jurisprudência, “de acordo com a orientação mais liberal e justa”. (53)

(52) — MUCIO CONTINENTINO, *Paternidade dos Filhos Adúlteros*, no *Direito*, vol. XX, pág. 412).

(53) — ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *obr. cit.*, § 212 b, págs. 251 e 252. Ac. da 2.^a Turma do Sup. Trib. Federal, de 11 de dez. de 1942 (*Jurisp. do Supr. Trib.* vol. 15, 40).

Considera-se, para assim concluir, que não ha mais adultério, tendo cessado, com o desquite, as obrigações recíprocas dos cônjuges, entres as quais o dever de fidelidade. (54)

XXIX — Acresce que, para os efeitos do reconhecimento, voluntário ou forçado, é preciso (veja-se bem!) que haja *desquite*, isto é, separação amigável ou litigiosa dos côjuges, definitivamente homologada, no primeiro caso, ou decretada por sentença judicial irrecorrível, no segundo. Só então, de facto, ha desquite, na sua verdadeira acepção.

Quer dizer, no meu sentir, que não basta a *chamada separação de facto*, nem mesmo a separação de corpos, como medida preliminar para o desquite, sendo necessário e indispensável o *desquite, na forma indicada*. (55)

XXX — Entrou-se em dúvida, na aplicação do decreto-lei n. 4.737, de 1942, se o filho adulterino podia ser reconhecido *livremente, sem reservas* pelo pai e pela mãe e promover, nos indicados termos, o seu reconhecimento, *derrogado* o art. 344 do Código Civil, que outorga ao marido o direito *privativo* de contestar a legitimidade dos filhos havidos de sua mulher na constância do casamento, ou si, ao contrário, ficava dependente aquêlê reconhecimento, voluntário ou forçado, *pelo menos no que se refere à mãe*, de promover o marido a contestação da legitimidade desse filho, de pé o citado art. 344.

(54) — Ac. do Sup. Trib. Federal, de 19 de novembro de 1941 (na Rev. de Dir., 140, 450).

(55) — É verdade que no sentido de bastar a separação preliminar de corpos para a possibilidade do reconhecimento julgou a 3.^a Camara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, por ac. de 21 de julho de 1942 (Jurisp. do Trib. de Apel., vol. 11, pág. 36).

Não me conformo, porém, com esta jurisprudência, por considerá-la palmarmente contrária ao texto expresso da lei.

A dúvida manifestou-se no Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em cuja 3a. Camara, no julgado de 14 de novembro de 1944, HENRIQUE FIALHO e AFRANIO COSTA se declararam pelo reconhecimento do filho adulterino, sem qualquer obstáculo, quer quanto ao pai, quer quanto à mãe, sob o fundamento de que “não distingue a lei a qual dos cônjuges se refere, e na incontestável generalidade da disposição é de entender-se que se aplica indistintamente a qualquer deles”.

A 5a. Camara do mesmo Tribunal entendeu, porém, de maneira inteiramente contrária, no aresto de 5 de janeiro de 1945, do qual foi Relator CANDIDO LOBO, considerando subsistente o direito *privativo* do marido de contestar a presunção da paternidade legítima referente aos filhos concebidos na constância do casamento, nos termos do art. 344 do Código Civil.

XXXI — A solução da espécie — ao nosso ver — depende exclusivamente de saber-se se o decreto-lei n. 4.737, de 1942, revogou o pre-mencionado art. 344.

Pensamos que não.

De facto, nem o revogou de *maneira expressa*, pois tal revogação não existe na lei e se esta o tivesse querido, tê-lo-ia feito expressamente.

Si lex voluisset, expressisset.

Nem o revogou *tacitamente*, porque o art. 344 do Código Civil não é absolutamente *incompatível* com o art. 1º do decreto-lei n. 4.737 (art. 2º § 1º do decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), podendo, muito ao invés, os dois dispositivos coexistir perfeita e indiscutivelmente.

Subsiste, por consequência, o art. 344 do Código Civil.

E subsistindo, teremos inelutavelmente de distinguir, conforme se trate do homem ou da mulher, solucionando-se o caso nestes termos: — “Os filhos havidos do homem casado, ainda que concebidos na constância do casamento, podem, depois do

*desquite, ser livremente reconhecidos. Quanto, porém, aos filhos da mulher casada, será indispensável, para que seja possível o seu reconhecimento, que a paternidade legítima haja sido contestada pelo marido, a quem se atribui o direito *privativo* de impugná-la, em face do disposto no art. 344 do Código Civil Brasileiro”, em pleno vigor. (56)*

XXXII — Ha uma outra questão, qual seja a de saber se, em frente ao art. 1º do decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, o filho adulterino continuava apenas a ter direito à prestação de *alimentos*, como o Código Civil lh'o conferia, no seu art. 405, ou se passaria a adquirir *direito sucessório ab-intestato*, pois dúvida não podia restar, ao nosso ver, quanto à sua sucessibilidade *ex-testamento*.

Os doutrinadores e comentadores fugiram de encarar essa questão, que, entretanto, e pelo que me toca, procurarei examinar e resolver com os recursos ao meu alcance.

A questão em análise comporta duas hipóteses: — a) a do

(56) — Vejam-se: ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, obr. cit., n. 212c. FILADELFO AZEVEDO, em Voto no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do ac. de 12 de abril de 1943 (Diário da Justiça de 25 de novembro de 1943, apenso ao n. 273, pág. 4.510).

ARNOLDO MEDEIROS, no lugar citado, rebatendo as considerações de HENRIQUE FIALHO, acentua que não ha na presunção de paternidade que se estabelece em falta de tal impugnação nenhum preceito legal farisaico; mas sim norma geralmente adotada mesmo nos Códigos mais modernos, para resguardar a própria sorte dos filhos e a tranquilidade e moralidade das sociedades conjugais, impedindo, como bem salientou NELSON CARNEIRO, que, no desvario das paixões, possam esposas, exaltadas por incidentes domésticos ou pelo desfecho de ações de desquite, atribuir aos amantes a paternidade de filhos que realmente sejam de seus maridos, ou aos mesmos filhos, inescrupulosamente, por em dúvida a honestidade de suas mães, ou a moralidade do lar paterno, reivindicando a condição de adulterinos, pelo interesse material de disputarem uma herança, que outro não pode ser o seu movel”.

filho *havido na constância da sociedade conjugal*, mas reconhecido depois do desquite e b) a do filho *havido depois do desquite*, isto é, depois da sentença que o decretou.

Quanto à primeira hipótese:

XXXIII — O art. 1.º do decreto-lei n. 4.737 diz ampla e irrestritamente:

“O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser *reconhecido* ou demandar que se declare sua filiação”.

Permite, assim, a lei ao *filho adulterino*, embora naquela circunstância excepcional, o *reconhecimento* voluntário ou forçado.

Ora, CLOVIS BEVILAQUA adverte:

“*Pelo reconhecimento*, o pai deve assumir as obrigações decorrentes da paternidade, e o *filho adquirir os direitos, que lhe são próprios*”. (57)

Referindo-se especialmente à sucessão, ainda adverte o conspícuo doutor:

“O reconhecimento pode ser voluntário (art. 357), ou resultar da sentença condenatória (art. 363 e 366). *Qualquer que seja ele, e qualquer que seja a forma voluntária* (declaração no termo de nascimento, escritura pública ou testamento), **SERÁ FUNDAMENTO DO DIREITO HEREDITÁRIO DO FILHO**”.

E, considerando, de maneira particular, a situação dos espúrios, acrescenta:

(57) — Cod. Civ. Com., vol. 2.º da 1.ª ed., obs. ao art. 357, pág. 331.

“Os filhos incestuosos e adulterinos, *por isso mesmo que não podiam ser reconhecidos* (art. 358), **NÃO TINHAM DIREITOS HEREDITÁRIOS...**” “Era um rigor contrário à natureza das coisas e à boa razão que os ilegítimos não herdassem, ao menos de suas mães, em todos os casos, fossem naturais ou espúrios, *mas resultava, forçosamente, da circunstância de tornar o Código o reconhecimento REQUISITO ESSENCIAL PARA O DIREITO SUCESSÓRIO. Ora, o espúrio não podia ser reconhecido; LOGO NÃO PODIA HERDAR, quer do pai, quer da mãe, salvo por testamento, como qualquer extranho*”. (58)

Ora, se o reconhecimento é *fundamento* do direito hereditário do filho; se êste direito é *resultado, efeito ou consequência* desse reconhecimento; (59) se o filho adulterino não tinha direito sucessório, porque não podia ser reconhecido; é evidente e irretorquível que o art. 1.º do decreto-lei n. 4.737, *permitindo ao filho adulterino ser reconhecido* ou demandar que se

(58) — Cod. Civ. Com., vol. 6.º da 5.ª ed., págs. 64 e 65.

(59) — Vejam-se SORIANO NETO — Do reconhecimento voluntário dos filhos ilegítimos, n. 44, pág. 149, e o Prof. WAGNER TURBAY BARREIRA — O decreto-lei n. 4.737, de 24 de set. de 1942, e as sucessões abertas antes da sua vigência, na Revista da Faculdade de Direito do Ceará, vol. 2 (2.ª fase), 1947, pág. 39 e no Direito, vol. LVII, págs. 53 a 66.

O Prof. WAGNER TURBAY BARREIRA refere-se em particular ao reconhecimento forçado, verbis: “É certo que o decreto-lei em apreço não alude, expressamente, ao direito dos filhos naturais, de que tratou, à sucessão do ascendente de quem demandam a declaração da filiação. Mas não era necessário aludir a isso. Justamente porque aquele direito é EFEITO, DIRETO E IMEDIATO, da sentença que julgar a ação investigatória procedente, por produzir tal sentença, como está dito no texto do citado art. 366 do Código Civil, OS MESMOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO” (trab. cit., locs. cit.)

declarasse sua filiação, lhe outorgou, *ipso facto*, o direito de suceder *ab-intestato* a seus pais.

Se o referido decreto-lei quisesse restringir aos alimentos o direito do filho adulterino reconhecido, teria dito expressa e positivamente que esse reconhecimento se faria apenas *para os efeitos desses alimentos*.

Não o dizendo, mas, ao reverso, se referindo, sem qualquer limitação, ao reconhecimento, é óbvio que tal reconhecimento se faria, *para todos os efeitos*, entre os quais se encontra, insofismavelmente, o direito hereditário.

XXXIV — Cabe, agora, perguntar em que condições herdaria o filho assim reconhecido, em outros termos, qual a *extensão* do seu direito hereditário.

Não hesitamos em responder que tal filho deve ser equiparado ao *filho simplesmente natural reconhecido*. De maneira que, enquanto vigorou a prescrição do art. 126 da Constituição Federal de 1937 — e a admitir-se que essa prescrição devesse ter aplicação imediata — o direito hereditário do filho adulterino, havido na constância da sociedade conjugal e reconhecido depois do desquite, seria *o mesmo* que o do filho legítimo, isto é, esse filho recolheria da herança dos pais porção *igual* à do filho legítimo, só ou em concorrência com êste.

XXXV — Examinemos a segunda hipótese, *id est*, a do filho havido *depois de homologado o desquite amigável ou de decretado judicialmente o desquite litigioso*.

Controverteu-se, tumultuosamente, entre juristas e tribunais, se os *filhos de desquitados* eram *adulterinos ou simplesmente naturais*. Uns respondiam no primeiro, outros no segundo sentido. Seria enfadonho reconstituir a controvérsia, tantos eras os pareceres e julgados numa e na outra das duas indicadas direções.

Afinal, embora fosse além, o decreto-lei n. 4.737, de 1942,

deu à tormentosa questão a solução legal, tornando inquestionável que eram *simplesmente naturais* os filhos havidos depois do desquite. (60)

Nestas condições, seria a mesma da mencionada no *item* anterior a solução da questão relativa à extensão do direito sucessório do filho adúlterino havido depois do desquite e depois deste reconhecido: — herdaria em igualdade de condições com o filho legítimo, enquanto vigorou o art. 126 da Constituição de 1937.

XXXVI — O decreto-lei n. 4. 737 só se referia ao reconhecimento *depois do desquite*.

E assim *limitativamente* entenderam o aludido decreto-lei juristas e arestos judiciários, destacando-se, entre os primeiros, NOÉ AZEVEDO (na Revista dos Tribunais, vol. 152, pág. 798) e ROMÃO CORTES DE LACERDA (*Parecer* no Arquivo Judiciário, vol. 70, págs. 284-287) e, entre os últimos, os acs. da 5.ª Camara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de 4 de fevereiro de 1944 (Arquivo Judiciário, vol. 71, pág. 59) e de 15 de agosto do mesmo ano (Revista de Direito, vol. 150, pág. 313); da 1.ª Camara Cível do Tribunal de S. Paulo, de 22 de novembro de 1943 (Revista dos Tribunais, vol. 149, pág. 233) e da 1.ª Camara do Tribunal de Apelação do Estado do Rio (*apud* NELSON CARNEIRO, *Filhos adúlteros*, pág. 22).

(60) — ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, obr. cit., n. 212 a, pág. 251.

PONTES DE MIRANDA, tendo em vista o art. 1.º do dec. 4.737, escreve: "Os filhos de desquitados não são adúlteros, pois cessara, com o desquite, o dever de fidelidade... Assim sempre pensamos, porém certos julgados reacionários e impiedosos continuaram a reputar adúlteros tais filhos. Daí ter o legislador (dec.-lei 4.737, art. 1.º) sido explícito: "O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação". NÃO LHE DAMOS MAIOR VALOR QUE O DE REGRA INTERPRETATIVA" (Tratado de Direito da Família, vol. III, § 217, págs. 77 e 78).

Surgiu, porém, uma outra corrente doutrinária segundo a qual a medida consignada no art. 1.º do decreto-lei n. 4.737 devia ampliar-se *ao caso de morte*. Também *ao caso de anulação do casamento*, tudo por força do argumento de compreensão. (61)

CASTRO NUNES, no voto proferido no ac. do Supremo Tribunal Federal, de 1.º de outubro de 1942, disse, em referência à hipótese de morte do genitor:

“Quer-me parecer que se o legislador permitiu que, havendo desquite, possa o filho pleitear reconhecimento, é claro, por melhor razão, que ele o possa fazer no caso de morte do progenitor. *A ratio legis* foi evidentemente essa: que cessada a sociedade conjugal pelo desquite deixaria de haver escândalo em vir o filho pleitear reconhecimento, uma vez que os pais já estavam separados. *Com maioria de razão isso se verificará quando, tiver ocorrido a morte; quando, em vez de dissolvida a sociedade conjugal, estiver dissolvido o vínculo*”.

E acrescenta, logo em seguida:

“O que eu dizia é que, havendo o casamento sido *dissolvido pela morte*, pode-se e deve-se aplicar o decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, pois *ibi eadem ratio ibi eadem dispositio*. A lei previu somente o caso do desquite, *mas nós temos de interpretá-la como incluindo também os casos de morte*, porque, aí, há maiores e melhores razões para admitir a investigação da paternidade, uma vez que cessou o consórcio, e que o próprio vínculo do casamento desa-

(61) — ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, obr. cit., n. 212d; MUCIO CONTINENTINO, trab. cit. no Direito, vol. XX, pág. 412.

pareceu. E' uma hipótese que está subentendida por força de compreensão". (62)

XXXVII — A lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, dispondo sobre o reconhecimento dos filhos ILEGÍTIMOS e revogando o decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942 e os dispositivos que a contrariassem, filiou-se a esta última corrente, estatuinto no seu art. 1º:

“Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos conjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimónio e ao filho a ação para que se lhe declare a filiação”.

Como se vê, o reconhecimento do filho *adulterino* (a lei não fala mais em filhos *naturais*, mas, sim, em filhos *ilegítimos*, abrangido, inequivocamente, o filho *adulterino*) não mais se dá somente no caso de desquite, mas *em todos os casos de dissolução da sociedade conjugal*, portanto, igualmente, *nos casos de morte, nulidade e anulação do casamento*, que esses todos são os casos em que a sociedade conjugal se dissolve ou termina (Cod. Civil, art. 315, ns. I, II e III).

XXXVIII — No estabelecer, porém, o direito sucessório do filho *adulterino*, a lei n. 883 ainda incide em evidente recuo, ao dispor, no seu art. 2º:

“O filho reconhecido na forma desta lei, para efeitos económicos, terá o direito, a título de amparo social,

(62) — In Jurisp., Sup. Trib. Fed., vol. XIV, 1943, 139 e 140. Veja-se também FILADELFO AZEVEDO, no Voto proferido por ocasião do ac. de 23 de out. de 1944 (Diário da Justiça, de 6 de fevereiro de 1945, apenso ao n. 31, pág. 708).

à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado".

A lei prevê manifestamente duas hipóteses: a) a em que o filho *adulterino*, na inexistência de filho legítimo, ou legitimado, se habilita, só, à herança de seu pai e, nesta hipótese, ele recolherá uma porção integral, isto é, uma porção hereditária igual à que receberia o filho legítimo, ou legitimado, se existente; b) a em que com o filho *adulterino* concorre filho legítimo, ou legitimado, e, em tal hipótese, o filho *adulterino* só receberá *a metade* do quinhão que o filho legítimo, ou legitimado vier a receber.

A citada lei ainda assegura ao filho *adulterino* o direito à prestação de alimentos, podendo, para esse efeito, acionar o pai, em segredo de justiça (art. 4º).

XXXIX — Atualmente, é a seguinte — resumindo — a condição jurídica do filho *adulterino*, no Brasil:

I — Pode ser *reconhecido*, *dissolvida a sociedade conjugal*, isto é, depois da morte, da anulação do casamento e do desquite de seus pais.

II — Pode ser *legitimado* pelo subsequente matrimónio dos seus genitores.

III — Pode ser *adotado* pelos seus pais, se estes não tiverem prole legítima, ou legitimada.

IV — Reconhecido, *tem direito à sucessão de seus pais*, em condições iguais à do filho legítimo, ou legitimado, se estes não existirem, ou, no caso contrário, recebendo apenas a metade da herança que o filho legítimo, ou legitimado, vier a receber.

V — Pode ser *excluído da sucessão*, ou desherdado, como a lei n. 883, aliás ociosamente, estatue de maneira expressa (art. 9º).

VI — Pode *forçar os pais a lhe prestar os necessários alimentos*.

XL — Ao que se vê, ainda subsistem na lei — quanto à condição do filho *adulterino* — restrições e reservas, frutos malsãos da má vontade ou animadversão com que a sociedade sempre os encarou: — só pode ser reconhecido, depois da dissolução da sociedade conjugal e, se assim reconhecido, só receberá a metade do que na herança vier a caber ao filho legítimo, ou legitimado, se com algum destes tiver de concorrer.

São restrições e reservas estas que, embora lhe melhorando a situação, não se justificam.

Porque o que a justiça manda, ao que queria CLOVIS BEVILAQUA, é que se lhe permitisse *livremente* o reconhecimento e que, uma vez realizado este, se lhe assegurasse plena igualdade com o filho legítimo, ou legitimado, no que respeita aos direitos sucessórios.

Como o mestre reflexiona, “todos êsses subterfúgios, contradições e injustiças pretendem justificar-se com o decoro da família. Não se atende a que o mal está no fato da ligação ilícita e não no acolhimento do filho. Não se repara que, tentando acobertar a união reprovada, a lei premeia a imoralidade, pondo-se ao seu lado, para não consentir que a perturbem na sua ação perversora” (63)

Por outro lado, reconhecido o filho *ilegítimo*, seja *natural* ou *espúrio*, não vejo como se possa deixar de assegurar-lhe o direito sucessório no mesmo pé de igualdade com o filho legítimo, ou legitimado.

Desapareçam as distinções odiosas que não mais se coadunam cm as exigências do direito novo.

Estes são os reclamos, atendendo aos quais, a lei futura ou o direito por constituir terão completado — no que toca à condição do filho *adulterino* — a sua ação dignificante e reparadora.

(63) — Estudos Jurídicos, págs. 196 e 197.

.....

*“O crime traz ao delinquente o receio da punição.
Do mesmo modo, no poder usurpado, aflige ao
usurpador a inquietação da ilegitimidade. Mas o pior
não está nisso; está em que, visando a segurar-se, to-
mado do medo de cair, nunca se retrai aos abusos e
violências que tornam as tiranias necessariamente cor-
rutoras, corrompidas e assassinas.*

*Bem o disse Rui, nesta síntese admirável: todo
o poder ilegítimo nasce com a morte no seio, para vi-
ver morrendo e matando”.*

.....

EDUARDO GIRAÓ — AO LÉU DOS DIAS