

CLOTÁRIO DE MACEDO PORTUGAL FILHO

**DO RECONHECIMENTO DO
FILHO ADULTERINO**

*(Tese para Concurso de
Catedrático de Direito Civil
da Faculdade de Direito da
Universidade do Paraná).*

1956

UFPR - Sistema de Bibliotecas

BC/MUFPR - MEMORIA B UNIVERSIDADE F. DO PARANA
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 588/03 Registro:352,727
02/12/2003

*À memoria de meu Pai
rendo grata homenagem*

*À minha querida Mãe,
com o maior aféto.*

CAPITULO I

FAMÍLIA. CONCEITO. NORMA JURÍDICA

A família se manifesta como condição de vida do homem na sociedade.

A segurança e a manutenção da espécie humana, dela necessariamente dependem.

O fato biológico-social da procreação demonstra que o sêr, só se completa com a proteção dos que o geraram. A influência sob que se acha perdura até quando possa, com o desenvolvimento normal, reger-se por si.

Nasce disso, um complexo de relações, sôbre que se exerce o poder jurídico do homem objetivando a pessoa.

O direito, delimitando essas relações, consolidou a estrutura da família, nos institutos do casamento, pátrio poder e parentesco.

O casamento cria a família legítima. Tal é a importância de seu significado.

Conquanto regulado por normas inflexíveis, só se pode verificar pelo acôrdo de vontade dos contraentes.

Doutrina o eminente EDUARDO ESPÍNOLA:

“É certo que os direitos e deveres dos contraentes não dependem de disposições, de sua vontade, estando ao invés, rigorosamente fixados por normas de ordem pública. Mas, nos próprios contratos de indiscutível natureza privada se encontram disposições de ordem pública, que restringem a autonomia da vontade”. (1)

(1) A Família no Direito Civil Brasileiro, pág. 41 — Rio de Janeiro — 1954.

A força compulsória do ato é evidente, porém, só afeta diretamente aos que aderem a êle. A vontade é predominante até sua celebração.

O casamento não visa somente a associação do homem e da mulher, no apóio recíproco que se prometem; considera também, os deveres dos pais para com os filhos, e a união não é senão um meio capaz de regular êsses deveres, como se vê da lição de PLANIOL. (2)

A regra jurídica resguarda a família nos dois aspectos com que ela se apresenta: um moral e outro social.

O matrimonio sendo disciplinado pelo Direito Civil é de natureza facultativa. Com êsse caráter, não houve como evitar-se a constituição da família natural. Esta o precedeu, e sempre continua existindo.

Mas, é uma organização que nada possui de sólida. A união carece de vínculo jurídico. Extingue-se com facilidade. Só tem o lado social.

A prole resultante dessa junção ilegítima tem preocupado o legislador. A ordem jurídica foi chamada a intervir e disso resultou o amparo que lhe foi dado.

Haveria mesmo incongruência, se a família criada pela lei, como razão de equilíbrio da sociedade, seguindo os ditames da moral, fôsse motivo de desajustamento de algumas pessoas nela não compreendidas.

Isso não quer dizer que a união extra-matrimonial mereça moralmente ser apoiada. A conduta, no que concerne a essa união, fica sem forma legal.

Se a norma jurídica atinente ao casamento viesse amparar associação antagônica, ficaria sem ter como modelar a família e nada realizaria.

Contudo, êsse não é o entendimento que se possa ter com relação aos filhos provindos de um mero fato.

Funda-se a família numa necessidade natural. Os procreados da união ilegítima, como se o casamento fôsse realizado, dependem dos pais. Quanto a êstes com estado já definido na sociedade, o legislador nada tem a fazer. Mas, no que se refere àqueles, partindo do pressuposto de que todo homem, sem exceção, é capaz de direitos, seria uma iniquidade privá-los do estado de filiação, tolhendo-lhes o

(2) Tratado Elementar do Direito Civil, vol. 1.º, pág. 244.

direito de investigar a paternidade, e negando-lhes a prerrogativa do reconhecimento voluntário.

As vantagens oriundas da família juridicamente organizada, decorrem dos benéficos efeitos que lhes são reconhecidos e não da negação de direitos a pessoas que, por motivos independentes de sua vontade, não participam dessa organização. Tais os filhos ilegítimos.

O legislador estendendo, então, como não podia deixar de fazer, à família natural os institutos do pátrio poder e parentesco, conferiu-lhe, como consequência, direitos de alimento e herança.

Essa orientação doutrinária e legislativa veio com muito acêrto.

O casamento, vitorioso o princípio do reconhecimento do filho natural, não sofreu qualquer abalo. Continua oferecendo à família o mesmo elevado conceito de que é dotado. Poder-se-á dizer até que êle alcançou maior perfeição pois, deixou de motivar com o dualismo a que dera causa (família natural), as restrições de certos direitos com que muitos arcavam.

Embora seja brilhante o conceito expendido por ESPÍNOLA ao justificar a equiparação do filho ilegítimo ao legítimo, animamo-nos a discordar do mestre apenas, num único ponto, ou seja, onde êle diz que o amparo às relações extra-matrimoniais, mesmo necessário, como tão bem o referido jurista esclarece, redundante, de certo modo, em desfavor ao casamento.

Realmente o douto jurista afirma:

“Se é verdade que o Estado considera de modo especial a família legítima, nem por isso pode deixar de atender às circunstâncias que decorrem da própria natureza, deixando inteiramente sem amparo e proteção o fato da filiação, que se produz fora do casamento. Há sem dúvida divergência de interesses no problema legislativo a solucionar.

O amparo que preste o legislador às relações extra-matrimoniais em certo ponto redundante no desfavor ao casamento, e à família legítima; mas essa razão de fundamento social deve ceder a conside-

ração preponderante de que o sêr humano gerado numa união livre não deve ser abandonado à sorte que lhe reserva a origem ilícita, por cujas consequências não pode ser responsabilizado”. (3)

Admitindo a ordem jurídica o reconhecimento voluntário e o forçado, sem regularizar a união dos concubitos, não ocasionou, na nossa modesta opinião, o mais leve prejuizo à família legítima.

Basta atentar-se para que o filho natural não tem “status” ao nascer. Continuará sem essa situação jurídica, se não fôr reconhecido ou não obtiver o reconhecimento coativo. Quando logre conseguí-la, será considerado como filho de solteiros, que efetivamente é. Os seus genitores podem casar sem que seja um com outro, desmantelando-se, assim, a família de que êle faz parte. Os bens dos pais não se comunicam. De tal modo a situação dêstes, como a dos filhos, mantêm-se precária, ao passo que a desfrutada pelo filho legítimo e seus progenitores é incomparavelmente melhor, não só na ordem jurídica, mas também na ordem moral.

Isso, no entanto, não causa qualquer estranheza. O que há são duas organizações diferentes: uma resultante do matrimônio, outra, das uniões de fato. Os integrantes da família legítima são tratados igualmente, e os que fazem parte da ilegítima, também dentro desta têm igual consideração. O direito regula as situações conforme se apresentam. Dêsse modo o tratamento dispensado aos últimos não reduz os direitos conferidos aos primeiros.

O amparo dado ao filho natural, além dos efeitos *importantes* que encerra, quais sejam os direitos à percepção de alimentos e adição à herança, tem a virude de dificultar o concubinato.

Aos pais impondo sérios deveres, faz com que, a bem da prole resultante de sua união, queiram legitimá-la, e só no casamento para o qual naturalmente se inclinam, como os fatos vêm comprovando, poderão realizar essa aspiração.

(3) Obra citada, pág. 424/429.

Está, nestas condições, justificado, de sobêjo, que o legislador, por conveniências de ordem jurídica, moral e social, não podia deixar de acolher o princípio do reconhecimento dispensando de tal arte, a família ilegítima aquela proteção.

CAPITULO II

DA FILIAÇÃO ILEGÍTIMA. SISTEMAS DE RECONHECIMENTO

O problema relativo a filiação não encontrou, ainda, a solução almejada. Os espúrios, embora resolvida a situação jurídica dos naturais continuam relegados a plano inferior.

Em nosso direito, o advento do decreto-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942 é assinalado marco de sua evolução. Não mais se atém à rigidez do critério clássico, até então consagrado no artigo 358, do Código Civil.

O preceito inovador admite o reconhecimento voluntário e o forçado do filho adulterino após o desquite de seus pais.

Recentemente, graças à obra empreendedora do eminente jurista e deputado NELSON CARNEIRO, foi o aludido decreto-lei revogado, com a lei 883, de 21 de outubro de 1949, que ampliando o benefício, estabeleceu o reconhecimento, em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal.

O critério adotado, em que pese a respeitabilidade do referido autor do projeto legal, e de outros jurisconsultos situados na mesma linha, se, por um lado, representa incontestável progresso, por outro, não reconhecendo a todos os adulterinos iguais direitos, necessita, a bem da ciência jurídica, ser modificado a fim de que a classe, sem restrições, fique amparada.

É bem verdade que a intenção do legislador não foi beneficiar um adulterino em detrimento de outro. Mas a imperfeição do sistema reside em não poder pleitar a declaração de estado aquele que não se enquadre numa das hipóteses previstas em lei. Isto significa que o problema não encontrou a solução adequada.

Com o devido respeito aos sectários dêste ou daquele sistema, oferecemos nossa pequena contribuição, enfileiran-

do-nos com os liberais, no que sustentam sôbre os adulterinos, sem nunca chegar aos exagêros de alguns.

A doutrina liberal tem tomado grande incremento no direito moderno.

O comentário feito por L. FERNANDEZ CLERIGO, no seu estudo de legislação comparada, dá-nos uma noção de como o direito estrangeiro, se acha em relação aos mencionados sistemas. Diz êsse eminente jurista, depois de distinguir a filiação natural da ilegítima:

“Partiendo de esta clara diferencia, el criterio dominante entre las legislaciones, especialmente las que obedecen a los principios clásicos, es el de que sólo pueden ser reconocidos los hijos que tienen la condición legal de naturales, no siendo aptos para el reconocimiento los simplemente ilegítimos. Así se expresada el Código de Napoleón y la mayor parte de sus derivados. Así se expresaba,, también, el antiguo Código Italiano, y así se expresan aún, ya en sus palabras, ya en su espíritu, el español, el suizo, el argentino, el chileno, el boliviano y otros que no es todavía ocasión de enumerar detalladamente”. (4)

Reagindo contra êsse conservadorismo, o sistema liberal vai ganhando terreno. Alguns países já o adotam, enquanto outros consagram o misto.

Vê-se isso, ainda, na obra do citado L. FERNANDEZ CLERIGO.

Comenta:

“Ejemplo de legislaciones liberales que admiten sin distinción el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, sin distinción de ninguna clase, encontramos en la Constitución de la República cubana

(4) El Derecho de Familia en la Legislacion Comparada — México — Ed. 1947 — pág. 216.

de 1940; que, en su artículo 55, establece lo siguiente: "Los hijos naturales — llama así a todos los extramatrimoniales — tienen los mismos derechos y deberes que los legítimos, y se consideran hijos naturales, los habidos fuera de matrimonio, por persona casada, siempre que ésta los reconozca como tales, o recaiga sentencia declarando la filiación". Esta misma Constitución, siguiendo las huellas de la española de 1931, declara más adelante que "no se consignará declaración alguna sobre la dres em las actas de nacimiento, en los libros parroquiales, ni en ninguna certificación referente a la filiación".

En el mismo criterio de plena igualdad se inspiran los modernos códigos civiles de Perú y de México, para el Distrito y Territorios Federales, según los cuales pueden ser reconocidos todos los hijos extramatrimoniales sin diferencias de ninguna clase". (5).

O sistema misto tem sido acolhido em algumas legislações, o que evidencia abrandamento do clássico.

O aludido FERNANDEZ, no seu estudo de direito comparado, mostra que a Itália, França, Colombia, Uruguai e Venezuela o seguem. (6)

Esse sistema varia nas aludidas legislações, ora inclinándose-se mais para o liberal, ora preponderando a corrente clássica.

O do Brasil, como dissemos, é o misto, sendo mais liberal do que o italiano e o francês.

(5) Ob. citada, pág. 219.

(6) Obra citada, págs. 217-218.

O nosso direito, com a alteração trazida pela lei 883-49, evoluiu. Regredira com o Código, segundo êste esclarecimento do grande CLÓVIS:

“O projeto primitivo e o revisto não consagravam a injustiça que se introduziu no Código Civil, colocando-o em situação menos liberal do que a legislação Phelipina. Devemos êsse regresso da lei civil à influência reacionária de ANDRADE FIGUEIRA e outros.

Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a deshonra recai sôbre os filhos quem em nada concorreram para ela. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, e a lei, procede como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas”. (7)

Conservamos ainda, de certo modo, o princípio contido nos artigos 358 e 405 do Código Civil, ressalvadas, bem entendido, as exceções em ambos introduzidas pela mencionada lei 883.

O artigo 358 em aprêço, dispõe:

“Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

O princípio dêle constante, tão categórico como aparenta, é abrandado pelo próprio Código no artigo 405, que estabelece:

“O casamento embora nulo e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, sòmente para o efeito da prestação de alimentos”.

(7) Código Civil Comentado — Ed. 1952, Rio de Janeiro — pág. 329, vol. 1.

Não há dúvida que a situação do espúrio, no direito anterior, encontrava melhor tratamento por parte da lei.

O eminente LAFAYETE ensinava:

“A paternidade dos espúrios pode ser estabelecida em juízo por qualquer gênero de provas admitidas em direito. Mas a acção para investigá-lhes é tão somente concedida para pedirem alimentos.

Nada obsta a que o pai reconheça o espúrio por escriptura pública ou testamento; o reconhecimento, porém, em nada altera o character da espuriedade e as consequências della resultantes”. (8)

O Código, ao invés de ampliar, restringiu o benefício. Não reconhece o filho adulterino. Foi êle com relação ao direito da família, quase que todo, inspirado no Código francês.

Sendo mais ou menos idênticas a respeito da filiação as disposições das duas leis, ajusta-se por isso, bem à nossa, a crítica de PLANIOL, quando doutrina:

Le Code semble avoir fait une *œuvre contradictoire*: d'une part, il accorde aux enfants adultérins ou incestueux un droit particulier, la *créance d'aliments* (art. 762); d'autre part, il interdit l'emploi de tout mode de preuve pour constater la filiation. Il en résulte que l'enfant tient de la loi un droit qu'il n'est jamais à même de faire valoir”. (9)

O Código brasileiro merece ser atingido com a censura feita pelo renomado escritor do Direito Francês. O artigo 405 já mencionado, faz prova disso.

(8) Direito de Família, pág. 263 — Rio de Janeiro — 1879.

(9) Droit Civil, tome 1 — Traité Élémentaire — Paris — 1911, pág. 485.

CAPITULO III

CRÍTICAS AOS SISTEMAS

SISTEMA CLASSICO. —

Entendem os juristas conservadores que é um mal inqualificável conferir estado de filiação aos adúlteros.

E, nesse sentido, argumentam que a família tão bem organizada nos princípios da moral Cristã, sofrerá com isso. Se o fruto da união proveniente do adultério fôr amparado, êste se alastrará cada vez mais e a família tenderá a decompor-se. O filho de uma união ilícita, criminosa, não deve obter vantagens. Terão os legítimos de ombrear com o produto dessa união, o que não pode absolutamente ser consentido. Haverá escândalo e o chefe da família desmerecerá no conceito dos seus. O Estado deve fazer tudo para que a estrutura moral do núcleo familiar não decaia.

São êsses os principais argumentos dos adeptos do sistema clássico.

Leia-se o que diz o tratadista LUIZ GOMES MORAN contra a tendência moderna:

“En este concepto, la citada reforma no significa progreso alguno con referencia a la legislación anterior, la cual consideramos, empero, que debe ser modificada, porque el reconocimiento de los hijos adúlteros, autorizado por el artículo 35 del Proyecto, encuentra en las conciencias formadas ortodoxamente una resistencia que no es fácil vencer con los argumentos que acostumbran a emplearse de contrario, principalmente cuando se habla de la irresponsabilidad o inocencia del hijo con-

cebido en tales circunstancias, ya que no es sólo el interés de éste, sino también el de los demás familiares el que debe tenerse en cuenta, y sobre todo, que no puede olvidarse que la familia es escuela de costumbres y éstas sufren muy directamente al permitir que los hijos adúlteros puedan ser reconocidos o legitimados por sus padres”. (10)

Os juristas professor ORLANDO GOMES e deputado NELSON CARNEIRO, antes de contestar o ponto de vista da corrente clássica, trouxeram num admirável resumo, como abaixo se vê, os principais argumentos em que o mesmo sistema se baseia.

Não se vê nada de mais sério do que foi trazido por MORAN. Colocam-se os conservadores sob um prisma moral ao passo que, os liberais não só ocupam essa posição, como também difundem suas idéias com mais lógica jurídica.

Segundo os Prof. ORLANDO GOMES E NELSON CARNEIRO, é o seguinte o ponto de vista dos escritores clássicos a respeito do reconhecimento dos filhos adúlteros:

“A família legítima seria ultrajada se a lei permitisse o seu reconhecimento. É a própria moral que o repele, como repele o fruto do comércio incestuoso, o monstro que nasce dessa união que repugna a própria natureza e escandaliza a sociedade. Atribuir a tais filhos uma situação jurídica igual a que desfruta o simplesmente natural, seria estimular a prática de uniões reprováveis e fomentar o desregramento dos costumes. Em nome de rígidos princípios éticos, a lei traduzindo, ademais sentimentos respeitáveis da sociedade deveria, condenar os filhos espúrios, êsses atestados vivos, ambulantes, de ligações criminosas. Por outro lado, a instituição da família legítima precisa estar

(10) La Posición Jurídica del eMnor en el Derecho Comparado — pág. 90 — Madrid, 1947.

resguardada dêsses atentados cuja frequência lhe
minora as bases, destruindo-a afinal.” (11)

Sem embargo dessa doutrina, é preciso conceder aos
adulterinos a devida proteção jurídica.

O adultério efetivamente é um crime.

A lei estabelece o dever de recíproca fidelidade entre
marido e mulher, resultando disso que a prevaricação importa
num ultraje à família. Mas, o fato serve de motivo à disso-
lução da sociedade conjugal, suportando o culpado as san-
ções que à ordem jurídica lhe impõe. Perde o direito aos fi-
lhos. Está sujeito à prestação alimentícia. A responsabili-
dade penal pode ser apurada.

O legislador, tudo fazendo para responsabilizar o adúl-
tero, como fêz, procede do melhor modo a bem da sociedade,
no que atende às sugestões ditadas pelos costumes, religião
e moral.

Uma vez que são tomadas tôdas essas precauções, não
se pode dizer que o filho resultante de uma união reprová-
vel, não mereça o reconhecimento pelo fato de fomentar o
desregramento dos costumes. Êste se origina em uniões ilíci-
tas e não nos produtos delas resultantes.

Não é o ente humano nascido do adultério que acarreta
insegurança à família, mas, o próprio adultério.

A proibição do reconhecimento não impede que o filho
nasça. Em nada suprime a causa. Cria, isto sim está evi-
denciado, um desajustamento de certos indivíduos que não
são tratados, como os outros, igualmente perante a lei.

Mesmo, em face da moral, não é justo negar proteção aos
adulterinos, em razão de sua procedência. Isso, aliás, decorre
dos mais salutareis princípios de solidariedade social.

Não obstante os argumentos expendidos pelos liberais,
é oportuno lembrar aqui, o que disse LAFAYETE:

“... é obra lenta e difficil desarraigar habitos inve-
terados, extirpar os erros da tradição. (12)

(11) Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos — Rio de Janei-
ro, 1952 — págs. 64-65.

(12) Obra citada, pág. XX — Introdução.

Talvez seja essa a razão de, até hoje, ecoar em nossos ouvidos, o protesto indignado de CIMBALE:

“Estranha, em verdade, a logica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cynismo, subvertem, fundamentalmente, os mais sagrados principios da responsabilidade humana, fazendo do réo a victima e da victima o réo, condemnado a expiar, inexoravelmente, na pena de um crime, que não commetteu: *patres nostri peccaverunt, et nos peccata eorum portamus*. E este mixto de cynismo e de iniquidade, de absurdo e de injustiça attinge ao cumulo, quando se assiste ao espectáculo repulsivo, como na França e na Italia meridional, da absoluta irresponsabilidade do incesto, quer em relação á lei penal, quer em face da lei civil, a par da inteira responsabilidade a ferir a cabeça innocente dos filhos, negando-se-lhe todo o direito, inclusive o de alimentos, consequencia e expressão immediata do direito á vida, que tambem elles têm, se é que se não quer ter a franqueza de affirmar que sómente lhes corre a obrigação de morrer”.

O insigne mestre não podia ser mais ardoroso na defesa do filho espúrio. O quadro com relação ao efeito que produz é bem êste. Ousamos divergir do emérito tratadista, lembrando que a sociedade não teve em mira ferir a cabeça do filho innocente, embora esta, em cheio esteja atingida.

A reação, notadamente do Cristianismo, contra as uniões extra-matrimoniais, com o rigor com que foi oferecida, teve o louvável propósito de manter a integridade da família legítima, que, inegavelmente, é sólido alicerce da sociedade.

(13) Cód. Civil Comentado — CLOVIS BEVILAQUA, ed. 9-52, pág. 329 — Rio de Janeiro.

O matrimônio foi elevado à dignidade de sacramento. Separando-se a Igreja do Estado, o ato, ainda hoje, obedece às formalidades que o revestiram da solene forma, pela sua grande importância.

O direito canônico se orientou no sentido de extinguir o concubinato, visto ser este muito pernicioso à sociedade.

Foram os bastardos por esse motivo, tratados com o maior rigor.

Todavia, a união irregular, adúltera ou não, sempre persiste.

O legislador concedeu proteção aos filhos naturais, tendo a legitimação por subsequente matrimônio, precedido ao reconhecimento. O argumento faz prova do interesse existente em pôr termo às uniões irregulares.

Os filhos adúlteros, ao contrário dos naturais, dimanam de uma conduta ilícita. O adultério é uma consequência não pretendida do casamento. Sendo o concubinato de pessoas impedidas para o matrimônio, de natureza mais grave, a repulsa da ordem jurídica exteriorizou-se em uma sanção que alcança e fere principalmente a prole dele resultante. A própria Igreja abrandando o rigor com que a tratava, viu a necessidade de lhe conceder situação jurídica, para o efeito de percepção de alimentos.

Estas considerações são corroboradas pelos professores ORLANDDO GOMES e NELSON CARNEIRO, quando afirmam:

“A condição jurídica de tais filhos sempre foi inferior. O direito romano não lhes reconhecia qualquer vínculo de parentesco com os progenitores, negando-lhes até, o direito a alimentos, que modernamente se admite em caráter geral. A Igreja, que sempre se insurgiu contra as uniões ilícitas, esforçou-se não obstante pela suavização do rigor com que eram tratados tais filhos. O direito pontifício concedeu-lhes a prerrogativa de serem alimentados pelos pais. Na sua decretal X, o papa Alexandre III firmou o princípio da legitimação de todos os filhos ilegítimos por seguinte matrimônio. O direito canônico influiu, através do direito português, em nossa legislação. De acordo com as Orde-

nações, o filho espúrio podia ser legitimado, ser reconhecido para o efeito de alimentos, suceder aos colaterais maternos". (14)

A corrente clássica limita-se ao argumento, de que o reconhecimento não pode ser tolerado, em virtude de serem os adulterinos, como produtos de ligações criminosas, prejudiciais à existência da família legítima.

Nega-se, assim, situação jurídica a pessoas de uma categoria reputada inferior, como se elas pudessem responder pelos atos de seus pais, únicos culpados, e que, de certo modo não se acham tão atingidos por isso, podendo até, eximir-se de responsabilidades que lhes cabem.

A realidade social está impondo a modificação de uma tradição errônea.

Em todo o mundo, juristas célebres apelam ao legislador para fazer cessar a injustiça cometida.

São incisivos ao demonstrar os defeitos da teoria clássica, notando-se a excelência dos argumentos liberais, através do que discorre F. COSENTINI:

“On demande, pourtant, une solution plus radicale, qui est déjà en germe dans les Codes autrichien, allemand, dans la législation anglaise et nord-américaine. La plupart de ces législations non seulement ne font aucune distinction entre les enfants adultérins, incestueux et les autres enfants naturels, mais aussi entre la situation juridique des enfants naturels et des enfants légitimes.

Dusi, l'un des juristes italiens que s'est occupé avec tant de compétence du problème de la filiation (*Della Filiazione*, Napoli, 1907), fait observer à juste titre que cette répugnance morale, qui a jusqu'ici amené les législateurs à traiter défavorablement les enfants adultérins et incestueux, doit cesser de constituer un principe de loi positive du mo-

(14) Obra citada, pág. 63-64.

329 — Rio de Janeiro.

ment que, sans aucun avantage pour la société, elle est tout à fait au détriment de celui qui n'a commis aucune faute. Il faut affirmer nettement que la faute des parents ne doit pas retomber sur les enfants. Il ajoute que, d'autre part, on ne peut alléguer le danger de graves perturbations dans l'ordre familial. Les cas de filiation incestueuse sont en effet très rares, et, en ce qui concerne les enfants adultérins, ou aura l'alternative, soit d'une mère déjà mariée, et alors, si elle n'est pas légalement séparée du mari, l'enfant ne pourra être considéré comme adultérin que si le mari le désavoue formellement; soit d'une mère libre, et alors la recherche du père ne pourra se faire que dans le cas où l'on pourra établir un de ces faits qui suffisent à rendre le rapport de paternité probable et vraisemblable et qui donnent à la preuve un caractère concluant. La doctrine et le progrès législatif vont donc de plus en plus affirmer la nécessité d'éliminer une inégalité juridique contraire à l'ordre public et à la morale". (15)

Há incongruência no sistema clássico. Procura-se evitar que o adultério se alastre. O remédio legal, segundo o mesmo, é deixar o filho à margem da lei.

Mas, o pai ficando sem responsabilidade está abonado em sua maior falta, maior até do que a do próprio adultério. E este existe independentemente do aparecimento do filho. O mal, portanto, é mais grave. Assim, o sistema é deficiente; sua substituição se impõe.

SISTEMA MISTO.—

A nossa legislação, mais recente, conforme dissemos, afastou-se do rigorismo clássico, usando de um meio termo,

(15) FRANCISCO CONSENTINI — Le Droit de Famille — Essai de Reforme — págs. 459-460 — Paris, 1929.

onde se permite o reconhecimento coativo e voluntário do adúltero, desde que a sociedade conjugal se tenha dissolvido.

A nosso *ver, data venia*, teria havido mais acerto se não fôsse esta restrição.

A lei que favorece o filho natural não cogita da posição dos pais, cuja união se mantém irregular.

O fato de ser o adúltero nascido de um congresso ilícito não apresenta inconveniente ao ponto de se reduzir o amparo, que se lhe quer conceder.

Também aqui o legislador não deve ocupar-se com os pais. O vínculo não se estabelece a favor da união ilegal e sim entre os genitores e seus filhos.

A ordem jurídica diante da analogia verificada entre uma situação e outra, terá necessariamente de ser a mesma.

O sistema misto, tanto aceita a procedência do argumento, que concede o estado de filiação, embora o faça, dentro dos limites apontados.

Parece-nos que o reconhecimento do adúltero, mesmo na constância da sociedade conjugal, não fere os interesses da família legítima. O adultério não resulta do fato de dar-se situação jurídica a um inocente. Garanta-se, ou não, o filho, a ilicitude do pai, de modo indelével está registrada pelo ato perpetrado.

Se resulta um prejuízo à sociedade, é decorrência da união reprovável.

Mas, alguns entendem não se possa conceder o reconhecimento na vigência da sociedade conjugal, em virtude do escândalo que ocasiona no seio da família.

O insigne HENRI DE PAGE, baseado em R. DE LA GRASSERIE e P. LECLERCQ, comentando disposições legais sobre o reconhecimento de filiação, afirma que os conflitos de interesse não decorrem, pròpriamente, da investigação da paternidade mas da extensão dos efeitos a esta reconhecidos, ao ponto de ficarem equiparados os filhos naturais aos legítimos. (16)

Os doutores ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, que defendem entusiásticamente o filho adúltero, aceitam,

(16) Droit Civil Belg, vol. I, T. 1, págs. 1.122 e 1.123, Bruxelas — 1948.

contudo, a restrição. Mas, inclinam-se a admitir o reconhecimento, caso haja separação de fato entre os cônjuges.

São os dois conceituados juristas adeptos do sistema eclético. E, na defesa dêste, valem-se de argumentos notáveis contra a doutrina clássica, os quais trazemos em abono da presente tese, a despeito de, quanto aos sistemas, ser outro o nosso ponto de vista.

Transcrevêmo-los:

“Contra êste arrazoado tão inflamado de indignação opõe os partidários da equiparação um só argumento: o de que o filho adulterino ou incestuoso, não pode ser responsabilizado pela culpa dos pais, constituindo inqualificável absurdo o fato de o fato de o condenarem a expiar crime que não cometeu. Mas, não é preciso para demonstrar a iniquidade do preceito que cava um abismo entre pais e filhos, obrigando-os a ignorar o seu estado. Não há dúvida de que é preciso proteger a família legítima. O adultério ameaça-lhe efetivamente a organização. Mas, a proteção da família legítima não pode ir ao ponto de determinar a consagração de uma injustiça inominável contra a qual se erguem, os mais sólidos princípios jurídicos e humanos. Defenda-se a instituição da família. Há nisso o interesse social de alta monta; mas, não se eleve esta defesa à altura de uma razão de estado, indiscutível, inflexível, intocável, para que à sua sombra se perpetrem iniquidades. Se alguém deve ser punido, necessariamente hão de ser os pais que exerceram congresso ilícito; jamais o fruto desse comércio sexual”. (17)

Os insignes tratadistas, com base nessas ponderáveis razões, como batalhadores do sistema misto no Brasil, deram

(17) Obra citada, pág. 65.

um grande passo, melhorando a condição jurídica do adúltero. Não admitem, porém, o reconhecimento do estado de filiação na constância da sociedade conjugal porque, como sustentam, apoiando-se em CIMBALE:

“há, de um lado, direitos dos indivíduos, que precisam ser garantidos e assegurados, e, de outro, interesses da sociedade, que devem ser respeitados e acatados. Mister se faz harmonizá-los”. (18)

E, ainda em abôno de suas convicções, dizem que o problema no sentido de uma conciliação está bem exposto por JAYME AIRES,

“quando afirma que deve ser situado no ângulo formado pela interseção destas duas linhas que se orientam em diretrizes diversas, mas que partem do mesmo plano:

1, interesse social em proteger a família legítima; e
2, interesse social em distribuir, a todos, direitos; em assegurar, a todos justiça”. (19)

Com essa ordem de considerações e outros argumentos de não menos valia, concluem os preclaros autores:

“A proibição do reconhecimento de adúltero antes da dissolução da sociedade conjugal, por um dos motivos permitidos pela lei, justifica-se na só razão de que, na constância desta, tal reconhecimento produz escândalo no seio da família. Por êsse motivo é preciso esperar que faleça o próprio pai ilegítimo, ou sua espôsa, para que o filho possa demandar contra os herdeiros o reconhecimento da filiação, ou que se realize o desquite, para que assim, mesmo proceda. Estando separado de fato os cônjuges, êsse receio ou êsse cuidado não tem

(18) Obra citada, pág. 66.

(19) Obra citada, pág. 66.

razão de ser, como não existe quando já se verificou o desquite. Também aí se deveria autorizar o reconhecimento com as devidas cautelas". (20)

Com o devido respeito à sabedoria de eminentes mestres, como os citados, não concordamos com as restrições impostas pelo sistema misto.

O falecimento de um dos cônjuges ou o desquite do casal não extingue a família.

Somos pelo reconhecimento de idênticos direitos aos adúlteros, mesmo na vigência da sociedade conjugal.

O seu estado de filiação, como se infere da opinião acima transcrita, não se reconhece, para evitar reflexos no ambiente da família legítima.

O argumento, todavia, não nos parece procedente.

A existência do filho adúltero, como de todos os outros, reclama à ordem jurídica um estado definido, que é o modo de ser da pessoa na sociedade. Há o adúltero que não goza dessa situação jurídica.

O reconhecimento, de acôrdo com o critério ora comentado, consiste numa mera expectativa. Pode o indivíduo passar pela vida sem nada conseguir.

Exemplificando: o adúltero é perdoado pelo cônjuge inocente, ou por qualquer outra circunstância a sociedade não se dissolve. Dir-se-á que, diante disso, não terá o filho outro meio, senão aguardar o falecimento do pai ou do cônjuge deste, cujo acontecimento é certo.

Verificado o falecimento, poderá obter o estado de filiação, não negamos. Entretanto, para aguardar a dissolução por esse modo, não raro o filho já é homem feito e não aproveita o direito conferido. Terá suportado na infância a falta de alimento, isto é, quando mais precisava dêle. Os atos de maior importância de sua vida foram realizados. Praticara-os sem que pudesse exibir o estado de filiação. Assim, o reconhecimento talvez lhe adiante pouco. O apôio prestado pela lei, na hipótese, é sem dúvida, tardio.

Outras vèzes, não é menos verossimil, a sociedade dissolvida pelo desquite encontra o filho já em idade madura. Ora, o alimento é inerente à vida e tem caráter inadiável. A si-

(20) Obra citada, pág. 108.

tuação jurídica da filiação pressupõe êsse efeito. De nada significa o reconhecimento, quando as privações cessaram, as da infância principalmente.

Há, ainda, a considerar, que o filho pode premorrer o pai, ficando sem estado de filiação, no caso.

Isso tudo não passou despercebido aos doutores ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, tanto que firmam êles a sua doutrina, dizendo, como se viu acima:

“A proibição do reconhecimento de adulterino antes da dissolução da sociedade conjugal, por um dos motivos permitidos pela lei justifica-se na só razão de que, na constância desta, tal reconhecimento provoca ou produz escândalo no seio da família legítima”. (O grifo é nosso).

Admitamos que tal aconteça. Não nos parece que se deva consentir no sacrifício da creatura humana pelo simples receio de que o fato cause escândalo.

Êste é motivado pela infidelidade conjugal; não se torna mais extenso pelo simples fato de conceder-se o reconhecimento da filiação resultante.

Não admitindo a lei a prevaricação, com o alto sentido de resguardar a família, autoriza a dissolução da sociedade conjugal. O escândalo, como não podia deixar de o ser, é tolerado. Mas, se vier com a ação do filho, repugna a consciência jurídica dos conservadores. Isto não está certo.

Dizem que o estado de filiação não pode ser atribuído na constância da sociedade conjugal, porque deprecia a família. No entanto, não se considera desdouro que o filho, depois da morte do pai ou do cônjuge dêste, demonstre aos filhos do casal a falta de retidão dosobrevivente ou do morto.

O argumento da corrente mista não atinge a finalidade para que é invocado. A família tanto se escandaliza com o reconhecimento, seja na vigência, ou não da sociedade conjugal, como também só com o adultério, sem que haja filho cuja declaração de estado se demande.

A melhor doutrina, sem embargo do que dizem os filia-dos à corrente contestada, está com COSENTINI, quando assevera:

“Mais ce sont des demi mesures qui ne remédient pas á cette conséquence injuste que plus la faute des parents est grave et plus ils sont exonérés de toute responsabilité et obligation et plus la situation de leurs enfants est pénible et dangereuse”.

Não diverge PLANIOL ao comentar disposições do Código Francês, afirmando:

“La nécessité de la double prohibition des art. 335 et 342 est loin d’être démontrée. La loi, qui se montre ici si puritaine et si craintive de scandales, ne l’est pas toujours autant: elle autorise em mainte occasion la preuve de l’adultère et de l’inceste, pour le divorce et la séparation de corps, pour le désaveu, pour la nullité du mariage. On ne peut nier que les père et mère ent des devoirs envers leurs enfants, quels qu’ils soient; et, comme le dit Laurent, il n’y a pas de plus grand scandale que de dénier l’action en justice à ceux qui ont un droit, sous prétexte de scandale; le respect du droit est le plus grand des intérêts (*Avant-Projet*, art. 331 à 338).”

O reconhecimento do adúlterino, da mesma forma que o filho natural, é uma necessidade. Dar-se ao mesmo o estado de filiação, é declarar uma situação jurídica que existe de uma maneira potencial, só faltando que a lei a proclame.

(21) Obra citada, pág. 458.

(22) Obra citada, pág. 484.

CAPITULO IV

OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ADULTERINO

Os juristas liberais são os que mais convencem. A equiparação dos adúlteros é a medida mais consentânea com os princípios da ciência jurídica.

A argumentação aduzida seria suficiente para demonstrar a procedência desta assertiva. Mas, o assunto leva a conclusões que reafirmam a necessidade de substituir o tratamento iníquo dispensado ao adúltero por outro que lhe seja adequado.

Ante o sistema misto, o assunto está, de certo modo, sob o regime do Código Civil.

Com efeito, o art. 358 contém um romanismo obsoleto. Isso não é nosso.

O direito da família é regulado por normas sapientíssimas. Nosso Código é produto de sabedoria.

Mas, o legislador, depois de ter composto uma obra de tanta envergadura, fez destoar do conjunto a disposição do artigo criticado.

Só o adúltero *a patre* está sujeito a proibição legal. O *a matre* será tido como filho legítimo, salvo se ajustar nas exceções de que tratam os números I e II do artigo 540, que dispõe:

“A legitimidade do filho na constância do casamento, ou presumido tal (artigos 337 e 338) só se pode contestar provando-se:

I — Que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houveram precedidos ao nascimento do filho.

II — Que a êsse tempo estavam os cônjuges legalmente separados”.

Fora dessas hipóteses, não tem o marido como contestar a paternidade.

A própria confissão da mulher adúltera de que o filho foi havido com outro, que não o marido, não será suficiente para ilidir a presunção da paternidade.

A maternidade é certa. Admite até a prova testemunhal. A paternidade não o é. Milita a favor dela uma presunção *juris tantum*.

O legislador, na falta de meios categóricos que a patentessem, houve por bem, com acêrto, atribuir a paternidade ao marido. “*Pater vero is est quem nuptiae demonstrant*”.

Mesmo a mãe adúltera, embora acreditando que o filho tenha sido gerado com o seu co-autor de infidelidade, não poderá afirmar, seguramente, seja êle o pai.

Na manifesta impossibilidade de chegar-se a uma conclusão sôbre quem seja o pai do adúlterino *a matre*, admitiu o Código a disposição do art. 341, proibindo se conteste a filiação, na forma consignada no n.º II, do art. 340, que estatue:

“Não valerá o motivo do artigo antecedente, n.º II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal”.

A remissão faz referência ao n.º II do artigo que permite a contestação da paternidade, havendo separação legal.

O regime do Código ao elevar o adúlterino *a matre* a categoria de legítimo, assenta num princípio irrefutável.

A família e o filho da mulher adúltera não podem ficar na dependência de investigação insegura, pelo risco de que a decisão possa acarretar uma injustiça.

Só por isso deixou de ser adúlterino o filho da mulher infiel, que se não enquadre no disposto nos números I e II do art. 340, do Código Civil.

O adúlterino *a patre* se apresenta em situação bem diversa. Trata-se dos filhos de homem casado com mulher *exsoluta*. A maternidade é certa. Daí o não poder-se atribuir-lhe a condição de legítimo.

Quando ao adúltero *a matre*, sente-se que a ordem jurídica não podia deixar de conferir-lhe a posição que ocupa.

A organização da família sofreria se não colimasse a norma legal essa proteção. Isso não quer dizer que a ordem não esteja diante de outro fato clamando por seu amparo.

O adultério é condenado. Imputá-lo à mulher ou ao homem, tanto faz. A ilicitude da conduta é uma só. O filho, seja havido daqui ou dali, será o produto de uma ligação criminoso.

O legislador tendo de aceitar por circunstâncias jurídicas e morais, o princípio que redunde em benefício do adúltero *a matre*, não podia, visto repugnar à consciência, deixar o outro adúltero, sem qualquer situação jurídica.

O rumo indicado a reparar a injustiça é o da equiparação com o natural, pois, nessa filiação, há pontos de mais afinidade, embora não resulte de ligação ilícita.

CAPITULO V

EFEITOS DO RECONHECIMENTO

O Código Civil, dispondo no seu art. 358, que “os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos”, priva-os do estado de filiação.

O indivíduo desfalcado de um atributo inerente à própria personalidade, fica sem ter como dizer quem seja, isto é, de onde provém, quais os seus pais.

Além de sofrer êsse constrangimento moral, tem, como é óbvio, dificultadas as suas relações sociais e jurídicas. A par disso, está impedido de exercer certos direitos, tais como os de alimento e herança.

O estado de filiação, dando lugar a tão importantes relações, origina uma situação jurídica. A forma desta é o reconhecimento.

Ninguém pode negar o vínculo da consangüinidade do adúlterino com os seus procreadores. Mas, o fato biológico-social não é suficiente para caracterizar, por si, um situação jurídica, se a lei não dispuzer, expressamente, nesse sentido.

O jurista CAIO MÁRIO DA SILVA conceitua bem o assunto quando diz:

“Mas esta relação de consangüinidade era estéril, incapaz, só por si, de produzir conseqüências jurídicas, porque, se uma realidade no domínio da Biologia, se um fato incontestável sob o império da lei natural, pela razão de que não há geração espontânea, inexistia no campo do direito, e desconhecida pela lei civil, jamais permitiria ao filho o gozo de qualquer faculdade.

Vejamos objetivamente: na vigência da lei n.º 463, de 1847, um filho havido de concubina notória, não

reconhecido espontâneamente pelo pai, e proibido de perquirir judicialmente a paternidade, passaria tôda a vida titular de um complexo de direitos naturais, credor de uma série de direitos morais, relativamente ao progenitor. A lei natural, em virtude da qual fôra gerado, incumbira-se de tecer entre êle e o pai a relação biológica da paternidade.

Mas, juridicamente, quais os direitos de que era titular?

Se lhe pré-morresse o progenitor, teria de ver passar a outras mãos a herança paterna, impotente para erigir o obstáculo de *seu direito*, porque êste era nenhum. Se o efeito fôsse da paternidade, tão sômente, êste filho tinha de herdar". (23)

Consoante a referida disposição do art. 358, o adulterino não goza do estado de filiação, mas, a jurisprudência e os doutrinadores, diante dêsse verdadeiro descabro, admitiram, sendo quasi pacífico, a figura do adultério unilateral.

Não concordamos possa haver, a rigor, o adultério unilateral, mas tudo o que favorece a classe, não merece oposição.

O adulterino, face ao benefício jurisprudencial, pode ser reconhecido só em nome da mulher. Êste é o estado de filiação que apresenta.

Com base nos acórdãos dos tribunais, criaram-se leis esparsas no sentido de admitir-se o reconhecimento, em se tratando de ilegítimos, omitindo-se nas edclarações do têrmo de registro, aquilo que indicava uma situação escandalosa.

Ê argumento ainda dos que são contrários à equiparação, fora dos limites da lei 883/49, de que o adulterino não pode ser reconhecido em nome do pai também porque o nome dêste é o da família. Não tendo o adulterino família, nem natural, nem legítima, terá por conseguinte de ficar sem o reconhecimento paterno.

A alegação contém uma verdade. Mas, também é ine-gável que a lei 883/49, ao conceder a investigação de paternidade e a declaração espontânea do estado de filiação, apôs

(23) Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima — 1947, Rio de Janeiro, pág. 56.

a dissolução da sociedade conjugal, não dá família ao adúltero.

O pai não fica obrigado a constituir um lar com a conduta. Acresce que nem sempre o filho resulta de uma união prolongada. Vem de um congresso transitório. Entretanto, o reconhecimento é autorizado.

A posição do filho em aprêço, não se diferencia da do natural quando um dos pais case com outra pessoa, que não aquela com quem vivia. Nada impede que o reconhecimento se verifique, e o natural, nessas condições, não tem família, e não se lhe nega estado de filiação.

O adúltero, como nos parece, integra uma família marginal, como consequência do adultério, que é efeito anômalo do casamento.

O estado de filiação não lhe pode ser negado, sob pena de atentar-se contra sagrados princípios de direito.

Sendo o reconhecimento o ato formalizador, de uma situação jurídica, tem, no estado de filiação, o seu principal efeito de natureza pessoal. O pátrio poder e o parentesco nele se incorporam.

Os direitos de alimento e herança só se concedem mediante a prova do estado civil de nascimento. Constituem, assim, efeitos patrimoniais do reconhecimento.

O adúltero, para se libertar da iniquidade de que é vítima, deve ser equiparado ao natural, sem as ressalvas da lei 883/49.

Quanto aos efeitos do reconhecimento, hão de ser todos os que o ato comporta.

O dever alimentar está ligado ao parentesco. O Código consagra regras em benefício do menor, como se vê do art. 233, V, incumbindo aos pais a obrigação de prover a manutenção, criação e educação do filho. Em relação ao maior, a matéria está disciplinada pelos arts. 396 e 404.

O preceito do art. 405, diante do conceito por nós expendido, inclúe o adúltero, injustificando-o.

As outras disposições citadas têm exata aplicação ao nosso ponto de vista, como as da lei 883/49, que usam de cautela em relação ao adúltero, ao estabelecer, no seu art. 4.º:

“Para efeito de prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvando ao interessado o direito a certidão de todos os termos do respectivo processo”.

O art. 5.º dessa mesma lei prescreve:

“Na hipótese da ação investigatória de paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de 1a. instância, embora se haja, desta, interposto recurso”.

De igual modo, não há razão para que não se conceda direito sucessório aos adulterinos, como sucede com os naturais.

A lei 883/49 refere-se a um amparo social, dando-lhe a metade do que é atribuído ao legítimo.

A solução, *data venia*, não é justa.

O filho não pode deixar de ter a mesma situação dos naturais, e, assim, a expressão *amparo social*, não devia figurar na lei.

Reconhecido o filho adulterino, aplicam-se-lhe, por semelhança e identidade de motivos, as normas dos institutos do pátrio poder e parentêscos.

Ora, o direito das sucessões tem por base o de família e, assim, não há justificativa para que não se fale em herança. Na verdade, a família necessita de uma base patrimonial para desenvolver-se convenientemente.

O reconhecimento do adulterino, de acôrdo com as razões expostas, devè abranger todos os efeitos do ato, como sucede com a filiação natural.

CAPITULO VI

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Em se tratando do reconhecimento voluntário, o ato não apresenta qualquer dificuldade, devendo apenas observar-se a discreção necessária, que virá em benefício da família legítima e do próprio filho.

Recusando-se o pai a declarar o estado de filiação, deveria ser exercida a ação investigatória da paternidade, com as cautelas do segredo de justiça.

O próprio direito português que esposava o sistema clássico, deixou-se influenciar pela reação liberal, como se vê do comentário de CAIO MÁRIO DA SILVA, que diz:

“A lei portuguesa n.º 2, de 25 de dezembro de 1910, chamada de “proteção aos filhos”, admite a perquisição paterna e a perfilhação voluntária, com exceção dos incestuosos.

O adulterino pode ser perfilhado mesmo na vigência do casamento, hipótese em que o será em testamento cerrado, ou mediante a verbação à margem do assento do registro, a qual se conservará secreta enquanto durar a inabilidade (art. 23 § único). Os filhos reconhecidos judicial ou espontaneamente usam o nome paterno, estão vinculados por parentesco à família do perfilhante, tem direito a alimentos e a sucessão dos pais”. (24)

(24) *Obra cit.*, pág. 23.

OBS.: A lei n. 2, de 25-12-1910 referida por CAIO, modificou o Código Civil Português de 1867, em algumas disposições referentes à filiação ilegítima.

A tendência moderna é para equiparação do adúltero ao simplesmente natural.

O nosso direito não deve ficar consagrando uma injustiça.

A perfilhação na constância da sociedade conjugal poderá ser feita em testamento cerrado, ou mediante a verbação à margem do termo de nascimento, conservando-se secreta a bem do interesse da família.

Os filhos reconhecidos, seja em virtude do procedimento judicial, ou voluntariamente, terão direito a alimento e herança e não lhes será vedado o uso do nome paterno.

Da mesma forma, ligar-se-ão pelo parentesco à família do pai.

A orientação, assim, nos parece acertada, porque o processo não será conhecido publicamente e os interessados disporão de meios para manter o fato em reserva.

Evitar-se-á com isso, o escândalo tão receiado, resguardando-se, dêsse modo, a família legítima.

CAPITULO VII

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reação oferecida pelos liberais através dos séculos, contra a iniquidade do tratamento dispensado ao adúlterino, tem inteira procedência.

O direito da família, como todo fenômeno jurídico, exprime uma necessidade de ordem social.

Na coordenação dos seus institutos, não podia esse direito afastar de sua proteção o grupo dos adúlterinos, discrepando, como fez, do princípio basilar de que todos são iguais perante a lei.

Ficar o adúlterino sem uma situação jurídica, como a do estado de filiação, é quasi o mesmo que negar-lhe a condição de pessoa.

Nem todos os adúlterinos poderão exigir alimento e herança, conquanto estabeleça o Código que a todo o homem assiste faculdades jurídicas.

No direito anterior, o filho adúlterino desfrutava o estado de filiação, só lhe faltando aptidão para o direito sucessório. Mas, com o advento do Código, ao invés de prosperar, este foi posto à margem da lei. A tradição dos romanos, embora a concepção social da época fôsse outra, prevaleceu na orientação legislativa do direito de família.

Há necessidade de que se legisle, situando o adúlterino, de acôrdo com os princípios gerais de nosso direito.

As mesmas razões de ordem jurídica que induziram o legislativo a proteger, com o reconhecimento e a legitimação, o filho natural, aproveitam pelo sistema da analogia, ao filho adúlterino.

Há semelhança na condição de um e de outro. Nenhum resulta da família regularmente constituída. O fato de provir o natural de união entre pessoas desimpedidas para o casamento não desfaz a semelhança entre as duas situações, pois o que preocupa é posição dos filhos, e não a dos pais.

Se não houvesse a norma impeditiva do reconhecimento, o Juiz teria de recorrer à analogia, e aplicar as disposições relativas aos filhos naturais.

CLÓVIS ensina:

“Distinguem-se duas especies de analogia: a *legal* e a *jurídica*. A primeira consiste na aplicação da lei a casos por ella não regulados, mas nos quaes ha identidade de razão ou semelhança de motivo. *Ubi eadem causa ibi jus statuedum; Ubi eadem est legis ratio eadem debet esse legis, dispositio.*

A analogia juridica colhe de um complexo juridico os principios, que o dominam, e applica-os a um caso onde ha semelhança de motivo. É o mesmo processo logico operando sobre campo mais vasto e sobre mais variados elementos.

Em qualquer dos casos, porém, a intelligencia do jurista procura revelar o direito latente, não, esforçando-se por descobrir uma pretendida vontade do legislador, mas, como bellamente disse PAULA BAPTISTA, “na hamonia organica do direito positivo com o scientifico”.

É também este o pensamento de KOHLER, quando affirma que a analogia “consiste, principalmente, em extrahir, de uma norma juridica, o principio e, depois, desse principio tirar novas consequencias e formar principios novos”.

A intelligencia do interprete, afeiçoada pela educação juridica, mostra-lhe-á, nos casos mais simples, como a lei, racionalmente, comprehende hypotheses não especificadas em suas palavras (*analogia legal*), e, em casos mais complicados, como a hypothesis examinada se prende por vinculos logicos a alguns dos complexos systematicos de phenomenos que o direito expressamente regula (*analogia juridica*). A deficiencia se mostra, por exemplo, na

aplicação, no funcionamento de um direito real; os princípios reguladores do direito de propriedade apresentam-se espontaneamente para preencher a lacuna. É o direito latente que se revela no momento oportuno; mas para saber descobri-lo, é indispensável o senso jurídico, que é tanto mais seguro quanto melhor o intellecto sabe reflectir as idéias, e o sensorio se acha afinado pelos sentimentos, que formam as bases da cultura do grupo social e do momento histórico”. (24)

A doutrina do inesquecível mestre, embora referindo-se à analogia para aplicação da lei, que é mesmo o seu sentido jurídico, vem demonstrar que o princípio da analogia serve de base para a criação de dispositivo legal.

Se não existisse o preceito do art. 358 do Código Civil, em sua interpretação, os juristas valer-se-iam dos artigos referentes à filiação natural, e do adúlterino *a matre* para conceder o estado de filiação ao adúlterino com os seus regulares efeitos.

Precisamos de uma disposição normalizadora da condição do adúlterino e, assim, pela analogia a ordem jurídica poderia dar o seu pronunciamento. E é por isso que trazemos a lição do emérito CLÖVIS, de onde se depreende que a semelhança e a identidade de motivos impõem uma regra, trace-se esta pela jurisprudência ou através da pena do legislador.

FELÍCIO DOS SANTOS, ao redigir o art. 53 do Projeto do Código, o fez da forma seguinte:

“Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos ou espírito da lei, ou por disposições em vigor no Brasil, que regulam casos análogos, deve o juiz recorrer aos *principios geraes do direito natural*, até haver providencia legislativa”. (25)

(24) *Theoria Geral do Direito Civil* — 1953 — Rio de Janeiro, págs. 44-45.

(25) CLOVIS BEVILAQUA — Obra citada, pág. 47.

A orientação, a nosso ver, não poderá ser outra, lembrando-se, no caso da presente tese, que a analogia poderá favorecer a criação de um preceito legal.

CONCLUSÕES

Em face das considerações expendidas, concluímos que:

1.º — Os preceitos atinentes ao reconhecimento de filiação estão subordinados ao princípio de que “todos são iguais perante a lei”. Destarte, todos os filhos adulterinos, e não apenas alguns deles, deverão ser abrangidos pelas disposições legislativas que contemplam os filhos naturais.

2.º — Como ciência, que é, não pode o direito estar em desarmonia com a realidade social.

3.º — Uma vez que assistem direitos sucessórios aos filhos naturais e, de tal modo, a sucessão *mortis causa* se verifica fora do âmbito da família juridicamente organizada, nada justifica sejam da mesma excluídos certos filhos adulterinos.

4.º — Igualmente, não é justo estabelecer distinções entre os filhos simplesmente naturais e os adulterinos para o efeito da concessão de alimentos.

5.º — O direito de reconhecimento dos filhos adulterinos não vem em detrimento da ordem moral e encerra, até, a vantagem de resguardar a integridade da família legítima, porque, admitida a ação de investigação de paternidade, nos casos aludidos, maior será a responsabilidade das pessoas que tenham inclinação para prevaricar. Isso contribuirá, sem dúvida, para o mais exato cumprimento do dever de fidelidade conjugal.

6.º — A sociedade reclama a elaboração de normas jurídicas que equiparem todos os filhos adulterinos aos simplesmente naturais.

OBRAS CONSULTADAS

- ABEL POUZOL — La Recherche de la Paternité, 1902.
- AUBRY ET RAU — Cours de Droit Civil Français, Paris, 1917.
- ANGELO MACHIA — Studi di Direito Matrimoniali, Padua, 1947.
- ANTÔNIO CICU — Direito da Família, Buenos Aires, 1947.
- BAPTISTA DE MELLO — Direitos da Família, S. Paulo, 1933.
- B. BRUGI — Instituciones de Derecho Civil, México, 1946.
- CUNHA PEIXOTO — Investigação da Paternidade, Belo Horizonte 1945.
- CLOVIS BEVILAQUA — Direito de Família, Rio, 1933.
- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA — Efeitos do Reconhecimento da Paternidade Ilegítima, Rio, 1947.
- CLOVIS BEVILAQUA — Código Civil Comentado, vol. 2, Rio, 1951.
- CIRILO PAVON — Tratado de La Familia en el Derecho Civil, Argentina, Buenos Aires, 1946, Tomos I e III.
- CLOVIS BEVILAQUA — Theoria Geral do Direito Civil, Rio, 1953.
- CARLOS MAXIMILIANO — Direito das Sucessões, vol. I, Rio, 1937.
- DOM CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE — Tratado de Derecho Civil Español, Valladolid, 1921.
- EDOUARD GENKS — Digeste de Droit Civil, Anglais, Paris, 1922
- EDUARDO ESPÍNOLA — A Família no Direito Civil Brasileiro, Rio, 1954.
- ENRICO CIMBALLI — Direito Civil — 1900 — Trad. de HADERBAL CARVALHO — Porto e Rio.
- FRANCESCO COSENTINE — Le Droit de Famille Essai de Reforme, Paris, 1929.
- FERNANDO ANDRÉ PIRES DE LIMA — JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Cód. Civil Português, ed actualizada, 1948, Coimbra.
- F. LAURANT — Cours Elementaire de Droit Civil — Tome Troisième, Bruxelles — Paris, 1822.
- GEMOLO — II Matrimonio, Torino, 1952.
- GUÉRIN DE LITTEAU — DE La Condition Juridique des Enfants Incestueux et Adultérins, Paris, 1913.
- HENRI DE PAGE — Droit Civil Belga, vol. I — Tomo 1, Bruxelles, 1948.

- J. M. DE CARVALHO SANTOS — Código Civil Brasileiro Comentado, vols. IV, V e VI, Rio, 1951.
- JOSÉ ARIAS — Derecho de Família, Buenos Aires. 2a. ed., 1952.
- JUAN CARLOS REBORA — Instituciones de La Familia, Buenos Aires, 1946.
- LUIZ GOMES MORAN — La Posición Jurídica del Menor, en el Derecho Comparado, Madrid, 1947.
- LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA — Direitos de Família, 1869 — Rio.
- LUDWIG ENNECCERUS THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, Tomo IV, vol. 2, Barcelona, 1946.
- L. FERNANDEZ CLERICO — El Derecho de Família, en la Legislación Comparada, México, 1947.
- MARCEL PLANIOL — Droit Civil. Traité Élémentaire, 1911, vol. 1 — Paris.
- MARTINHO GARCEZ — Direito da Família, Rio, 1914.
- MARTINHO GARCEZ FILHO — Direito da Família, vol. 1, Rio, 1929.
- MANUEL ALBALADEJO GARCIA — El Reconocimiento de la Filiación Natural, Barcelona.
- ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO — Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos — 1952 — Rio.
- PAULO DE LACERDA — Manual do Código Civil, Direito de Família, Rio, 1925 — Vol. VI.
- PHILADELFO AZEVEDO — Um Triênio de Judicatura, vol. 1.º, S. Paulo.
- PONTES DE MIRANDA — Tratado de Direito da Família, S. Paulo, 1942.
- R. PORCHAT — Direito Romano, 1907 — S. Paulo, vol. 1. R. SAVATIER — La Recherche de la Paternité, Paris, 1922.
- R. DE LA GRASSERIE — Código Civil Alemán, Paris, 1920.
- SIQUEIRA — O Estado Civil, S. Paulo e Rio, 1912.
- SÁ PEREIRA — Direito de Família, 1923, Rio.
- TEDESCHI — El Regimen Patronial de la Família — Buenos Aires, 1954.
- VICENTE RAU — Direito de Família dos Soviets, S. Paulo, 1931.
- WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, — Curso de Direito Civil — Direito de Família, São Paulo, 1952.

— ÍNDICE —

CAPÍTULO I	
FAMÍLIA. CONCEITO. NORMA JURÍDICA	Pág. 9
CAPÍTULO II	
DA FILIAÇÃO ILEGÍTIMA. SISTEMAS DE RECONHECIMENTO	15
CAPÍTULO III	
CRÍTICAS AOS SISTEMAS :—	
SISTEMA CLÁSSICO	21
SISTEMA MISTO	27
CAPÍTULO IV	
OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ADUL- TERINO	35
CAPÍTULO V	
EFEITOS DO RECONHECIMENTO	39
CAPÍTULO VI	
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	43
CAPÍTULO VII	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
CONCLUSÕES	49
BIBLIOGRAFIA	51



IMPRIMU
GRÁFICA & EDITORA "A IMPRESA"
RIACHUELO, 132 1.º ANO