

*Reconhecimento judicial de filhos adulterinos
nascidos antes da lei n.º 883, e retroatividade
dos seus efeitos sucessórios*

CONSULTA

1 — **BARTOLOMEU DE OLIVEIRA**, nasceu a 19 de Abril de 1925, na cidade do Recife, Capital do Estado de Pernambuco, sendo filho adulterino do Coronel **GUILHERME ALBERTO LUNDGREN**, com dona **LEONTINA DE OLIVEIRA**, com que foi o aludido Coronel concubinado.

2 — Tempo depois, em 1933, faleceu o Coronel **GUILHERME ALBERTO LUNDGREN**, deixando Testamento cerrado, devidamente processado, na Comarca de Olinda.

3 — De acôrdo com o referido Testamento, procedeu-se ao respectivo inventário, onde feita a partilha amigável, entre os herdeiros como tais conhecidos, filhos legítimos do “**de cujus**”, foi a mesma homologada por sentença, em 19 de Outubro de 1942, passando em julgado.

4 — **BARTOLOMEU DE OLIVEIRA**, pela circunstância de ter sido concebido e nascido, ao tempo em que a lei então em vigor não permitia o reconhecimento de filho adulterino, não pôde por isso, naquela

época, ser legalmente reconhecido e, conseqüentemente, participar na herança paterna.

5 — Todavia, com a promulgação da lei n. 883, de 21 de Outubro de 1949, **BARTOLOMEU DE OLIVEIRA**, ingressou em Juízo, com uma Ação de investigação da paternidade, cumulada com as de petição de herança e nulidade de Testamento e de partilha, para demandar o seu reconhecimento e, uma vez êste verificado, receber a sua quota parte na herança paterna, na forma e extensão da lei nova.

6 — Contestando a mencionada Ação, alegam os Réus, filhos legítimos do “**de cujus**”, que **BARTOLOMEU DE OLIVEIRA**, mesmo reconhecido, não pode ter qualquer direito na herança paterna, visto como, segundo está expresso no art. 1577 do Código Civil, a capacidade para suceder, é a do tempo da abertura da sucessão, regulando-se esta conforme a lei então em vigor.

7 — Dêste modo — argumentaram os Réus — aberta como foi a sucessão do “**de cujos**”, antes da vigência da lei n.º 883, de 21 de Outubro de 1949, êles, filhos legítimos do Coronel **GUILHERME ALBERTO LUNDGREN**, como únicos herdeiros conhecidos, recolheram e partilharam a herança paterna, adquirindo, assim, o domínio e a posse da mesma, por força do disposto no art. 1572 do citado Código.

8 — Portanto — conforme as alegações dos Réus — **BARTOLOMEU DE OLIVEIRA**, embora reconhecido, não pode concorrer à herança paterna, porque esta, atualmente, já constitui para êles, **direito adquirido**, que não pode ser atingido pela nova lei, em face da proibição constitucional, inscrita no art. 141, § 3.º, da Constituição de 1946.

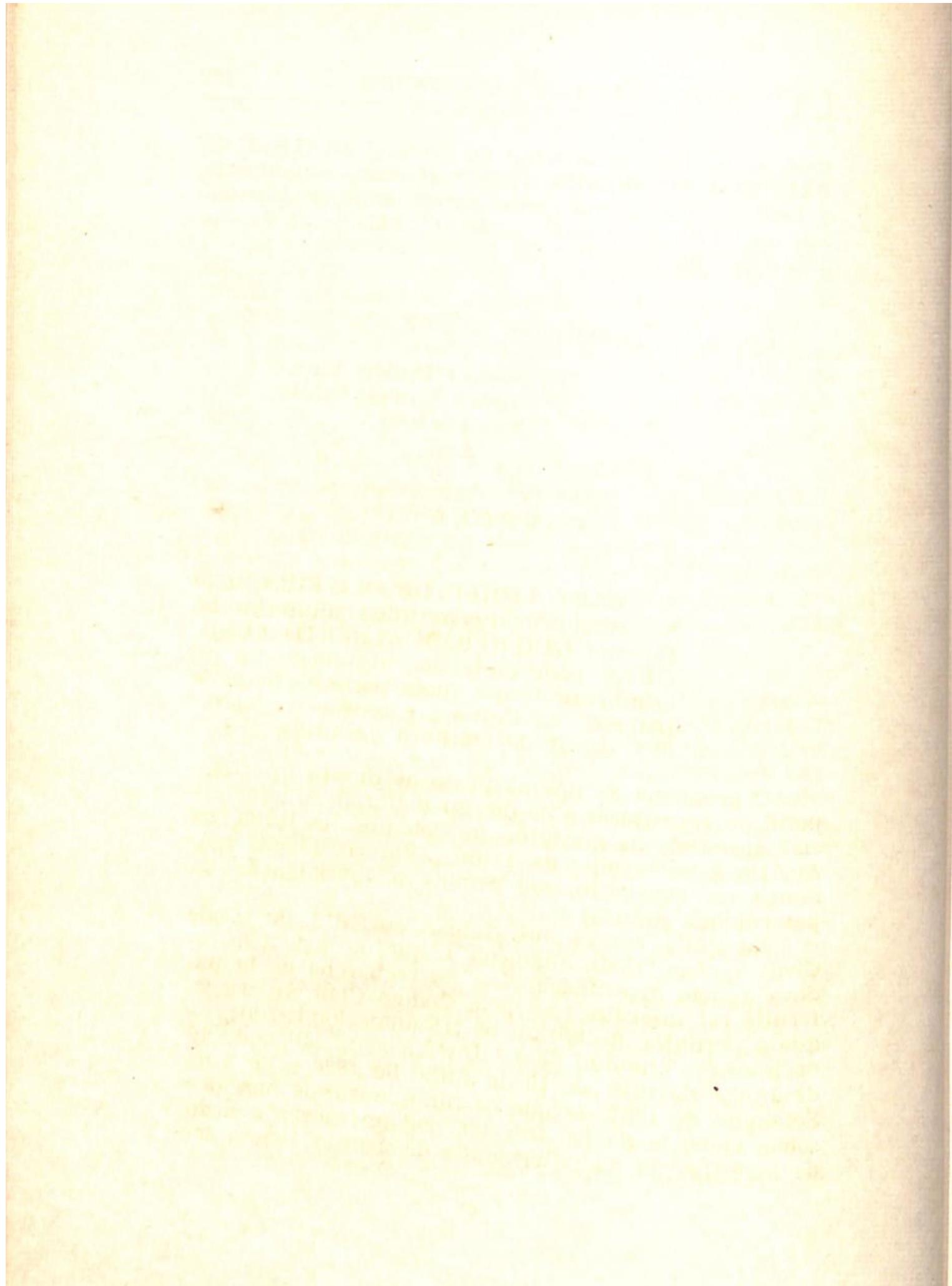
PERGUNTA-SE

BARTOLOMEU DE OLIVEIRA, uma vez reconhe-

cido, como filho adulterino do Coronel **GUILHERME ALBERTO LUNDGREN**, pode pretender, atualmente, o recebimento de sua quota parte na herança paterna, na forma e extensão da lei n.º 883, de 21 de Outubro de 1949?

Recife, 19 de Setembro de 1953.

(Ass.) **Manoel Enildo Lins.**
Gilvan Gomes Falcão.
José Foerster.
Advs.



PARECER

BARTOLOMEU DE OLIVEIRA, uma vez reconhecido como filho adúltero do Coronel **GUILHERME ALBERTO LUNDGREN**, pode pretender, atualmente, o recebimento de sua quota parte na herança paterna, na forma e extensão da lei n.º 883, de 21 de Outubro de 1949?

O problema ao mesmo passo de direito intertemporal ou transitório e de direito material ou substancial, suscitado na consulta, foi debatido na Itália, na Áustria e, sobretudo, na França, em virtude de mudança na legislação que proibia a investigação da paternidade natural.

Na Itália, com a substituição, em 1816, do "Code Civil" (então "Code Napoléon"), que, no art. 340, vedava aquela investigação, — "*la recherche de la paternité est interdite*", — pelo Código Civil Austríaco, que a permitia, decidiram os tribunais lombardos, — decisões do Tribunal de 1.ª Instância de Milão de 19 de Junho de 1818, de 18 de Julho de 1826 e de 2 de Setembro de 1831, — que os filhos naturais nascidos sob a vigência da lei anterior podiam mover a ação de investigação da paternidade de acôrdo com a lei

em vigor. Mereceram êsses julgados os aplausos de um dos maiores teóricos de direito intertemporal, o professor C. F. GABBA, da Universidade de Pisa, que, na sua notável obra "Teoria della Retroattività delle Leggi", vol. 2.^o, 3.^a ed., 1897, pág. 267, universalmente conhecida e citada, sustenta que nenhum verdadeiro direito adquirido se opõe à justa pretensão daquêles filhos.

"Fin qui", escreve o eminente jurisconsulto, "noi abbiamo ragionato nell'ipotesi de um mutamento di legge, in virtù del quale la ricerca della paternità naturale, per lo addietro permessa, venga ad essere proibita in avvenire. L'ipotesi contraria però è anch'essa possibile. In questo caso può farsi domanda se della nuova facoltà potranno valersi figli naturali venuti alla luce e non riconosciuti sotto l'imperio della legge precedente. La risposta non può essere dubia. Soccorrono qui i generali principii (v. Vol. I, pág. 207 e segg.) intorno alla INAMMISSIBILITÀ DI UN DIRITTO QUESITO A QUELLE ELEMENTARI CONDIZIONI DELLE PERSONE E DELLE COSE, che precedono ogni umana operosità. Esse sono premesse dei veri e propri diritti acquisiti, e come tali rimangono sempre nel potere del legislatore. L'introduzione quindi della ricerca della paternità naturale ridonda a immediato vantaggio anche della prole naturale già nata o concepita anteriormente, come l'abolizione di quella ricerca dicemmo tornare a danno anche di quella prole. Tale è anche stata sempre l'opinione dei tribunali lombardi, deponchè al C. N. fu sostituito nel 1816 il Codice Civile generale austriaco (págs. 266/7").

UNGER, um dos maiores jurisconsultos de língua alemã, professor da Universidade de Viena, Ministro do Supremo Tribunal de Justiça da Áustria e Presidente da Comissão Revisora do Código Civil Austríaco, estudando o conflito de leis relativas aos filhos ilegítimos em face da sucessiva introdução e revogação, na legislação do seu país, do princípio proibitivo da investigação do direito francês, escreve o seguinte:

“Uma lei nova sôbre as relações jurídicas entre os filhos ilegítimos e os seus pais deve aplicar-se, imediatamente, a todos os filhos ilegítimos já nascidos, porque estas leis são destinadas a favorecer fins morais. Vigora o mesmo quanto à ação de paternidade. Se, por consequência, uma lei nova introduz o princípio do direito francês “la recherche de la paternité est interdite” (Cod. Civ. art. 340), não pode, após a promulgação da mesma, ser admitida por um tribunal austríaco nenhuma ação de reconhecimento da paternidade resultante de coito ilegítimo anterior. E, inversamente, se uma LEI NOVA revoga aquêle princípio do direito francês, podém, imediatamente, os filhos ilegítimos, já procriados anteriormente, mover ação para o reconhecimento da paternidade e **CONCESSÃO DE TODOS OS DIREITOS**, que a lei nova lhes confere” (...Und umgerkehrt wenn ein neues Gesetz jenen Grundsatz des franzoesischen Rechts aufhebt, so koennen die bereits frueher gezeugten unehelichen Kinder sofort auf Anerkennung der Vaterschaft und Einraeumung aller Rechte, welche das neue Gesetz den unehelichen Kindern zuerkennt, klagen (System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, Erster Band, Fuenfte Aufl. § 21, s. 142/3).

Na França, diante de ações de investigação da paternidade natural, estribadas na lei de 16 de Novembro de 1912, que, modificando o art. 340 do “Code Civil”, admitia a declaração judicial da paternidade fora do casamento, em vários casos enumerados no art. 1.º, foi o assunto calorosamente discutido pelos tribunais e pelos juristas teóricos.

Tomando conhecimento dessas ações, decidiu, firmemente, a quase unanimidade dos tribunais de 1.ª instância e das côrtes de apelação não só que os filhos naturais nascidos sob o domínio da lei anterior — o “Code Civil” — poderiam pleitear o reconhecimento judicial da sua paternidade nos termos da lei nova, senão, também, que, uma vez assim reconhecidos, teriam direito de receber as suas quotas hereditárias na sucessão dos seus pais, já recolhidas por outros herdeiros ainda vigente aquela lei.

Levada a questão pela primeira vez, através do recurso "pouvoir en cassation", ao mais alto tribunal da França, a Côte de Cassação, que tem a missão de manter a unidade do direito nacional, cassando as decisões dos tribunais inferiores que atentarem contra esse direito, reformou em aresto de 20 de Fevereiro de 1917, da sua Câmara Civil, o da Côte de Montpellier de 31 de Maio de 1915.

Decidira a Côte de Montpellier que, além de ser "irrecevable" a demanda pelo motivo de que o filho natural em apreço nascera anteriormente à promulgação da lei de 1912, era contrária à regra da não retroatividade das leis, sob um duplo ponto de vista:

"1.º — qu'on ne peut se prévaloir, dans l'intérêt de l'enfant, et pour établir sa filiation au regard de son père, des modes de preuve que la loi en vigueur prohibait au moment de sa naissance";

"2.º — que l'application rétroactive de la loi pendant une période de vingt-deux ans aurait conséquence non seulement de porter atteinte à la situation légale du père réglée pour l'ancien art. 340 C. Civ., mais encore de léser inévitablement les droits acquis des héritiers légitimes en cas de décès du père de famille".

Repeliu a Côte de Cassação, vigorosamente, essa argumentação nos seguintes termos: "Mais attendu, sur le premier point, que si pour établir l'existence ou l'extinction d'un droit né sous l'empire d'une ancienne législation, il n'est permis en général de recourir qu'aux modes de preuve admis par celle-ci, une semblable règle est étrangère à l'espèce, dans laquelle le père naturelle ne pouvait pas se prévaloir d'un droit à l'encontre de l'enfant; — Attendu, sur le second point, que le fait par certains héritiers, d'avoir appréhendé une succession ne suffit pas pour leur conférer un droit acquis vis-à-vis d'autres héritiers dont l'existence serait ultérieurement établie; que, dès lors, l'enfant naturel qui, après le décès du père, invoquerait contre les héritiers de ce dernier le nouvel art. 340 pour obtenir sa part dans l'hérédité, ne saurait être considéré, comme lesant un droit acquis;

et qu'il importerait peu que le décès du père ait eu lieu avant la promulgation de la loi de 1912, celle-ci n'avant apporté aucune modification au régime successoral antérieur". (Les Grands Arrêts de la Jurisprudence, p. H. "Capitant", 3.^a ed., 1950, págs. 3/6).

Em arestos de 24 de Julho de 1917 e 27 de Março de 1918, manteve a Côrte de Cassação, segura e firmemente, o ponto de vista sustentado no aresto de 20 de Fevereiro de 1917.

Mereceu, de certo, a doutrina da Côrte de Cassação as críticas de **LYON-CAEN** e de **HENRI CAPITANT**, as quais, porém, não encontraram ressonância na grande maioria dos escritores e dos tribunais franceses.

Realmente, salienta **ALBERT WAHL**, colega de **CAPITANT** na Faculdade de Direito de Paris e na direção da "Revue Trimestrielle de Droit Civil", que a Côrte de Cassação tomara partido na famosa questão de saber se a lei de 16 de Novembro de 1912, que admitia a investigação da paternidade natural, podia ser invocada pelos filhos nascidos anteriormente à promulgação dessa lei, **COLOCANDO-SE AO LADO DA MAIORIA DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOCTRINA E RESPONDENDO-A AFIRMATIVAMENTE**. ("Revue Trimestrielle, 1917, pag. 120).

Segundo refere **JULLIOT DE LA MORANDIÈRE**, atual deão da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, a comissão de reforma judiciária e de legislação civil da Câmara dos Deputados, ao apreciar a questão de saber se o texto da lei de 1912 aproveitava aos filhos nascidos anteriormente à sua promulgação, diante da qual algumas decisões responderam não, mas a grande maioria dos tribunais julgou afirmativamente, por considerar que nada havia aí contrário ao princípio da não retroatividade das leis, considerou-a não duvidosa: os filhos nascidos antes da promulgação da lei, podem evidentemente intentar a ação; estava na intenção formal do legislador; seria mesmo mau propôr à Câmara um texto decidindo-o expressamente, porque constituiria a confis-

são implícita da lacuna da lei a êsse respeito. (Revue Trimestrielle du Droit Civil, 1914, pág. 220).

O professor e jurisconsulto EUGÈNE GAUDEMET, que, desde a entrada em vigor da lei de 16 de Novembro de 1912, nos seus comentários da "Revue Trimestrielle du Droit Civil" às decisões dos tribunais, defendera, decisivamente, a solução aceita pela grande maioria das côrtes de apelação e pela Côte de Cassação, pôde, em 1921, escrever a respeito que "les anciennes dissidences jurisprudentielles, autrefois critiqués par nous, n'ont laissé aucune trace: **ET IL NE SE TROUVE PLUS AUJOURD'HUI DE TRIBUNAUX QUE RECONNAISSENT CE QUE LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE RENDU DANS LA PRESENTE AFFAIRE APELLE "UN DROIT ACQUIS À LA PIRE DÉFAILLANCE MORALE"**. (Revue Trimestrielle", 1921, pág. 222. — V. também Ch. Beudant — "Cours de Droit Civil Français, 2.^a ed., t. 3, n.º 1.109, pág. 317, onde se escreve: "Assez rapidement la Cour de Cassation fit triompher la thèse la plus liberale: elle admit les enfants naturels, qui se trouvaient encore dans les délais de l'article 340, à rechercher leur paternité, quoiqu'ils fussent nés avant la promulgation de la loi. C'était là certainement la solution la meilleure".

Finalmente, PAUL ROUBIER, professor da Faculdade de Direito de Lyon e a maior autoridade em direito intertemporal na França, na sua notável e consagrada obra "Les Conflits de Lois dans le Temps", publicada em 1929 (Vol. 1.º) e 1933 (Vol. 2.º), colocou-se ao lado da doutrina inteiramente vitoriosa, sustentando não ser retroativa a aplicação da lei de 16 de Novembro de 1912, no sentido de que os filhos naturais nascidos anteriormente à sua vigência, não só podiam demandar em juízo o reconhecimento da sua filiação paterna nas condições fixadas por essa lei, senão, também, fazer valer os direitos sucessórios que tinham na sua qualidade de filhos naturais, ainda nas sucessões abertas antes de 16 de Novembro de 1912 (v. 1.º vol. pág. 421/27, e 2.º vol. pág. 348/51).

Apresentado, assim, em linhas gerais o movimento jurisprudencial e doutrinário europeu sobre o problema, passo ao exame dêste nos seus vários aspectos.

Na sua nota no **SIREY**, considera **LYON-CAEN** (v. **EDUARDO ESPINOLA**, "Tratado de Direito Civil Brasileiro", vol. II, nota "t": pág. 302/3), especioso o argumento da Côte de Cassação de que o fato de haverem certos herdeiros apreendido uma sucessão não basta para lhes conferir direito adquirido relativamente a outros herdeiros, cuja existência seja ulteriormente estabelecida, e que, por conseguinte, o filho natural, que, depois da morte de seu pai, invoque contra os herdeiros dêste o novo art. 340 do Código Civil, para vir à sucessão, não poderia ser considerado como lesando direitos adquiridos. Acha êle, que, na razão invocada, se depara uma confusão entre dois casos inteiramente diversos. Assim, quando, após a devolução de uma sucessão a certos herdeiros considerados parentes mais próximos do defunto, outras pessoas desconhecidas ao tempo da abertura se apresentam e provam que são parentes do falecido em grau mais próximo, podem, sem dúvida, reclamar a sucessão. Nesse caso, nada tem que ver o princípio da não retroatividade das leis, não há que falar de direitos adquiridos. Tinha-se cometido um erro, por ignorância dos parentes mais próximos do "de cuius"; acreditava-se que a sucessão devia ser devolvida a pessoas que, na realidade, não eram as que deviam ser chamadas, e que, portanto, nenhum direito tinham a ela.

Há, porém, aí um equívoco de **LYON-CAEN**: o argumento da Côte de Cassação aplica-se melhor a um caso análogo ao decidido do que ao por êle referido, de erro ao chamamento à sucessão de parentes mais afastados do "de cuius", os quais não tinham direito a ela, em lugar de parentes mais próximos então ignorados.

Ei-lo: falece alguém sob o regime de uma lei que autoriza a investigação da paternidade natural, deixando filhos ilegítimos reconhecíveis, mas não reconhecidos.

Não sendo reconhecidos os filhos ilegítimos, há apenas o fato natural da filiação não revelado juridicamente, e que, por isso mesmo, no momento da morte do "de cujus", lhes não dá direito a concorrer à sucessão aberta.

Nessa hipótese, recolhem os filhos legítimos os bens deixados por seu pai (aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, art. 1572 do Código Civil), os quais lhes são partilhados, passando em julgado a respectiva sentença de partilha. Movem, posteriormente, os filhos ilegítimos contra os filhos legítimos, herdeiros do "de cujus", uma ação de investigação da paternidade natural cumulada com a de petição de herança (prescritível em trinta anos, art. 177, do Código Civil), para o fim de lhes ser reconhecida a filiação, assegurados os direitos sucessórios, e, conseqüentemente, restituídos os bens que devem constituir as suas quotas hereditárias.

Podem invocar nesse caso, pergunto eu, os filhos legítimos direitos adquiridos a uma herança que lhes foi deferida, no momento em que os autores da ação de investigação da paternidade não eram reconhecidos filhos ilegítimos do "de cujus", e, por conseguinte, não podiam concorrer à sucessão então aberta?

Para serem lógicos deveriam **LYON-CAEN** e seus sequazes brasileiros **EDUARDO ESPINOLA** e **CARLOS MAXIMILIANO**, cujas opiniões examinaremos adiante, responder afirmativamente à pergunta acima formulada. Não o respondem, todavia, como ninguém o faz na França e no Brasil. E por que não o fazem? Pela razão, — essa, sim, especiosa, — de que aí não há mudança de legislação, com a substituição de uma lei proibitiva por uma lei permissiva da investigação da paternidade (simplesmente natural ou adulterina), e, por conseqüência, não se trata de retroatividade da lei, lesiva de direitos adquiridos. A verdade jurídica, porém, é que, ainda no caso de mudança de legislação, não há, evidentemente, retroatividade da lei nova permissiva da ação de investiga-

ção, senão retroatividade da declaração judicial da paternidade mesma, resultante da aplicação imediata dessa lei, como o demonstrarei, oportunamente, na parte final d'êste trabalho.

É para mim, pois, fora de dúvida que, assim num caso, como no outro, têm os filhos naturais, reconhecidos após a abertura e liquidação da sucessão do pai, o direito de reivindicar os bens que devem constituir as suas quotas hereditárias e que foram recolhidos pelos herdeiros legítimos na partilha passada em julgado. Direito, que se funda, sòlidamente, na natureza jurídica declarativa do reconhecimento da filiação natural.

Com efeito, tem um herdeiro (v. adiante a decisão da Côte de Dijon em caso análogo) direito adquirido à parte que lhe confere a sua qualidade legal no momento da abertura da sucessão, mas não relativamente à parte que cabe a outro herdeiro, cuja qualidade é assegurada pela mesma lei sucessorial, embora essa qualidade não estivesse revelada, juridicamente, naquele momento (por ex. o filho simplesmente natural, reconhecível pelo sistema do Código Civil, mas não reconhecido, ou o filho adúltero não reconhecível em virtude de disposição proibitiva d'êsse sistema). Pois essa circunstância não constitui pera aquele herdeiro, aquinhoado na partilha em ambas as partes, senão mera **EXPECTATIVA** a que se não venha realizar, ou a que continui a não **PODER** realizar-se tal revelação.

Foi argumento análogo, considerado pelo eminente civilista professor **EUGÈNE GAUDEMET** como o primeiro exemplo jurisprudencial dum resposta decisiva à objeção tirada dum direito adquirido do herdeiro à sua parte hereditária, que invocou a Côte de Dijon no seu notável julgamento de 29 de dezembro de 1913, numa ação de investigação da paternidade proposta depois da morte do pretenso pai e consequente partilha dos bens da sucessão:

“Attendu que l'héritier n'a droit acquis QU'A LA PART QUE LUI CONFÈRE SA QUALITÉ LEGALE AU MOMENT DE L'OUVERTURE DE LA SUCCES-

SION À LAQUELLE CETTE QUALITÉ L'APPELLE, mais qu'il n'a pas droit acquis à cette part l'encontre d'un autre héritier, DONT LA QUALITÉ, EN VERTU DE LA MÊME LOI SUCCESSORALE, LUI EST PRÉFÉRABLE; et que le fait que cette qualité préférable rencontrait dans la loi ancienne un obstacle légal, ne constituait encore pour l'héritier dont s'agit, qu'une expectative que la loi nouvelle a pu supprimer sans léser un droit acquis..." (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1914, pág. 112).

Ora, essa expectativa pode desaparecer, sem haver nenhuma ofensa a supostos direitos adquiridos dos herdeiros do "de cuius", em ambas as hipóteses que prefiguro:

a) — pela sentença, que, segundo a lei vigente no momento da abertura da sucessão do pai, reconhece e declara, após a liquidação desta, o fato natural da filiação, então juridicamente oculto;

b) — pela sentença, que, de acôrdo com a lei nova permissiva da investigação da paternidade, reconhece e declara, após a liquidação da sucessão do pai, operada sob o império da lei anterior proibitiva dessa investigação, o fato natural da filiação, impossível de se revelar antes por fôrça desta lei.

A única diferença entre os dois casos é a seguinte:

a) — no primeiro, a filiação, que podia ser reconhecida, quando da abertura da sucessão, não o foi, porém, na realidade;

b) — no segundo, não podia a filiação ser reconhecida naquele momento, por não o consentir a lei em vigor.

Há, assim, em ambos os casos impossibilidade **MOMENTÂNEA** de o filho natural concorrer à sucessão paterna: no primeiro, por não ter sido **PROVADA** a filiação; no segundo, por não o **PODER** ser. Quer dizer: impossibilidade **MOMENTÂNEA** de suceder decorrente, ou da falta da prova da paternidade, ou da impossibilidade jurídica da sua produção.

Não se apresenta, porém, em nenhum dos dois casos, verdadeiramente, falta de capacidade para su-

ceder, exigida ao tempo da abertura da sucessão: a mesma lei sucessorial, em vigor no espaço de tempo que medeia entre aquela abertura e a declaração judicial da paternidade, coloca, no primeiro plano da vocação hereditária, como capazes de suceder, os filhos, e, entre êstes, ao lado dos legítimos e dos legitimados, os naturais reconhecidos (v. arts. 1603 e 1605 do Código Civil).

Julgada procedente, em ambos os casos, a ação de investigação da paternidade, opera-se a retroatividade da declaração judicial e suprime-se a expectativa dos herdeiros, que recolheram a sucessão do "de cujus": os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais não decorrem, propriamente, do reconhecimento, que, simples meio de prova, não os pode criar, senão do fato natural da filiação assim provado, e remontam ao momento do nascimento e, até, ao da concepção do filho (v. art. 366 do Código Civil; meu livro "Do Reconhecimento Voluntário dos Filhos Ilegítimos", 2.^a edição, n.º 17, pág. 60, nota 92, e o meu parecer "Do Reconhecimento da Filiação Natural em Testamento sob a Forma Enunciativa e sua Apreciação no Processo de Inventário". Além dos autores estrangeiros citados no meu referido livro (loc. cit.) v. o nosso **LAFAYETTE PEREIRA**. "Direito da Família", pág. 234).

HENRI CAPITANT, na sua nota no **DALLOZ**, *Récueil*, 1917, onde discorda do ponto de vista da maioria dos tribunais e da Câmara Civil da **CÔRTE DE CASSAÇÃO**, formula, em poucas palavras, para em seguida a rebater, objeção semelhante a que desenvolvi acima em crítica à opinião de **LYON-CAEN**:

"Assim como o filho natural que provasse a filiação materna, depois da morte da mãe, seria admitido a reivindicar a sucessão desta contra os herdeiros que a houvessem recebido, assim também o filho natural, que investiga sua paternidade após a morte do seu pai, pode fazer valer os seus direitos à herança dêste já liquidada, sem que haja neste caso, mais do que no antecedente, violação de pretensos direitos adquiridos dos herdeiros. Sem dúvida, fôrça é reco-

nhecer que não há perfeita analogia nas duas situações: na primeira, o filho, que prova a filiação materna, fá-lo com as provas admitidas pela lei existente ao tempo da morte da mãe, ao passo que o filho natural só foi admitido a investigar a paternidade pela lei de 16 de Novembro de 1912" (v. **Eduardo Espinola**, obr. cit., vol. II, nota "t", pág. 303).

O argumento de **CAPITANT**, para repelir a analogia perfeita entre os dois casos, baseado na distinção de que, num caso, feita a prova da filiação de acôrdo com a lei vigente ao tempo da morte da mãe, não há senão violação de pretensos direitos adquiridos, ao passo que, no outro, em que a sucessão se abriu antes da lei nova, permissiva da investigação da paternidade, se apresenta violação de verdadeiros direitos adquiridos, foi vantajosamente refutado pelos tribunais franceses, como o mostra o professor **GAUDEMET**:

"Il est bien vrai que le titulaire de droits, que s'est conformé, pour en assurer la preuve, à la législation en vigueur, ne saurait voir ultérieurement ces preuves anéanties ou limitées dans leurs effets juridiques par une réforme législative. Mais rien n'autorise à prétendre à l'inverse qu'un droit né sous l'empire d'une législation donnée ne pourra être établi plus tard par de nouveaux modes, autorisés par une loi postérieure à sa création. Le tribunal rappelle à cet égard l'opinion d'Aubry et Rau (t. I. § 30. Note 66): S'il est vrai de dire que les droits acquis du créancier se trouveraient compromis par l'application d'une loi nouvelle qui le priverait d'un moyen de preuve autorisé par la loi en vigueur au moment où sa créance a pris naissance, on ne peut pas dire, à l'inverse, que l'admission d'un moyen de preuve autorisé par la loi nouvelle porte atteinte aux droits du débiteur. L'espérance que ce dernier peut avoir conçue sous la législation antérieure, de se trouver à l'abri de toute recherche, par l'impossibilité où serait le créancier d'établir l'existence de sa créance conformément à cette législation, n'a aucun des caractères du droit acquis, et l'on reste dès lors sous l'empire

du principe de l'application immediate des lois nouvelles, qui domine toute notre matière. En modifiant quelque peu les termes de ce passage, pour l'étendre de la théorie des droits de créance à celle de la filiation, on est conduit à dire que l'enfant, quelle que soit la date de sa naissance, peut à toute époque faire preuve de son état conformément à la législation en vigueur, à la seule condition de n'être point forclos par les délais que peut établir cette même législation" (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*", 1913, pág. 176/7).

EDUARDO ESPINOLA e **CARLOS MAXIMILIANO**, como já me referi acima, adotam ponto de vista contrário ao aceito neste parecer.

"No tocante às sucessões abertas antes do Código Civil, porém, afirma **ESPINOLA**, surge a controvérsia. A questão é esta: o filho que obtém decisão favorável na ação de investigação da paternidade, dirigida contra os herdeiros de seu pai, pode reclamar sua quota hereditária na sucessão deste, aberta antes de entrar em vigor o Código Civil, encontrando este Código os bens já partilhados por sentença irrecorrível? Dizem uns que sim, outros que não. Estou com os últimos, não pelo argumento de que, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança se transmitem desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1572 do Código Civil), tendo este um direito adquirido aos respectivos bens, que a nova lei não pode prejudicar; mas porque a herança foi deferida por ato jurídico perfeito, de conformidade com as provas admitidas pela lei então vigente, não podendo a lei posterior, que admite provas outras que a antiga repelia, ter qualquer influência para alterar aquele ato, quer na sua constituição, quer nos seus efeitos" (V. obr. cit. vol. cit. págs. 301/2, nota "t").

CARLOS MAXIMILIANO segue a opinião de **ESPINOLA**, quando diz que a lei nova, que concede ao filho natural o direito de investigação da paternidade, não pode inutilizar o direito adquirido pelos contemplados na partilha ultimada (v. "Direito", vol. III, maio-junho de 1940, pág. 250).

Não procede, porém, o argumento de **EDUARDO ESPINOLA**, pelas seguintes razões:

a) O filho natural, como observa **GAUDEMET**, fundado na lição de **AUBRY** e **RAU**, qualquer que seja a data do seu nascimento, pode fazer a prova do seu estado de conformidade com a lei em vigor; não tem a esperança dos herdeiros do seu pai, concebida sob a lei anterior, de se acharem abrigados contra qualquer investigação, pela impossibilidade em que estaria o filho natural de estabelecer o seu estado de acôrdo com essa lei, nenhum dos caracteres do direito adquirido, ficando-se, desde então, sob o império da aplicação imediata das leis novas que domina a matéria.

b) Se os herdeiros, contra os quais é proposta a ação de investigação da paternidade, não têm um verdadeiro direito adquirido, senão simples expectativa à quota hereditária pleiteada pelo filho natural, que move aquela ação, não lho pode atribuir a partilha, que, por disposição expressa da lei, não é ato constitutivo ou atributivo, mas tão só declarativo (art. 631 do Código Civil).

“Teve êste princípio”, escreve **SÁ PEREIRA**, em referência ao princípio declarativo da partilha estabelecido no art. 883 do Código Civil Francês, “teve êste princípio, desde o regime português, acolhida em nosso direito, e o Código Civil o consagra no art. 1572, estabelecendo que “aberta a sucessão o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Se assim é nenhuma propriedade atribui ou transfere a partilha, apenas declara sobre que bens da herança irá recair **UM DIREITO PREEXISTENTE DE PROPRIEDADE**, direito que nasce, não da partilha, mas da sucessão, ou do fato jurídico que determinou a indivisão” (“Manual do Código Civil Brasileiro” “Direito das Cousas”, vol. VIII, com. ao art. 631, n.º 179, pág. 427).

Tanto é assim que o primitivo art. 533 do Código Civil, que fazia remissão ao art. 532, n.º 1, incluindo, dêsse modo, os julgados nas ações divisórias entre os atos que não transferem o domínio senão da data

em que se transcreverem, em evidente colisão com os arts. 530, n.º IV e 1572, corrigiu-o neste ponto, por sugestão de **SÁ PEREIRA, EPITÁCIO PESSÔA**, membro da Comissão de Justiça e Legislação do Senado e relator do projeto de revisão do Código Civil, convertido na lei n.º 3725, de 15 de janeiro de 1919. Ficou, dêsse jeito, limitada a remissão do art. 533 aos ns. II e III do art. 532. (v. **SÁ PEREIRA** obr. cit. n.º 180, pág. 429).

Não resiste, também, a rigorosa apreciação o voto vencedor de **BARROS BARRETO**, proferido, em 22 de dezembro de 1952, no recurso extraordinário n.º 19.955, reformando o acórdão em conferência plena do Tribunal de Justiça do Pará, e publicado no "**ARQUIVO JUDICIÁRIO**", vol. CV, fascículo de janeiro a março de 1933, pág. 58-70. Arrimado nos arts. 1572 e 1577 do Código Civil e na circunstância de que, no caso *sub-judice*, os filhos legítimos do "de cujus", após imitados na posse e no domínio dos bens, haviam procedido ao inventário, passando em julgado a sentença homologatória da partilha, considerou **BARROS BARRETO** tratar-se de situação jurídica definitivamente consumada, donde decorria o direito adquirido dos herdeiros, certo e indiscutível, contra os supostos filhos adulterinos do morto, autores na ação de investigação da paternidade.

Ora, segundo já o demonstrei:

a) — não há, em tais casos, direito adquirido, senão mera expectativa dos herdeiros, e não tem a partilha natureza atributiva ou constitutiva, mas simplesmente declarativa;

b) — não são os filhos naturais, assim os não reconhecidos, mas reconhecíveis, como os irreconhecíveis, pròpriamente incapazes de suceder, desde que a lei sucessorial, vigente no momento da abertura da sucessão do pai, os situa no primeiro lugar da ordem da vocação hereditária, ao lado dos filhos legítimos ou legitimados; apenas não podem êles concorrer à sucessão paterna por falta, ou impossibilidade jurídica **MOMENTÂNEA** da prova da filiação;

c) — na França, onde é igualmente exigida pelo

"Code Civil" a capacidade para suceder no dia da abertura da sucessão (v. **PLANIOL** et **RIPERT**, "Traité Élémentaire de Droit Civil", 11.^a ed., vol. 3.^o, n.^o 1.706, pág. 383), a doutrina e a jurisprudência dominantes, estribadas no fato de que se não alterou o regime sucessorial e na natureza declarativa, e, conseqüentemente, retroativa, da sentença de reconhecimento da filiação, não hesitaram em proclamar que os efeitos do reconhecimento se operam **EX TUNC**, adquirindo o filho natural reconhecido, retrospectivamente, os direitos sucessórios, o que lhe autoriza a reaver os bens correspondentes à sua quota hereditária, partilhados aos herdeiros do "de cuius" na vigência da lei anterior, que não admitia a investigação da paternidade.

Em sentido contrário ao da referida decisão da 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal (relator **BARROS BARRETO**), e esposando a boa doutrina, a 2.^a Turma do mesmo Tribunal, em 18 de Janeiro de 1949, tendo como relator o Ministro **ABNER DE VASCONCELOS**, não conheceu do recurso extraordinário n.^o 7.400, interposto da decisão, em grau de apelação, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (relator desembargador **CÂNDIDO LOBO**), no qual se invocava como lei ofendida o art. 1.577 do Código Civil. No seu relatório, salientou o Ministro relator que "o fundamento jurídico do recurso consiste em negar a retroatividade da lei de 1942 e, conseqüentemente, que a capacidade para suceder é regulada pela lei do tempo em que a sucessão se abriu". No seu voto, acrescenta êle: "Pretende-se que, por ser vedado efeito retroativo às leis que ferem direitos adquiridos e também pela regra, segundo a qual, em matéria de sucessão, aplica-se a legislação do tempo de sua abertura, improcedente é a ação dos autores". Em seguida, passa a refutar a argumentação dos recorrentes, recordando a doutrina e a jurisprudência firmadas na França a propósito da lei de 16 de Novembro de 1912, estendendo os efeitos sucessórios aos filhos naturais nascidos no domínio do "Code Civil", ainda em se tratando de sucessão

aberta anteriormente, e conclui assim o seu voto vencedor: "Desde que o Decreto-lei n.º 4.737, reproduziu um direito, já reconhecido à sombra do art. 358 do Código Civil, não há que falar em lei retroativa. Não foi alterada a ordem da vocação hereditária e as relações jurídicas de pai e filho ilegítimos permanecem as mesmas"; (Revista Industriários" n.º 20, Abril de 1951, pág. 97 e "Diário da Justiça" de 12 de Fevereiro de 1951, pág. 324/5).

Laboram em duplo equívoco, já deixado entrever na exposição do assunto feita até aqui, os defensores da tese de que os filhos adulterinos nascidos sob o regime do Código Civil, que lhes proibia a investigação da paternidade, podem fazê-lo, agora, sob a vigência da lei n.º 883, de 21 de OUTUBRO de 1949, sem, entretanto, aquisição retrospectiva dos direitos sucessórios, e, portanto, limitados os efeitos do reconhecimento judicial pelos pretensos direitos adquiridos dos herdeiros do "de cujus", aos quais se deferira a herança, antes da promulgação daquela lei, em obediência aos dispositivos do Código Civil sobre a sucessão hereditária.

Procede o primeiro de se não distinguir entre retroatividade da lei, ofensiva dos direitos adquiridos e vedada pelo art. 141, § 3.º da Constituição Federal, matéria de direito transitório ou intertemporal, e a retroatividade do reconhecimento judicial da paternidade natural, assunto de direito material ou substancial.

Impõe-se-me, pois, examinar, de per si, êsses enganos.

A lei permissiva da investigação da paternidade, que se destina a transformar o estado de fato da filiação natural em situação jurídica, fixando o *status personæ* do filho, entra no campo do direito transitório das pessoas, e, como tal, aplica-se, imediatamente, a todos os indivíduos que se acham nas condições por ela previstas, e não somente aos que vierem a estar em tais condições no futuro (o que no dizer de GABBA "é pure canone accettato universalmente dai giureconsulti" — obr. cit. vol. 2.º, págs. 16

e 262/3), sendo necessária, na observação de **UNGER**, uma disposição especial dela para que se não deva fazer essa aplicação a tôdas as pessoas existentes (... und es bedarf einer speciellen Bestimmung des neuen Gesetzes, wenn es nicht auf alle vorhandenen Personen sofort angewendet werden soll — obr. cit. vol. 1.º, § 20, pág. 122).

A aplicação imediata das leis relativas ao estado das pessoas levou alguns juristas, inclusive o próprio **GABBA**, a chamá-las, nesse sentido, retroativas (In tal senso, **E NON ALTRO**, quelli leggi si possono anche dire, e sogliono infatti venir chiamate, e noi pure le chiameremo retroattive" loc. cit.).

WAHL, considerando de ordem pública a lei de 16 de Novembro de 1912, que admitiu, em certos casos, a investigação da paternidade, observa que "il est de principe que les lois d'ordre public rétroagissent". (Revue Trimestrielle de Droit Civil', 1913, pág. 14).

Não há, realmente, nesse caso, verdadeira e própria retroatividade, senão aplicação imediata da lei.

"La loi de 1912", escreve **JOSSERAND**, antigo professor da Faculdade de Direito de Lyon e atual Conselheiro da Côrte de Cassação, "a reçu une APPLICATION IMMEDIATE comme intéressant l'ordre social au premier chef; nul ne peut prétendre avoir des droits acquis à un état déterminé, et, spécialement, l'article 340, ancienne rédaction, ne faisait pas acquérir à jamais au père naturel le droit de se soustraire à la constatation officielle du lien qui l'unit à son enfant. En consequence, la loi de 1912 s'applique même aux enfants nés ou conçus antérieurement à sa promulgation. Il ne serait pas exact, à notre avis, de dire que la loi RÉTROAGIT en l'occurrence; ele se contente d'agir immédiatement, conformément aux exigences de l'ordre public". ("Cours de Droit Civil", 3.ª ed., vol. 1.º, n.º 1219, 4, pág. 681).

RENÉ SAVATIER, eminente professor da Faculdade de Direito de Poitiers, cujo nome, disse **GEORGES RIPERT**, deão da Faculdade de Direito de Paris e o maior dos atuais jurisconsultos franceses, faltar

à glória dessa Faculdade (Il n'est personne que ne sache qu'il est un des meilleurs civilistes de France et, malgré son affectueuse insistance, je ne me serais pas permis d'écrire une préface qui ne saurait être une présentation, **SI CE N'ÉTAIT UNE OCCASION POUR LE DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS D'ÉCRIRE QUE SON NOM MANQUE À LA GLOIRE DE CETTE FACULTÉ**", prefácio ao "Traité de la Responsabilité Civile", de René Savatier, p. IX). colocando-se no ponto de vista das leis sobre as provas, para apreciar a questão de saber se a lei de 1912 podia aproveitar aos filhos já nascidos antes de sua promulgação, que a jurisprudência respondera afirmativamente com aprovação geral, escreve:

"En effet, les lois sur les preuves ne peuvent sans doute rétroagir aux dépens des parties s'étant acquis, sous un régime antérieur, la preuve légale de leurs droits, mais elles doivent, au contraire, être appliquées instantanément si, au lieu de restreindre les preuves antérieurement admises, elles ouvrent des modes de preuve nouveaux. En effet, elles tendent alors simplement à la découverte de la vérité par des moyens plus larges, sans rien changer aux droits donnés aux parties par les faits existents. Et nul ne veut juridiquement se plaindre de la disparition d'une erreur, s'il en profitait en fait, l'erreur n'étant pas un droit, même lorsque le législateur interdit provisoirement de la démasquer..."

"La possibilité, pour les enfants nés avant 1912, de démontrer l'erreur qui les reputait étrangers à leur auteur leur permet de réclamer **LA SUCCESSION DE CELUI-CI, MÊME SI ELLE A DÉJÀ ATTRIBUÉE À D'AUTRES HÉRITIERS ET PARTAGÉE ENTRE EUX**". ("La Recherche de la Paternité", págs. 14/15).

Pode-se, em tais condições, dizer com **ROUBIER**, a maior autoridade atual na França em direito intertemporal, que, quer se encare a lei de investigação da paternidade natural como lei relativa à prova em juízo, quer se a encare como lei de estatuto pessoal, o efeito imediato da lei é, assim num caso, como no

outro, a única solução admissível. (Les Conflits de Lois dans le Temps", vol. 2.º, pág. 349).

Contra a aplicação imediata da lei concernente à investigação da paternidade, com a consequência lógica e natural da concessão ao filho adulterino de todos os direitos, inclusive os sucessórios, que a lei sucessorial vigente no momento da abertura da sucessão atribuir ao seu estado ou qualidade pessoal, não pode o pai, nem os seus herdeiros, invocar direito adquirido.

Com efeito, assim como não tem o pai, no domínio da lei proibitiva da investigação da paternidade, nenhum direito adquirido, senão simples faculdade de não ser incomodado, provisoriamente, pela ação destinada à prova e consequente declaração judicial de que foi êle o procriador do filho; também não o têm os seus herdeiros, a que, em virtude de uma lei nova permissiva do reconhecimento judicial da paternidade (simplesmente natural, ou adulterina), lhes não venha o filho natural, então impossibilitado juridicamente de ser reconhecido, a preferir, cu com êles concorrer (conforme a sua categoria) na sucessão paterna, senão mera expectativa, que essa lei nova pode suprimir pela sua simples aplicação imediata, sem que se apresente verdadeira retroatividade.

Pouco importa, pois, que, como se objeta, seja a vocação hereditária disciplinada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.

"Mais il semble bien en résulter tout simplement", doutrina o insigne GAUDEMET, "comme l'a dit la cour de Dijon, que l'héritier n'a droit qu'à la part que lui attribuait cette loi en égard à sa qualité et à celle des personnes que viennent au concours avec lui, parmi lesquelles l'enfant naturel dont la qualité, bien que déclarée plus tard, n'en existait pas moins à cette époque. Il en est ainsi avec d'autres cour de Nancy et la cour de Dijon ont, d'un commun accord, déclaré que "parmi les conditions que permettront de poursuivre la déclaration de paternité, on ne range point la né-

cessité d'une naissance postérieure à cette promulgation et que la naissance antérieure peut jouir du même bénéfice". On concevrait dès lors difficilement ce moyen terme dans la situation d'un enfant naturel qui ne verrait plus se dresser devant lui l'obstacle opposé par l'ancien l'article 340, et ne pourrait toutefois jouir tous les droits attachés à sa qualité notamment les droits successoraux". ("Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1914, pág. 113).

Ao passo que o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade natural é regulado pela lei vigente no momento em que se realiza, aproveitando, dêsse modo, a todos os filhos naturais então existentes, disciplina, ao revés, a sucessão legítima ou "ab intestat", com a indicação dos herdeiros, a ordem da sua vocação e a parte que lhes cabe, segundo o princípio universalmente aceito de direito transitório, a lei em vigor no momento da abertura da sucessão. (v. **GABBA**, obr. cit. vol. 3.º, págs. 449, 454/6; **ROUBIER**, obr. cit. vol. 2.º, págs. 388-391).

As duas leis diferentes, de investigação da paternidade e de sucessão, podem aplicar-se à mesma pessoa em dois momentos distintos, mediante um processo de limitação temporal da autoridade de cada uma delas: a primeira, pelo momento em que se efetua a declaração judicial da paternidade natural; a segunda, pelo momento em que se abre a sucessão do pai ilegítimo.

Assim, com a aplicação diversa das duas leis diferentes, na forma acima exposta, posso chegar às seguintes conclusões:

a) — Aberta a sucessão do pai sob a vigência de uma lei que confere direitos sucessórios ao filho natural, mas lhe não permite a investigação da paternidade, embora o reconhecimento judicial dêste, anterior ou posterior, se tenha operado no momento em que imperava uma lei exclusiva daquêles direitos, tem o filho direito à sucessão paterna.

b) — Aberta a sucessão do pai, quando em vigor uma lei que nega direitos sucessórios ao filho natural, mas lhe permite a investigação da paternidade

para outros fins, embora o reconhecimento judicial dêste, anterior ou posterior, se tenha operado sob o domínio de uma lei que lhe confere aquêles direitos, não tem o filho reconhecido direito à sucessão paterna.

Aliás, devo salientar, aqui, que, assim na França (regime do "Code Civil" e da lei de 16 de Novembro de 1912), como no Brasil (regime do Código Civil e das leis n.º 4.737, de 24 de Setembro de 1942 e n.º 883, de 21 de Outubro de 1949), o problema se coloca sem mudança ou modificação da lei de sucessão, vigente nos dois momentos: o da morte do pai e o da declaração judicial da paternidade natural.

Convém, também, assinalar que a diminuição da quota hereditária não constitui modificação do regime sucessorial anterior. (v. ALBERTO WAHL, "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1917, pág. 122).

GABBA, como o confessa na 3.ª ed. da sua notável obra já citada, pensava, ao escrever a 1.ª ed., "che il valersi in tal guisa de una legge per porre in essere il rapporto di figliazione naturale, e di un'altra per attribuire i diritti di successione, mentre la prima legge ammette la dichiarazione giudiziale della paternità naturale e nega i diritti di successione della prole naturale ai genitori, e l'altra ammette questa seconda cosa, e nega la prima, fosse un sottoporre il medesimo caso a due leggi differenti, e un interpretare l'una legge e l'altra in modo contrario al loro intendimento" (obr. cit. vol. 3.º, pág. 465).

Na 3.ª ed., porém, aprofundados os seus estudos e amadurecido o seu pensamento, expõe a sua opinião definitiva sobre o assunto:

"Abbiamos detto sopra", escreve o insigne teórico do direito intertemporal, "CHE DEI DIRITTI DI SUCCESSIONE LEGITIMA STATUITI DALLA LEGGE VIGENTE ALLA MORTE DEI GENITORI NATURALI POSSONO I FIGLI DI QUESTI PROFITTARE, IN QUALUNQUE TEMPO SIA AVVENUTO IL LORO RICONOSCIMENTO, E SOTTO QUALUNQUE LEGGE. ED ANCHE DICEMMO NON POTERSI, OVE LA LEGGE EXPRESSAMENTE NON LO COMANDI, ESIGE-

RE CHE IL RICONOSCIMENTO DEI FIGLI NATURALI SIA AVVENUTO NEGLI STESSI MODI E ALLE STESSSE CONDIZIONI VOLUTE DALLA LEGGE VIGENTE ALLA MORTE DEL LORO GENITORI. Tutto ciò significa, in altri termini, che, qualunque sia stata la legge intorno la successione dei figli naturali, allorquando questi vennero riconosciuti, e qualunque sia stata la legge sotto in cui impero il riconoscimento loro fu fatto; avesse cioè la prima legge accordato ai figli naturali diritti di successione ai genitori loro, maggiori o minori di quelli statuiti dalla legge vigente alla morte di questi ultimi, od anche avesse la prima legge escluso affatto i figli naturali dalla successione dei genitori, mentre la seconda ve li ammette, e fosse la legge, sotto cui il riconoscimento accadde, più o meno rigorosa di quella che in proposito vige alla morte dei genitori naturali, CIÒ NONDIMENO LA SUCCESSIONE IN DISCORSO DEVE SEMPRE ED ESCLUSIVAMENTE ESSERE AMMESSA O NO A TERMINI DELLA LEGGE VIGENTE ALLA MORTE DEI GENITORI, E NELLA QUANTITÀ, E ALLE CONDIZIONI DA QUESTA LEGGE STABILITE.

“CODESTO PRINCIPIO È CERTISSIMO E INDISCUTIBILE, sia perchè in materia de successione legittima la legge da applicare è sempre ed esclusivamente quella vigente nel giorno dell' apertura di essa, e, generalmente, nel giorno della morte del “de cuius”, SIA PERCHÈ OGNI E QUALUNQUE STATO PERSONALE, ESSENDO INTANGIBILE QUANDO E COME VENNE POSTO IN ESSERE A TERMINI DELLA LEGGE VIGENTE, deve per conseguenza servire sempre di base all'acquisto di ogni e qualunque nuovo diritto, attribuito alla persona per titolo del medesimo (omissis).

“Se ora non può dubitarsi che il figlio naturale dichiarato giudizialmente tale vigendo una legislazione anteriore al Codice civile italiano, che divieta la ricerca della paternità, possa fruire dei diritti di successione legittima al padre, statuiti da questo Codice, neppure può essere dubbio che questo diritto

spetti al figlio naturale dichiarato giudizialmente bensì vigendo il Codice civile italiano, ma in virtù di una legislazione anteriore, poichè giuridicamente non vi ha nessuna differenza fra l'una dichiarazione e l'altra. Nè si può dire maggiormente nella seconda ipotesi che nella prima, in via di obbiezione, che in tal guisa applichinsi al medesimo caso due leggi differenti; imperocchè propriamente le due diverse leggi applicansi al medesimo individuo in due momenti diversi della vita giuridica, e la distinzione di questi due momenti fa sì che la mancata applicazione della legge anteriore nella parte relativa alla dichiarazione giudiziale di paternità, sia la giusta ed esatta determinazione dei confini di tempo dell'autorità di ciascuna di queste due leggi. La dottrina della retroattività delle leggi è tutta quanta una continua determinazione di tali confini fra leggi antiche e nuove, e una corrispondente combinazione di queste leggi in dati e medesimi casi desunti da tutte le parti della giurisprudenza" (obr. cit. vol. 3.º, págs. 463/4; 466/7).

EUGÈNE GAUDEMET, referindo-se àqueles que afirmam ser inaceitável que, obtendo o filho natural sentença favorável na ação de investigação da paternidade, de acôrdo com a lei nova, possa perturbar os sucessores do "de cuius" na posse de sua parte hereditária anteriormente determinada, à vista do princípio de que a abertura da sucessão confere ao herdeiro um direito adquirido, suscetível de impedir a aplicação retroativa da lei, mostra, claramente, a confusão em que repousa êsse raciocínio.

"*Tout ce raisonnement*", escreve o egrégio civilista, "*repose sur une confusion qu'il est facile d'apercevoir. Lorsqu'on dit que l'héritier a droit acquis dès l'instant du décès du "de cuius", on entend par là que sa situation, déterminée à ce moment, ne peut être atteinte par une modification ultérieur du regime successoral. Mais ceci ne préjuge évidemment rien, quant aux effets possibles d'une loi nouvelle étrangère à ce regime. Si les principes généraux conduisent à déclarer cette loi applicable, l'héritier en devra subir les effets, alors même, qu'indirectement, l'étendue de*

sa part héréditaire en recevrait quelque atteinte. Or nous recherchons ici la portée non d'une loi successorale, mais d'une loi relative à l'état des personnes et à la constitution de la famille. Pour délimiter sa compétence nous n'avons donc pas à tenir compte de la notion de droit acquis admise en matière de succession. Ainsi tout l'argumentation aboutit à une pétition de principe et s'évanouit". ("Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1913, pág. 609).

Esclarecido, nestes termos, o primeiro equívoco, passo, agora, a apreciar o segundo.

É reconhecido e proclamado, quase sem discrepância, que a lei, que admite a investigação da paternidade natural, se aplica, imediatamente, a todos os filhos naturais existentes no momento da sua entrada em vigor.

Há, porém, alguns, — em pequena minoria, é verdade, — que recusam ao filho, reconhecido judicialmente de conformidade com a lei nova, direito à sucessão paterna, aberta e liquidada no regime da lei anterior, que proibia esse reconhecimento. E recusam-lhe por lobrigar, nesse caso, uma retroatividade injusta da lei nova, lesiva dos direitos adquiridos dos herdeiros, que já haviam recolhido a sucessão do "de cujus". Retroatividade proibida no "Code Civil" da França e na Constituição Federal do Brasil. Aí está o equívoco.

Não é a lei nova que retroage, para ferir, ilegal ou inconstitucionalmente (segundo a categoria da norma que interdiz a retroatividade), os supostos direitos adquiridos dos herdeiros (na verdade, como o demonstrei, mera expectativa), senão o próprio reconhecimento judicial da paternidade natural.

Não se situa essa retroatividade na esfera do direito transitório ou intertemporal, senão na do direito material ou substancial: provem, necessária e inelutavelmente, da natureza jurídica do reconhecimento.

Por isso, quando critiquei LYON-CAEN e os seus partidários brasileiros, ressaltei que é um só e mesmo direito o do filho natural, reconhecido judicialmente após o deferimento da sucessão aos herdeiros do "de

cujus”, nas duas hipóteses que prefigurei para exame e discussão da tese por mim defendida, — de mudança e de não mudança da legislação sôbre a investigação da paternidade, — em frente do qual se não erguem, absolutamente, verdadeiros direitos adquiridos, abroquelados, legal ou constitucionalmente, contra o efeito retroativo da lei.

Retroage o reconhecimento por ser um ato declarativo, e não atributivo; não cria, em cada caso concreto, os direitos concedidos, abstratamente, pela ordem jurídica aos filhos naturais. Resultam êsses direitos, ao contrário, do fato natural da filiação provado pelo reconhecimento, e, por conseguinte, remontam à data do nascimento e, até, da concepção do filho.

Assim, declarada, judicialmente, a filiação natural depois da morte do pai e da conseguinte devolução da sucessão aos seus herdeiros, ainda que, pela lei reguladora dos modos ou formas do reconhecimento, existente no momento da abertura da sucessão, não podesse o filho mover a ação de investigação da paternidade, reputa-o a ordem jurídica como reconhecido desde a concepção, e, por consequência, com todos os direitos sucessórios que a lei sucessorial, vigente naquele momento, conferia, abstratamente, aos filhos naturais reconhecidos.

“Gli effetti sostanziali della dichiarazione giudiziale”, escreve BARTOLOMEU DUSI, “sono uguali a quelli del riconoscimento: sì l’una che l’altro hanno semplice valore DICHIARATIVO e non ATTRIBUTIVO dello stato di figlio; sì l’una che l’altro hanno DI REGOLA effetto RETROATTIVO fino al momento della nascita e, ove ocorra, fino a quello del concepimento (“Della Filiazione e dell’Adozione”, 2.^a ed., com a colaboração de BIAGIO BRUGI, n.º 124, págs. 585/7.

Por sua vez, doutrina JOSSERAND:

“La reconnaissance est DECLARATIVE; elle ne crée pas un état de choses nouveau; elle ne modifie rien; elle fait ressortir, elle met en pleine lumière une filiation que existait avant elle; elle est déclarative de filiation et non attributive.

"CETTE RÈGLE FONDAMENTALE DONNE LA CLEF DE BIEN DES DIFFICULTÉS, DE BIEN DES SOLUTIONS.

"d) — Surtout, elle rend compte de l'effet RÉTROACTIF qui est attaché à la reconnaissance.

"L'enfant est considéré comme le fils ou la fille du déclarant, non pas seulement du jour de l'aveu officiel, mais dès celui de la naissance, voire de la conception; C'EST DONC RÉTROSPECTIVEMENT QU'IL ACQUIERT DES DROITS SUCCESSORAUX DANS SA NOUVELLE FAMILLE, et qu'à l'inverse il est frappé, vis-à-vis de son auteur, de certaines incapacités de recevoir à titre gratuit entre vifs (art. 908; Civ., 22 Janv. 1884; D.P. 1884, 1.117); c'est rétrospectivement aussi que sa nationalité est déterminé en fonction de la reconnaissance dont il a été l'objet" (Just. de Paix, Paris, 9e arr. "La Loi" 10, janv. 1934). (Obr. cit. vol. cit. n.º 1.201, pág. 672/3).

Além disto, é o reconhecimento um ato puro, e não se pode subordina-lo a termo. Ou se é filho, ou não se é; não se pode ser filho a tempo certo e determinado; não se pode, por exemplo, ser filho depois da promulgação da lei nova, que admite a investigação da paternidade adúlterina, e não se o ser antes dela. O filho reconhecido é, pois, filho a todo tempo, isto é, desde o seu nascimento, e, até, desde a sua concepção. (V. BARTOLOMEU DUSI, obr. cit. n.º 137, pág. 641/2; Paul Roubier, obr. cit. vol. 1.º, pág. 423).

PAUL ROUBIER, na França, e, no Brasil, **PONTES DE MIRANDA**, hoje, sem favor, o maior dos nossos juristas, fazem, clara e perfeitamente, a distinção entre a retroatividade da lei e a retroatividade do reconhecimento judicial, com a consequente diversidade de efeitos jurídicos.

O primeiro, na sua obra já citada, aparecida em 1929 (1.º vol.) e 1933 (2.º vol.), que tanta repercussão teve na Europa e na América, ensina:

"Enfin, nous pensons que les effets de la filiation naturelle, une fois reconnue judiciairement, devaient s'étendre dans le passé, et pouvaient remonter même à une date antérieure à la loi, puisque la reconnais-

sance d'enfant naturel determine une situation juridique rétroactive. (suprà. I, pág. 422). L'enfant naturel, une fois reconnu sur la base de la loi nouvelle, pouvait demander sa part dans une succession ouverte même avant la loi de 1912, qui aurait été liquidée en dehors de lui. Il ne faut pas écrire comme on l'a fait parfois, que la loi de 1912, ainsi appliquée, serait aussi gravement rétroactive que le furent les lois successorales de la Révolution, et notamment le décret de nivôse an II. La réclamation de l'enfant naturel est une conséquence de la rétroactivité de sa reconnaissance et une semblable réclamation est toujours possible en dehors d'un changement de législation: il ne faut pas confondre la rétroactivité de la situation juridique avec la rétroactivité de la loi. Au surplus, la loi de 1912 ne s'est point du tout proposé de modifier les effets de la filiation naturelle, mais seulement son mode de reconnaissance (obr. cit. vol. 2.^o, pág. 351).

O segundo, assim no comentário ao art. 113, § 3.^o, da Constituição Federal de 16 de Julho de 1934, como no comentário ao art. 141, § 3.^o, da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, escreve:

“Cumpra não confundamos a não-retroatividade da lei e a não-retroatividade ou retroatividade da relação jurídica (não — retro-eficácia ou retro-eficácia), do fato jurídico. Aquela é de direito intertemporal, e essa de direito substancial. O Código Civil brasileiro, arts. 118 e 119, contém dois preceitos dispositivos, que nos permitem exemplificar a retroatividade e a não retroatividade de direito substancial. Porém não somente êles. Toda a matéria de reconhecimento de filhos constitui exemplo de atuação EX TUNC, isto é, desde o nascimento, quiçá desde a concepção. A aceitação da herança produz efeito desde a morte do “de cujus”. Há, portanto, um problema de direito intertemporal, que é o de saber-se qual a lei que rege a produção dos efeitos do ato posterior ou do fato posterior (reconhecimento de filho, aceitação de herança, que são atos; condições, que são fatos ou atos) a certo momento ou ato jurídico (ou negócio jurídico).

A lei que rege o ato jurídico é que decide, não a do tempo do fato ou ato tratado como fato: se se cogita de reconhecimento de filho, de legitimação "post nuptias" ou por subsequente casamento, a lei do dia em que se pratica o ato de que pode ou não pode resultar o efeito retroativo; se se cogita de ato jurídico condicional, a lei que regeu o ato jurídico. Os filhos naturais nascidos antes de uma lei que lhes concede a investigação da paternidade, ou que lhes aumenta os casos, ou lhes facilita a prova, podem invocá-la e a decisão favorável terá efeitos EX TUNC se lhos confere a nova lei. Não se trata de efeitos retroativos da lei (retroatividade de direito intertemporal), mas efeitos retroativos do ato jurídico (retroatividade de direito substancial). Uma das consequências mais delicadas é a que provém de ter morrido alguém entre o nascimento do autor da ação de investigação e a sentença, de maneira que terá de concorrer à herança antes aberta. Não há, porém, aí, retroatividade proibida da lei, nem ofensa aos direitos adquiridos: as regras do "Code Civil" (Código Civil francês), art. 2.º, ou da Constituição brasileira, art. 113, 3) (art. 141, § 3.º), aquela firmada no critério objetivo, e essa em parte no critério subjetivo, somente se referem à lei, e não aos atos jurídicos. No direito brasileiro, a questão mais interessante se torna, porque no art. 113, 3) (art. 141, § 3.º) se fala de coisa julgada, e poderia parecer que o seu preceito não permite que o efeito da sentença em ação de investigação de paternidade ofenda a coisa julgada da partilha feita. Mas de nada poderiam valer os argumentos: o art. 113, 3) (art. 141, § 3.º), como o art. 3 da Introdução do Código Civil, só se reporta à ofensa feita pela lei. Na espécie com o julgamento favorável da ação de investigação, a sentença de partilha pode ser rescindida. É caso semelhante àquele, que noutro livro estudamos, do testamento achado depois da sentença de partilha" (Comentários à Constituição de 1934", art. 113, § 3.º, vol. 2.º, pág. 130; "Comentários à Constituição de 1946", 2.ª ed., art. 141, § 3.º, vol. IV, págs. 129-130).

Expostos, dêsse modo, os princípios fundamen-

tais que dominam a matéria, vou, agora, aplicá-los na resposta ao quesito.

A lei n.º 883, de 21 de Outubro de 1949, é, ao mesmo tempo, lei permissiva da investigação da paternidade adulterina, para a fixação do estado pessoal do filho (art. 1.º), e lei de sucessão (arts. 2.º e 3.º).

Como lei de sucessão, sem modificar a categoria do filho adulterino reconhecido na ordem da vocação hereditária estabelecida no Código Civil (arts. 1.603, n.º I e 1.605), pois êle concorre à sucessão do pai com o filho legítimo ou legitimado, estatui, todavia, a lei n.º 883, à semelhança do que determina o Código Civil em relação ao filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 1.605, § 1.º), que o filho adulterino, uma vez reconhecido, terá direito à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.

Demais, beneficia ela o cônjuge casado sob o regime de separação de bens, deslocando-o de uma categoria sucessível inferior (art. 1.603, n.º III) para outra superior (art. 1.605, n.º I), no caso de falta de testamento e de concorrer êle à sucessão do outro exclusivamente com o filho adulterino reconhecido, isto é, se não houver filho legítimo ou legitimado (art. 3.º).

Como lei permissiva da investigação da paternidade adulterina, para a determinação do estado pessoal do filho, aplica-se a lei n.º 883, imediatamente, a todos os filhos adulterinos existentes no momento da sua entrada em vigor.

Como lei sucessorial, é preciso distinguir, para aplicá-la devidamente, entre as sucessões abertas antes ou depois da sua vigência.

No primeiro caso, o filho reconhecido na forma da lei n.º 883, terá, por força da NATUREZA JURÍDICA DECLARATIVA e, consequentemente, RETROATIVA DO RECONHECIMENTO, assegurado e regulado o seu direito sucessório, não por ela, senão pelo CÓDIGO CIVIL, vigente no momento da abertura da sucessão do "de cuius": concorrerá em igualdade de condições com o filho legítimo, ou legitimado, por se

operar a declaração judicial da paternidade, após a dissolução da sociedade conjugal: e, na falta de um ou de outro, herdará só, preferindo aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente (arts. 1.603 e 1.601, cód. civ.).

No segundo caso, terá assegurado e regulado o seu direito sucessório pela lei n.º 883, sob cujo império se abriu a sucessão paterna.

Assim, BARTOLOMEU DE OLIVEIRA, uma vez reconhecido, de conformidade com a lei n.º 883, art. 1.º, na ação de investigação de paternidade cumulada com a de petição de herança, como filho adúlterino do Coronel GUILHERME ALBERTO LUNDGREN, cuja sucessão se abriu e partilhou sob o regime do CÓDIGO CIVIL, TEM DIREITO À SUA QUOTA HEREDITÁRIA NOS TERMOS DO ART. 1.605 DESSE CÓDIGO, isto é, a uma quota igual à de cada filho legítimo, e não nos termos do art. 2.º da lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949.

É a aplicação, na espécie da consulta, segundo o princípio fundamental a que já me referi, de leis diferentes, — a permissiva da investigação da paternidade e a lei sucessorial, — à mesma pessoa, em momentos distintos, mediante um processo de limitação temporal da autoridade de cada uma delas.

É este o meu parecer.

Recife, 27 de Outubro de 1953.