

Eficácia da legitimação por subsequente matrimônio e ação do filho legitimado para investigar paternidade diferente da resultante da legitimação



Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

CONSULTA

Ornilo nasceu a 2 de abril de 1926, na cidade de Paulista, filho de mulher solteira, Ambrosina, não sendo êsse nascimento levado logo a registro.

Pouco depois, a 22 de março de 1927, Ambrosina casa-se civilmente, não havendo no respectivo assento nenhuma referência a prole anterior.

Anos decorridos, em 22 de março de 1938, precisando o menor ser internado em colégio, foi feito o seu registro civil de nascimento, de acôrdo com a lei então vigente, por um tutor que lhe fôra dado, na ausência dos pais, então no Rio de Janeiro, sendo nêsse registro declarado ser o menor filho **legítimo** de Severino e Ambrosina, casados civilmente.

Em 23 de agosto de 1941, o próprio Ornilo, mediante justificação produzida perante o Juízo competente da cidade do Recife, e declarando-se nascido a 2 de abril de 1925 nessa cidade, bem como ser filho **legítimo** de Severino e Ambrosina **casados** civilmente, obteve novo registro de nascimento, visando aumentar a sua idade de mais um ano, a fim de obter seu ingresso na Escola de Aprendizes Marinheiros, do Recife, onde, de fato, ingressou fazendo ali constar aquela mesma filiação.

Tempos depois, já maior, fez parte do Corpo de

Fuzileiros Navais, do Rio de Janeiro, obteve caderne-
ta de identidade, ingressou no funcionalismo muni-
cipal de Paulista, inscreveu-se no Instituto dos Ser-
vidores do Estado e praticou outros atos, sempre se
declarando filho **legítimo** do casal Severino-Ambro-
sina.

Só agora, em 1947, com o falecimento do Cel.
Frederico Lundgren, foi que Ornilo, sem procurar re-
tificicar ou anular aquêles atos, veio a juízo com uma
ação de investigação de paternidade e petição de he-
rança, alegando ser filho ilegítimo de Frederico, com
sua mãe Ambrosina, fundando a ação no n.º I do
art. 363 do Código Civil, ou seja, no concubinato en-
tre os dois, existente ao tempo de sua concepção.

A ação foi julgada procedente, por sentença do
Juiz de Direito de Paulista, com fundamento, porém,
no n.º II do referido art. 363, ou seja, na existência
apenas de simples relações sexuais, ao tempo da con-
cepção.

Houve apelação para o Tribunal de Justiça do Es-
tado, recebida no efeito suspensivo e ainda pendente
de julgamento.

PERGUNTA-SE:

1.º — Diante o disposto nos arts. 229 e 353 do
citado Código, e resultante a legitimação apenas do
casamento, independentemente, pois, da vontade dos
nubentes ou da prole, ou de qualquer formalidade ou
outro ato judicial, deve ser Ornilo considerado filho
legitimado, em tudo equiparado ao legítimo, do ca-
sal Severino-Ambrosina?

2.º — Cabendo “**privativamente** ao marido o di-
reito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos
de sua mulher”, nos precisos termos do art. 344 do
dito Código, com prazos prescricionais bem curtos
para a propositura da respectiva ação (art. 178, § 3.º
e 4.º n.º I), podia a sentença naquela ação de inves-
tigação promovida por Ornilo, reconhecer a paterni-
dade de outro pai, importando isto em contestar a le-
gitimidade presumida?

3.º—Proíbindo o art. 364 do mesmo Código, terminantemente, a investigação da **maternidade** quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, explicando os autores que o fim da lei foi “não perturbar a paz de uma família”, êsse dispositivo deve ser também aplicado à investigação da paternidade, por identidade de razão?

4.º — Facultando o precitado art. 363 a investigação de paternidade apenas aos filhos **ilegítimos**, pode com o mesmo fundamento nêsse dispositivo, ser a ação intentada por um filho **legítimo**, a que está equiparado “em tudo” o legitimado?

5.º — Dispondo o art. 348 do mesmo Código que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento”, e exigindo o art. 121 do Dec. n.º 4. 857, de 9 de novembro de 1939, que regula o registro civil, que as questões de filiação ilegítima ou ilegítima sejam decididas em processo contencioso, pode ser intentada a ação de investigação de paternidade, antes que seja anulado o registro civil de que consta outra filiação, aliás legítima?

6.º — Havendo sido a ação de investigação proposta com fundamento unicamente na existência do concubinato e com fundamento somente no n.º I do art. 363, pode o juiz julgar procedente a ação apoiado apenas em simples relações sexuais e com fundamento, assim, na segunda parte do n.º II do mesmo artigo?

Recife, outubro de 1951.

MÁRIO GUIMARÃES DE SOUZA
Advogado

P A R E C E R

1.º

Diante o disposto nos arts. 229 e 353 do citado Código, e resultando a legitimação apenas do casamento, independentemente, pois, da vontade dos nubentes ou da prole, ou de qualquer formalidade ou outro ato judicial, deve ser Onilo considerado filho **legitimado**, em tudo equiparado ao legítimo, do casal Severino-Ambrosina?

No tocante à eficácia do casamento subsequente dos pais sôbre a legitimação dos seus filhos ilegítimos, e à maneira por que esta se opera, agrupam-se as codificações civis em dois sistemas jurídicos que se contrapõem: o dos códigos austríaco (art. 161), suíço (art. 258) e alemão (art. 1719), em que a legitimação se opera, de pleno direito, pelo só fato do casamento subsequente, independentemente de quaisquer outros requisitos ou pressupostos; e o dos códigos francês, (art. 331), italiano (assim o de 1865, no art. 197, como o de 1942, no art. 283), lei portuguesa de proteção aos filhos, (art. 3.º), hespanhol (art. 121), argentino (art. 351), mexicano (art. 121), que subordina, expressamente, os efeitos da legiti-

mação ao reconhecimento dos filhos efetuado pelos pais antes do casamento, ou no momento da celebração dêste, para uns códigos, ou também depois do casamento para outros.

Seguiu o nosso Código Civil o primeiro sistema, dos países de língua alemã, ao determinar no art. 229 que “o casamento legitima os filhos comuns, antes dêle nascidos ou concebidos”, e no art. 353 que “a legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho”, sem condicionar, em qualquer dispositivo, os efeitos da legitimação ao reconhecimento dos pais ou a qualquer outra formalidade.

Assim, para darmos uma resposta sólida ao quesito, vamos estudar a natureza jurídica da **legitimação per subsequens matrimonium** e as consequências dela decorrentes, na doutrina alemã, na suíça e na austríaca, elaboradas sobre o fundamento de códigos civis que, no assunto, serviram de modelo ao nosso.

Segundo essa doutrina, não é a legitimação do filho ilegítimo por subsequente matrimônio dos seus pais nem negócio jurídico (*Rechtsgeschaef*, *Willenserklaerung*, na terminologia alemã; ato jurídico atributivo, na terminologia francesa e na italiana), nem ato jurídico em sentido estrito (*Rechtshandlung im engeren Sinn*, na terminologia alemã; ato jurídico declarativo, na terminologia francesa e na italiana), mas um simples fato ou acontecimento jurídico.

Por isso, não depende a legitimação nem da vontade dos pais, nem do consentimento do filho, nem de qualquer inscrição no registro civil. Ela se opera, ao contrário, de pleno direito, desde o momento da celebração do casamento entre a mãe e o pai do filho ilegítimo.

É esta a lição dos grandes juristas alemães, suíços e austríacos.

Venham, em primeiro lugar, os escritores alemães.

Kohler:

“A legitimação não é, por consequên-

cia, um negócio jurídico. Não se pode também dizer que o casamento, como **negócio jurídico**, efetua a legitimação, pois o efeito legitimador é somente uma consequência acessória da conclusão do casamento, que se opera sem qualquer previsão... Ele é ligado absolutamente ao **fato** de que exista um casamento, e, se, por acaso, êste fôsse declarado nulo, cairia, com isto, também a legitimação, caso não se aplicassem os princípios especiais sôbre o casamento putativo. Não se deve, portanto, reconduzir a legitimação a um negócio jurídico, mas a um acontecimento jurídico que se realiza logo que se dá uma certa concorrência de coisas...

O casamento obra legitimadoramente sôbre os filhos de ambos os cônjuges, mesmo que, ao tempo do casamento, ainda não fossem reconhecidos pelo marido...

O filho legitimado tem êstes direitos por si mesmo, sem sua vontade e também contra o seu consentimento" (Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, vol. 3.º, 1.ª parte, págs. 310-311 e 313).

Dernburg:

"A legitimação, segundo o BGB., não depende da vontade do pai, e não pode, pois, ser impedida pela oposição dêle; não depende, tampouco, do consentimento do filho ou do seu representante, nem do consentimento de sua mãe". (Das buergerliche Recht, vol. 4.º § 91, pág. 332).

Engelmann:

"A legitimação por subsequente matrimônio pressupõe a conclusão do casa-

mento entre a mãe e o pai do filho....

Não é pressuposto da legitimação por subsequente matrimônio o reconhecimento da paternidade pelo marido da mãe..
.....A legitimação por subsequente matrimônio efetua-se no momento da conclusão do casamento em virtude mesmo da lei; ela não pressupõe, por consequência, nem a autorização dos pais, nem a do filho ou do seu representante legal.

Não é necessário o reconhecimento da paternidade pelo marido da mãe para a admissão de sua paternidade, e, por conseguinte, para que se opere a legitimação por subsequente casamento". (Familienrecht, no Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gezezbuch, vol. IV, II parte, 7/8 ed., págs 1129 e 1133).

Endemann:

"O filho ilegítimo obtem a situação jurídica de filho legítimo pelo casamento de seus pais.

Esta legitimação por subsequente casamento se opera em virtude da lei; não lhe é necessária nem declaração especial dos pais, nem o consentimento do filho". (Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, 8.^a e 9.^a ed., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 208, pág. 676).

Crome:

"Não tem a legitimação por subsequente casamento outros pressupostos. Especialmente, não é necessária nem a autorização dos pais nem a do filho (System des Deutschen Buergerlichen Rechts, 4.^o vol. pág. 564).

Falem, agora, os juristas suíços.

Silbernagel:

“Dá-se a legitimidade logo no momento da conclusão do casamento, em virtude da lei, sem mais nada, independentemente da inscrição no registro do estado civil.....

Distingue-se nosso direito, essencialmente, do direito dos países latinos, no fato de que não é pressuposto necessário um reconhecimento pelos pais. Determinante para a legitimação é o momento da conclusão do casamento”. (Familienrecht, no Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch de Gmuer, vol. II, 2.^a parte, pág. 27).

Rossel et Mentha:

“A legitimação é um benefício da lei, em virtude da qual um filho concebido e nascido, ou concebido fóra do casamento é elevado **de pleno direito** à classe de filho legítimo, pelo casamento que seu pai e sua mãe contratam antes ou após seu nascimento...” (Manuel du Droit Civil Suisse, 2.^a ed., vol. 1.^o, n.^o 660, pág.417).

Vejamos, finalmente, os escritores austríacos.

Krasnopolski:

“O casamento subsequente dos pais do filho, e não a anotação no registro civil da legitimação realizada, é o fato que produz **ipso jure** a legitimação. Não é necessária uma autorização do filho para a legitimação. Também não o é a do pai ilegítimo. Realiza-se, ao contrário, a le-

gitimação ainda contra a vontade daquele, e, em geral, independentemente da vontade dos pais, pressuposto que o filho tenha sobrevivido ao casamento deles". (Lehrbuch des Oesterreichischen Privatrechts, bearb. von Bruno Kafka, vol. 4.º, pág. 232).

Stubenrauch:

"A legitimação acima mencionada (por subsequente matrimônio) realiza-se imediatamente, como consequência da lei, sem que lhe seja necessária a autorização do filho ou dos demais parentes. Eles não podem mesmo impedi-la com a sua oposição". (Commentar zum oesterreichischen allgemeinen buergerlichen Gesetzbuch, 7.ª ed., vol. 1.º, pág. 278).

Robert Mayer:

"Legitimação é um fato jurídico, pelo qual um filho originariamente ilegítimo se torna legítimo". (Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, 2.º vol., § 478, b), pág. 96).

No que diz respeito à circunstância da falta de averbação do casamento dos pais do filho ilegítimo no registro civil das pessoas naturais (art. 39 § 1º, II do decreto nº 4.857 de 9 de novembro de 1939), discutida nos autos da ação, objeto da consulta, nenhuma importância tem para impedir os efeitos da legitimação dele decorrente, porque:

a) Antes de tudo, a averbação pressupõe a existência do registro do nascimento do filho ilegítimo, no qual ela deve ser feita; e, no caso da consulta, havia a impossibilidade material absoluta de se proceder à mesma, por não existir, no momento do casamento, o registro do nascimento de Ornilo, feito posteriormente com indicação do seu status de filho legítimo.

b) O decreto sôbre os registros públicos, que manda proceder à averbação, no registro civil das pessoas naturais, dos casamentos de que resultar legitimação de filhos havidos ou concebidos anteriormente, não alterou, nem podia alterar o sistema jurídico do Código Civil, segundo o qual a legitimação se opera de pleno direito pelo casamento dos pais do filho ilegítimo, independentemente de qualquer outro requisito ou formalidade.

Com efeito, a averbação não é, absolutamente, pressuposto da legitimação, mas tão sômente uma medida de ordem no registro, para atender a mudança produzida no estado da pessoa, que perdeu a condição jurídica de filho ilegítimo e adquiriu a de legítimo, medida de ordem que nenhuma influência exerce sôbre a existência e eficácia da legitimação.

Eis o que ensinam os juristas suíços sôbre a declaração dos pais ao oficial do registro civil do seu domicílio ou do lugar da celebração, a respeito dos filhos que tiveram um com o outro antes do seu casamento, **determinada pelo próprio Código Civil** (art. 259) e regulamentada pela Ordenança de 25 de fevereiro de 1910.

Silbernagel:

“O art. (259) estatue como **prescrição de ordem** o dever da declaração de filhos prelegítimos ao oficial do estado civil.....

O art. 259 do C. C., que estatue a declaração, contém uma **pura prescrição de ordem**. Sua inobservância traz consequências penais; a inscrição, ao contrário, não produz direito constitutivo para a legitimação mesma”. (Obr. cit., págs. 32 e 34).

Rossel e Mentha:

“A legitimação deve ser comprovada. Entretanto, as formalidades do art. 259

não são senão medidas de ordem: O pai e a mãe são obrigados a declarar ao oficial do estado civil do seu domicilio ou do lugar da celebração, os filhos que tiveram um com o outro antes do casamento: faz-se esta declaração então da celebração do casamento ou imediatamente depois. Os filhos são legitimados mesmo sem declaração, — não podendo a falta de declaração acarretar senão a pena de multa contra o pai e a mãe negligentes". (Obr. e vol. cit., n.º 602, pág. 418).

O professor E. Huber, autor do ante-projeto do Código Civil Suíço, diz, clara e expressamente, na exposição de motivos que

"A declaração ao oficial do estado civil não tem nenhum efeito sobre a legitimação mesma". (Exposé des motifs de l'avant-projet, vol. 1.º, pág. 216).

Em conclusão: pelo só fato do casamento de sua mãe com o seu pai, é o filho natural legitimado de pleno direito, e, por consequência, equiparado em tudo ao legítimo (art. 352), isto é, adquire a condição jurídica de legítimo.

Nestas condições, respondo afirmativamente o quesito.

2.º

Cabendo "privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher", nos precisos termos do art. 344 do dito Código, com prazos prescricionais bem curtos para a propositura da respectiva ação (Art. 178 §§ 3.º e 4.º n.º I), podia a sentença, naquela ação de investigação promovida por Ornilo, reconhecer a paternidade de ou-

tro pai, importando isto em contestar a legitimidade presumida?

A legitimação do filho natural, resultante do casamento dos seus pais após o seu nascimento ou a sua concepção, é de tal sorte que não a impede a existência anterior de um reconhecimento voluntário dêle, feito por terceiro, ou o reconhecimento forçado da paternidade dêste por sentença passada em julgado, porque o primeiro não tem efeito constitutivo, e o segundo não produz consequências pró ou contra terceiros.

É a lição da doutrina nos sistemas jurídicos modelos do nosso Código Civil, em matéria de legitimação *per subsequens matrimonium*.

Engelmann:

“O fato de um terceiro ter reconhecido a sua paternidade por documento público após o nascimento do filho, ou ter sido condenado, em sentença passada em julgado, ao reconhecimento da paternidade, não impede a legitimação do filho pelo casamento da mãe com outro, reputando-se, pelo § 1720, o marido como pai; porque o reconhecimento da paternidade não tem efeito constitutivo, e a sentença, que fixa a paternidade ilegítima, não produz efeito pró ou contra terceiros, de acôrdo com o § 644 da O. P. C. (Obr. cit., pág. 1129).

Endemann:

“Como jamais se realiza uma fixação constitutiva da descendência ilegítima, produzindo efeitos contra todos, não está impedido o terceiro, nem pelo reconhecimento do filho por parte de outro, nem ainda pela sentença passada em julgado condenando êste, como procriador do

filho, ao sustento, de fazer valer a própria paternidade em face do mesmo. Se o terceiro casar depois com a mãe do filho, decorrerá daí o pleno efeito da legitimação: o filho será afastado daquele reputado até aí como procriador ilegítimo e entrará, como descendente legítimo, na família recém-constituída. **Legitimidade precede ilegitimidade.** (Obr. e vol cit., § 208, pág. 680).

Kohler:

“Pela legitimação, obtem o filho um pai legítimo e cessam, portanto, tôdas as consequências da procriação ilegítima; assim, p. ex., se outrora, foi um terceiro condenado a alimentos como procriador ilegítimo, tal sentença se deve suspender para o futuro, segundo o § 767 da O. P. C., pois ela perde para o futuro o seu fundamento material pelo acontecimento da paternidade legítima posterior”. (Obr. cit., pág. 311).

Rossel e Mentha:

“O filho nascido fora do casamento é legitimado de pleno direito pelo matrimônio de seu pai e de sua mãe. Dá-se isto qualquer que seja o número ou a idade dos filhos, e ainda para os premortos, e ainda para os filhos **reconhecidos voluntariamente** pelo pai ou por uma terceira pessoa, enfim ainda para os adotados”. (Obr. cit., pág. 418).

Silbernagel:

“... realiza-se a legitimação... ainda que tenha sido rejeitada, por sentença passada em julgado, a ação do filho

para o reconhecimento da paternidade do **atual** marido da mãe sob o fundamento da exceção de diversos coabitadores... (Obr. cit., pág. 29).

Ora, se a existência anterior do reconhecimento voluntário do filho ilegítimo feita por terceiro, ou da investigação da paternidade dêste movida por aquêle e julgada procedente por sentença passada em julgado, ou ainda a rejeição anterior, também por sentença passada em julgado, da ação do filho para o reconhecimento da paternidade do **atual** marido da mãe, sob o fundamento da exceção de diversos coabitadores, não obsta à legitimação do filho, — como se admitir, então, que, depois de adquirir, pela legitimação, a condição jurídica de filho legítimo do marido de sua mãe, possa êle propor uma ação de investigação de paternidade contra terceiro?

É claro e evidente que, absolutamente, não o pode.

Só o marido, presumido como pai legítimo, pode contestar a legitimidade do filho nascido **anteriormente** da sua **atual** mulher, contando-se o prazo da prescrição do art. 187 § 3, não do nascimento, quando ainda era ilegítimo, mas do casamento, que o legitimou.

É, também, ponto pacífico na doutrina que o marido não pode fundar a contestação da paternidade do filho, nascido, anteriormente, de sua **atual** mulher e legitimado pelo subsequente casamento, na exceção de diversos coabitadores, isto é, de que, no momento da concepção, outros tiveram igualmente, relações sexuais com ela. Isto, como escreve Crome, se contradiria com a circunstância de que êle mesmo desposou a mãe.

Exclue-se, pois, a exceção pela presunção de causalidade das relações sexuais da mãe com o seu **posterior** marido (V. Crome, obr. cit., pág. 563; Engelmann, obr. cit., pág. 679).

Não quero terminar a resposta ao quesito sem assinalar que há uma hipótese, em que é impossível

a legitimação do filho pelo casamento de sua mãe com o seu verdadeiro pai: se foi concebido na vigência do casamento anterior de sua mãe com outro homem, e este faleceu sem lhe contestar a legitimidade (Endemann, obr. cit., pág. 679; Dernburg, obr. cit., pág. 330; Krainz-Ehrenzweig, System des osterreichischen allgemeinen Privatrechts, pág. 502; Krasnopolski-Kfaka, obr. cit., pág. 232; Stubenrauch, obr. cit., pág. 278 e nota 2; Silbernagel, obr. cit., pág. 27).

Realmente, nêsse caso, a presunção da legitimidade do filho em relação ao marido anterior falecido não pode mais ser destruída, e, por conseguinte, impede a legitimação daquêle pelo casamento subsequente de sua mãe com o seu real procriador.

Como, porém, permite, em princípio, o nosso direito, de acôrdo com o direito alemão, o austriaco e o suíço, a legitimação dos adulterinos, poderá ela, ao contrário, beneficiar o filho adulterino, concebido na vigência do casamento anterior de sua mãe, pelo casamento subsequente desta com o seu procriador, após o falecimento do primeiro marido, se, em virtude de ação de contestação da legitimidade movida por êste, for o filho declarado ilegítimo.

Em face do exposto, respondo negativamente o quesito: não podia a sentença, na ação de investigação promovida por Ornilo, a que alude a consulta, reconhecer a paternidade de outro homem, pois importa isto em contestar a legitimidade presumida daquêle em relação ao marido de sua mãe.

3.º

Proibindo o art. 364 do mesmo Código, terminantemente, a investigação da **maternidade**, quando tenha por fim attribuir prole ilegítima à mulher casada, explicando os autores que o fim da lei foi "não perturbar a paz de uma família", êsse dispositivo deve ser também aplicado à investigação da paternidade por identidade de razão?

Não pode haver dúvida nenhuma de que a proí-

bição de investigação da maternidade, para atribuir prole ilegítima (adulterina, ou não), à mulher casada, estatuída no art. 364 do Código Civil, também se aplica à investigação da paternidade, porque esta implica, pressupõe aquela.

No caso da consulta, Ornilo alega, na sua inicial, como fundamento da sua ação de investigação da paternidade, nos termos do art. 363, I, do Código Civil, que, ao tempo da sua concepção, sua mãe Ambrosina estava concubinada com o seu pretenso pai Cel. Frederico Lundgren.

Quer dizer que a ação de Ornilo determinava a investigação simultânea da sua paternidade e da sua maternidade: visava ela a demonstrar que sua mãe Ambrosina, hoje casada com Severino, o havia concebido, quando solteira, de relações sexuais mantidas com o Cel Frederico Lundgren.

Atribuir-se-ia, assim, nessa ação de investigação da paternidade, a u'a mulher casada um filho ilegítimo; e, para impedir que se "perturbe a paz de uma família" com a revelação e prova desse fato, é que o Código Civil levanta a barreira intransponível e incontornável do art. 364.

Há perfeita, completa, absoluta identidade de razão no aplicar, em ambas as hipóteses, o art. 364: a atribuição de prole ilegítima (adulterina, ou não), à mulher casada dar-se-á, igualmente, nos dois casos, assim na investigação da maternidade, como na investigação da paternidade, com igual "perturbação na paz de uma família", que, constituindo motivo de alta significação moral e social, levou o codificador civil a ditar a sua proibição.

É, pois, sem hesitar que respondo afirmativamente o quesito.

4.º

Facultando o precitado art. 363 a investigação de paternidade apenas aos filhos **ilegítimos**, pode, com o mesmo fundamento nêsse dispositivo, ser a ação in-

tentada por um filho **legítimo**, a que está equiparado "em tudo" o legitimado?

Tendo A adquirido, com a legitimação por subseqüente casamento, a situação jurídica de filho **legítimo** de B, não pode, absolutamente, invocando a qualidade de filho **ilegítimo**, que não possui, mover, fundado no art. 363 do Código Civil, contra C, ou seus herdeiros, uma ação de investigação da paternidade, a fim de ser reconhecido e declarado como filho de C.

Como demonstrámos na resposta ao 2.º quesito, torna-se ineficaz, com a legitimação por subseqüente casamento dos pais, o reconhecimento voluntário ou forçado anterior do filho, no qual se atribue a terceiro a paternidade ilegítima.

Assim sendo, não pode A., após adquirir, com a legitimação, a condição de filho **legítimo** de B, pleitear em juízo que lhe seja reconhecida e declarada a qualidade de filho ilegítimo de C.

Só num caso seria possível fazê-lo: tornando-se filho **ilegítimo** em virtude de ação de contestação da legitimidade proposta pelo marido de sua mãe, seu **presumido** pai.

Assim, seria atendido o pressuposto do art. 363 do Código Civil, para a propositura da ação de investigação da paternidade de C.: a condição de filho **ilegítimo**.

Fica, dêsse modo, respondido negativamente o quesito.

5.º

Dispondo o art. 348 do mesmo Código que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento" e exigindo o art. 121 do dec. n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, que regula o registro civil, que as questões de filiação legítima ou ilegítima sejam decididas em processo contencioso, pode ser intentada a ação de investigação de paternidade, antes que seja anulado o re-

gistro civil de que consta outra filiação, aliás legítima?

Figurando A no registro de nascimento como filho legítimo de B., não poderá propor uma ação de investigação da paternidade contra C., para ser reconhecido e declarado filho ilegítimo deste, senão depois que, em processo contencioso, obtiver a anulação do assento.

Antes, porém, de o conseguir, não lhe é possível vindicar o estado de filho ilegítimo de C, em contrário ao que está no registro de nascimento — filho legítimo de B —, porque o impede, de maneira absoluta, a disposição imperativa do art. 348 do Código Civil.

Portanto, só com a anulação prévia do registro de nascimento, de que consta o seu estado de filho legítimo de B., poderá A vindicar o estado de filho ilegítimo de C., de acôrdo com a exigência do art. 363 do Código Civil.

Assim, respondo negativamente o quesito.

6.º

Havendo sido a ação de investigação proposta com fundamento na existência do concubinato e com fundamento no n.º I do art. 363, pode o juiz julgar procedente a ação apoiado apenas em simples relações sexuais e com fundamento, assim, na segunda parte do n.º II do mesmo artigo?

Antes de tudo, como jurista, sinto-me obrigado a declarar que a segunda parte do n.º II do art. 363 do Código Civil representa um êrro clamoroso, de que é responsável Rui Barbosa.

Assim no projeto Clóvis e no revisto pela comissão de juriconsultos, como no aprovado pela Câmara e remetido ao Senado, o n.º II do atual art. 363 estava redigido nêstes termos:

“Quando a concepção do filho reclamante coin-

cidir com a data do **estupro** ou rapto praticado contra sua mãe pelo suposto pai”.

Chegando o projeto ao Senado, Rui Barbosa, no seu parecer sobre a redação do projeto da Câmara, censurando a aspereza do vocábulo **estupro** e estranhando que, entre os requisitos ou pressupostos da ação de investigação da paternidade, conferida, no artigo discutido, ao filho natural, se não tivesse enumerado a “voluntária comunicação sexual da mulher com o homem”, apresentou o seguinte substitutivo, — “II. Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, **ou suas relações sexuais com ela**”, — que foi afinal aprovado e passou para o Código.

Na preocupação de emendar a redação de todo o projeto vindo da Câmara, e na pressa de o fazer em prazo relativamente curto, não meditou, devidamente, Rui Barbosa em que obedecia o sistema do Código à sábia e prudente orientação de restringir a ação de investigação da paternidade, matéria delicada e melindrosa, tanto mais quanto se lhe permitia a propositura ainda após o falecimento do pai, — “contra os pais, **ou seus herdeiros**”, — a casos excepcionais, em que se manifestasse clara, segura, convincente a relação de causalidade entre a concepção do filho e o comércio sexual de sua mãe com o apontado procriador.

Assim, concedia o projeto ao filho natural a investigação da paternidade nos casos de **estupro** ou de **rapto**, praticado contra sua mãe pelo suposto pai, porque êsses fatos constituem delitos, que provocam escândalos e se tornam públicos e notórios.

Pode-se, pois, com segurança, sem dar margem a explorações e especulações ignobeis, provar a coincidência da concepção com um daquêles fatos.

Como, porém, provar o laço de causalidade entre a concepção do filho e as simples relações sexuais entre sua mãe e o apontado como pai, quando essas relações, fora dos casos de concubinato, **estupro** ou **rapto**, se realizam, normalmente, às ocultas, secreta-

mente, em datas incertas, de difícil, senão impossível fixação?

Se o fato de simples relações sexuais entre a mãe do filho ilegítimo e o indigitado pai pudesse constituir, por si só, fundamento para a investigação da paternidade, não haveria mais limites à admissibilidade desta, desaparecendo, por conseguinte, todos os outros requisitos ou pressupostos do art. 363, absorvidos por aquêle fato, de que decorre tôda a concepção.

Como diz Clóvis Bevilacqua, com tôda a razão, “vê-se bem a diferença entre as duas situações, e como a porta se abre aos abusos, com a emenda do Senado, contra a qual, aliás, foi inútil protestar (Código Civil Comentado, 5.^a ed., vol. 2.^o, pág. 338).

João Luiz Alves também observa, com justeza, que “o código mantendo a hipótese do rapto, substitue a do estupro, que tem um conceito jurídico certo, pela fórmula “relações sexuais”, vaga e permissiva de abusos na mais ampla investigação da paternidade, se a jurisprudência e a doutrina não lhe fixarem os justos limites” (Código Civil anotado, 3.^a tiragem, pág. 304).

Cabe, pois, aos juízes e tribunais, na aplicação do art. 363 do Código Civil aos casos concretos, corrigir êsse lamentável êrro, impedindo que, à sua sombra, prolifere a indústria das investigações de paternidade.

Quanto ao caso da consulta, não tendo sido **provado o alegado concubinato entre a mãe do filho ilegítimo** e o Cel. Frederico Lundgren, apontado por êste como seu pai, impunha-se à sentença apelada julgar improcedente a ação de investigação da paternidade. Com efeito, proposta esta com fundamento no art. 363, n.^o I, do Código Civil, e contestada sob o pressuposto dessa causa de pedir, não podia a sentença, qual acertadamente têm decidido os tribunais, alterar, como de fato alterou, essa causa, para estribar a procedência do pedido em outro fundamento, não

alegado nem discutido pelas partes no curso da demanda.

Respondo, portanto, negativamente o quesito.

É êste o meu parecer.

Recife, 29 de outubro de 1951.