

## Direito Civil

---

### DOCTRINA

*Os filhos dos conjugues desquitados poderão ser reconhecidos como sendo simplesmente naturaes?*

O art. 358 do Codigo Civil dispõe do modo seguinte :

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

Filhos incestuosos são os que nasceram de pessoas que não se podiam casar, por impedimento absoluto de parentesco. Filhos adulterinos são os que nasceram de pessoas que se achavam em estado de adulterio.

O adulterio, segundo Clovis, Cod. Civil, vol. 1.º, obs. ao art. 317, é a quebra da fidelidade matrimonial. E, assim é de facto, porque, nos termos do art. 231 é um dos deveres dos conjugues, — “a fidelidade reciproca”.

Si a fidelidade reciproca é um dever imposto pela lei aos conjuges, claro é que a violação deste dever constitue uma illegalidade que se chama adulterio, que o Codigo Penal classifica como crime contra a honestidade e honra das familias e pune com a pena de prisão cellular por um a tres annos: arts. 279, 281.

O Codigo Penal faz, é certo, uma distincção, considerando que o marido só incorre em pena quando tem concubina teúda e manteúda.

O Codigo Civil, porem, nenhuma distincção faz entre o adulterio do marido e o da mulher; entre o adulterio com amante permanente ou não. Qualquer dos conjuges que infringir o dever de fidelidade cohabitando com outra pessoa commette adulterio; e os filhos que provierem dessas uniões illegaes serão adulterinos.

Apenas o Codigo, enumerando o adulterio entre os varios motivos que fundamentam o pedido de desquite, acrescenta que elle não servirá, "si o autor houver conccrrido para elle ou si o conjuge innocente lho houver perdoado".

Ora, o casamento, pelo que prescreve o Codigo, no art. 180, n. 5, exigindo a certidão de obito do conjuge fallecido para habilitação ao segundo casamento; pelo que prescreve no art. 183, n. 6, impedindo que se casem as pessoas já casadas; e, pelo que prescreve no art. 315, § unico, dispondo que o casamento valido só se dissolve com a morte de um dos conjuges, não tolerando para isto nem a presumpção de ausencia do art. 10, segunda parte, o casamento no Brasil, uma vez celebrado legalmente, não se *desmancha mais*. *O vinculo é irretratavel*.

E, portanto, si os conjuges se separam particularmente, embora fiquem indefinidamente nessa situação, elles continuam casados, não podendo constituir outra

união sem quebra da fidelidade imposta pelo art. 231; e, si o fizerem, commetterão adulterio e só poderão engendrar filhos espurios e irreconheciveis, sobretudo, para fins hereditarios.

E' uma clamorosa injustiça do Codigo, não só com relação aos conjuges, que, embora somente separados de facto são assim coagidos a guardar castidade contra os preceitos da natureza e os interesses economicos da patria, como, principalmente, com relação aos filhos, que só foram chamados á vida por culpa de seus pais e que, entretanto, na phrase de Cimbali, "*Nova Phase de Direito Civil*", são as victimas condemnadas pela iniquidade dos legisladores á pena de um crime que não praticaram.

Mas, é o que resulta da lettra da lei, á que devemos obedecer emquanto não fôr modificada.

Todavia, esta solução é apenas para o caso da separação simplesmente de facto, a separação que provém da exclusiva vontade dos conjuges e na qual não interveio uma sentença judicial; porque si a separação é judicial, a solução é outra, conforme preceitua o proprio Codigo.

Com effeito: o art. 315 prescreve logo que a sociedade conjugal termina: III) pelo desquite amigavel ou judicial.

O Codigo aqui diz erradamente judicial, quando devera ter dito litigioso. O desquite pode ser pedido por um dos conjuges contra o outro, por força de qualquer dos motivos do art. 317, contestando o reu a accção e proferindo o juiz sentença, de que cabe recurso para a Superior Instancia; caso em que o desquite é litigioso.

Mas, pode tambem ser pedido por ambos os conjuges em virtude de mutuo accôrdo, nos termos do art. 318, havendo egualmente sentença do juiz, de que

cabe recurso para a Superior Instancia; caso em que o desquite é amigavel.

Todavia, em qualquer das duas hypotheses, litigioso ou amigavel, o desquite é sempre judicial.

Voltando ao que iamós dizendo, a sociedade conjugal, pelo disposto no art. 315, termina com o *desquite litigioso ou amigavel*.

Ora, si a sociedade conjugal termina, embora, só subsista o vinculo impedindo os conjuges de se casarem outra vez, dahi já se vê que não há mais direitos e deveres entre elles, não há mais, o dever de fidelidade á que estavam obrigados na constancia do casamento, é, portanto, cada um delles constituindo novas uniões, não commette mais adulterio, não engendra mais filhos es-purios.

Porém, não é só.

O art. 322 é ainda mais preciso.

..“A sentença de desquite autoriza a separação dos conjuges e põe termo ao regime matrimonial dos bens, *como si o casamento fosse dissolvido.*”

Aqui já o Codigo não diz somente que a sociedade conjugal termina. Declara que a sentença autoriza a separação dos conjuges de modo completo e absoluto, *como si o casamento fosse dissolvido.*

A unica excepção que á esse preccito se abre é a do vinculo matrimonial, que permanece indissolavel, porque assim o determinou terminante e expressamente o Codigo, em obediencia á tradição religiosa.

*Todos os mais laços entre os conjuges ficam totalmente rotos, salvo somente o do vinculo matrimonial.* E, portanto, si o Codigo autoriza a separação, como si o proprio casamento fosse dissolvido, é elle mesmo que

autoriza os conjuges a constituirem outras uniões, embora simplesmente naturaes e a engendrarem filhos, que sejam tambem simplesmente naturaes, sem commetter adulterio de especie alguma, porque não há mais aquelle dever de fidelidade reciproca.

E' certo que contra esta conclusão se pronunciam varios civilistas patrios, como se vê da Rev. do Direi'o vol. 86, entre os quaes avulta Clovis, embora de outro lado tenham surgido opiniões favoraveis, desde a de Carlos de Carvalho, Nova Cons. art. 128, até as de Estevão de Almeida, Dir. de Fam., pag. 92 e 93, de Pontes de Miranda, Dir. de Fam., pag. 39, de Alfredo Pinto, Parecer, Rev. Dir. de maio de 1925; de Didimo da Veiga, Parecer, Rev. de Dir., vol. 84, etc.

A razão da duvida, porém, nos parece ser o sentido errado que alguns dão a palavra *adulterio*, considerando-o *rompimento do vinculo matrimonial*. O Clovis, por ex., diz, na Rev. Jur., vol. 86: — "o filho de mãe brasileira desquitada é adulterino, porque o desquite não rompe o vinculo matrimonial."

Entretanto, o adulterio não é o rompimento do vinculo, porque elle nada tem com esse vinculo, podendo existir, como de facto existe, com elle ou sem elle.

E' assim que, no velho direito portuguez, não havendo divorcio, mas apenas a separação *quod thorum et cohabitationem* do direito canonico, por causa de adulterio ou de outro motivo, si a separação era temporaria só se suspendiam os deveres reciprocos que são consequencia da cohabitação, podendo a mulher negar-se a prestar serviços ao marido e, sem o consentimento d'elle, fazer os contractos necessarios á sua economia, continuando o marido na administração dos bens communs ou proprios, com a obrigação de alimental-a,

Si, porem, a separação era perpetua, *rompiam-se todos os direitos e deveres entre os conjuges, a excepção do vinculo* e, procedia-se a partilha, ficando cada um na administração de seus bens, *como si não fossem casados*, e podendo cada um alienar os bens, ainda os de raiz, sem consentimento do outro. E' o ensino de Coelho da Rocha, Direito Civil Portuguez, vol. 1.º § 239. O Codigo Francez, arts. 229 e 239, ainda que fizesse distincção hoje eliminada por lei posterior, entre o dultério do marido e o da mulher, permittiu a cada um dos conjuges pedir o divorcio por adultério de seu conjuncto. E ahi, o vinculo se dissolve com o divorcio.

O Codigo Allemão, art. 1565, permite o divorcio quando o outro conjuge se torna culpado de adultério. E ahi tambem o vinculo se dissolve com o divorcio.

O Codigo Suisso, art. 150, impõe aos conjuges o dever de fidelidade e, art. 137, permite egualmente a cada um dos esposos pedir o divorcio por causa do adultério de seu conjuncto. E ahi, do mesmo modo, o vinculo se dissolve com o divorcio.

Adultério, pois, quer dizer somente, conforme o proprio Clovis o deliniu, no cit. Cod. Civ. vol. I, obs. ao art. 317: "*quebra da fidelidade matrimonial.*"

Já Demolombe havia ensinado, em seu "Cours de Code Civil", vol. 2, tit. 6, que o adultério constitue, da parte da mulher, como da parte do marido: "*un très reprehensible manquement á la morale et aux devoirs du mariage.*"

O adultério, doutrina por sua vez Windcheld, nas suas "Pandectas", traducção Fadda e Bensa, vol. 2.º, parte 2.ª, § 490: — "*é a violação da fidelidade conjugal na sua forma mais grave.*"

Por conseguinte, si o adultério é essa quebra de fidelidade matrimonial, desde que uma sentença judicial autorize os conjuges a se separarem, como si o

casamento fosse dissolvido, e, portanto, de modo completo e absoluto, com a unica excepção do vinculo, que subsiste para impedir que elles se casem novamente, é irrecusavel que, não havendo mais dever de fidelidade, *ipso facto*, não pode mais haver adulterio nem filhos adulterinos.

Não podemos admittir, em face dos termos doCodigo, que ainda fique valendo para algum effeito — excepção unica do impedimento ligaminis — um casamento que esse mesmo Codigo declara *não mais existir*, "*como si fosse dissolvido*."

Março, 1929.

*Dr. Hersilio de Sousa.*

---

#### JURISPRUDENCIA

*Damos em seguida o Accordam do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que consagrou, por unanimidade de votos de seus Membros, a nossa doutrina*

#### ACCORDAM

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Appellação Civel, do Juizo de Orphãos desta Capital, Appellante João Osorio Barretto de Gusmão e Appellados os herdeiros menores de Augusto Barretto de Gusmão,

A especie é a seguinte: — Augusto Barretto de Gusmão, que fôra casado com dona Salomé Adelina Alves da Silva, desquitara-se amigavelmente, como consta da sentença do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Gammelleira, em 2 de Maio de 1902, sentença que fôra confirmada por Acc. do Superior Tribunal, de 15 de Julho do mesmo anno. Posteriormente á dita sentença, passada esta em julgado, houve o mesmo Augusto Barretto de Gusmão, de suas relações com Cecilia Petronilla de Barros Marinho, com quem vivia maritalmente, os filhos que reconheceu em declarações constantes do Registro de Nascimentos: D. Maria Augusta de Gusmão Medeiros, casada com Olegario de Aguiar Medeiros, Maria de Barros Gusmão, de 19 annos de idade e Eduardo Augusto de Barros Gusmão, com 18 annos. Tendo fallecido o mesmo sem testamento e, deixando bens e herdeiros, perante o Juizo Municipal de Orphãos, sua filha, D. Maria Augusta de Gusmão Medeiros, reconhecida no termo de Registro de Nascimento, com assistencia de seu marido, requereu o inventario dos seus bens e, nomeada inventariante, prestou o compromisso legal, e fez as declarações respectivas, com audiencia de interessados e do Dr. Curador Geral de Orphãos e proseguiu nos ulteriores termos até o calculo para o pagamento da taxa á Fazenda, depois do que, recolhendo esta, procedeu-se a partilha, que foi julgada por sentença, á fls. 60. Achando-se prejudicados em seus direitos e interesses, João Osorio Barretto, irmão do inventariado, Maria do Carmo de Gusmão e outros irmãos e sobrinhos interpuzeram dessa sentença o recurso de appellação, que, denegado pelo Juiz foi posteriormente mandado receber por Acc. do Superior Tribunal de Justiça, proferido em agravo.

E' desse recurso de appellação que o Tribunal vaé tomar conhecimento,

Em apoio de sua pretensão allega o Appellante que o inventariado era desquitado e os filhos dos desquitados, emquanto viva a mulher, são adulterinos e assim não podiam ser reconhecidos os Appellados, e, portanto, com direitos successorios, em face do art. 358 do Cod. Civil, que prohibe o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos.

*De Meritis.* Está provado dos autos que o inventariado era desquitado de sua mulher, por sentença, que passou em julgado, quando occorreu o nascimento dos appellados, annos após, e está tambem provado que foram estes reconhecidos no termo de nascimento, conforme as certidões de folhas 196 e seguintes.

A questão de saber si os filhos reconhecidos quando o *de cujus* já estava desquitado por sentença, que passara em julgado, são adulterinos, tem na lei a sua solução natural. *Adulterinos* só podem ser os filhos concebidos na constancia do casamento, na *vigencia da sociedade conjugal*.

Tudo consiste em saber si, decretado o desquite, continúa a sociedade conjugal, para averiguar si os filhos concebidos depois dessa dissolução provêm de uma união *illicita* de adulterio.

Os filhos concebidos nesse estado não são *adulterinos*; são simplesmente naturaes, pelo facto de já ter passado em julgado a sentença de desquite quando occorreram os nascimentos dos filhos illegitimos do *de cujus*.

O Codigo Civil, tratando dos casos em que os filhos são legitimos ou se presumem taes refere-se sempre á convivencia conjugal, (Art. 338, § 1.º), á constancia do casamento (Art. 337, 340) e á sociedade conjugal, ou convivencia conjugal art. 337, § 2.º Para que os filhos sejam ou se presumam legitimos, devem ser concebidos na constancia do casamento (arts. 337, 338, ns. 1 e 2); e a lei civil estabelece prazo, a contar do

inicio da sociedade conjugal ou convivencia conjugal ou desde a dissolução da sociedade até o nascimento do filho. Estes prazos, que são de 180 dias em primeiro caso, e, de 300, no segundo, estabelecem a presumpção da legitimidade (Art. 338). Pelos proprios termos do art. 338 do cit. Cod., os filhos nascidos alem d'aquelles prazos não se consideram concebidos na constancia do casamento e sim fóra d'ella, quando o casamento não produzia mais effeito e não dava lugar ao adulterio.

Por esses motivos os Appellados não podem ser considerados filhos adulterinos; não foram concebidos na constancia do casamento, na permanencia da sociedade conjugal, já dissolvida por uma sentença, que havia passado em julgado. A sociedade conjugal termina pelo *desquite*, da mesma forma que pela morte de um dos conjuges, ou pela anulação do casamento. (Art. 315 do Cod. Civil).

Portanto, os filhos concebidos depois do desquite, depois da sociedade conjugal dissolvida, não são adulterinos; são naturaes e podem ser reconhecidos.

Quando o legislador, no art. 315, § unico, diz que o casamento valido só se dissolve pela morte, e, no art. 322, diz—que elle não fica dissolvido com a sentença de desquite, só teve um fim, prohibir que o conjuge desquitado possa casar outra vez. Em tudo mais o desquite opera como se o casamento fosse dissolvido, conforme se expressa o art. 322, doCodigo.

Já no regimen do casamento civil, Carlos de Carvalho, interpretando o Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, considerava simplesmente naturaes—os filhos illegitimos, si fossem concebidos depois de ter passado em julgado a sentença de divorcio, dissolvendo a sociedade conjugal. (Dec. n. 181 de 1890, art. 7, 88-92).

Os julgados não se afastam dessa regra e, entre estes, o da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, no Acc.

de 9 de Maio de 1926 e, ainda o da 2.ª Camara, no Acc. de 14 de Dezembro de 1917, confirmados em Camaras Reunidas, como se vê na Rev. de Direito de Bento de Farias, vol. 50, pag. 539; vol. 53, pag. 203.

E é essa tambem a doutrina esposada pelo Dr. Joaquim Tiburcio de Azevedo, professor cathedratico da Faculdade de Direito de Porto Alegre, em seu trabalho publicado na Rev. de Dir., vol. 51, pag. 245 e, recentemente, pelo projecto mestre da Faculdade de Direito de Recife, Dr. Hersilio de Souza, em artigo publicado no "Jornal do Commercio" de Pernambuco, amparando essa interpretação liberal que "A Nova Phase" do Direito Civil propagada por Cimbali, vem fazendo surgir, como uma reivindicação do direito dos filhos, que foram chamados á vida por culpa de seus paes e que são as victimas condemnadas pela iniquidade dos legisladores a pena de *um crime que não praticaram*.

A disposição do art. 358 do Cod. Civil seria uma disposição odiosa de outro modo interpretada.

E' uma disposição, como diz Clovis Bevilacqua, que não se justifica perante a razão e a moral.

A falta é commettida pelos paes e a deshonra recae sobre os filhos, que em nada concorreram para ella. Si, por outro lado, o adulterio quer dizer quebra da *fidelidade conjugal*, si uma sentença já decretou a separação da sociedade conjugal, apenas com excepção do vinculo, é certo que, não havendo mais fidelidade de facto, não póde haver adulterio, nem filhos adulterinos.

Isto posto:

Accordam, em Camaras Reunidas do Superior Tribunal de Justiça, negar provimento á Appellação

da sentença, que foi proferida de accôrdo com o direito e a prova dos autos.

Custas na forma da lei.

Recife, 20 de Abril de 1929.

*Abdias de Oliveira, Pres.º Int. Guimarães (relator);  
Samuel Martins; Luiz Salazar; S. Rêgo; Fiacrio de Oliveira;  
Sá Pereira; Correia da Silva; A. Ribeiro; Motta Junior.*