

tos, a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 99, III). A Constituição Estadual reproduz a regra (art. 77, III).

Mas essa permissão só ocorre se houver correlação de matérias, além da compatibilidade de horários (§ 1.º dos dispositivos indicados de ambas as Constituições).

Ora, como bem pareceu à Comissão de Acumulação de Cargos, da Secretaria de Administração, e decidiu a Administração, trata-se de um cargo técnico, advogado contratado pelo Banco do Brasil S.A., que é sociedade de economia mista, e de outro cargo no magistério secundário estadual, cuja disciplina é português, entre os quais inexistente correlação de matérias: "se é certo que, na sua atividade advocatícia, o interessado não prescinde do correto manejo do vernáculo, não é menos certo que, no magistério do português, não será jamais necessário o emprêgo de conhecimentos jurídicos; na espécie, tudo o que existe é uma remota relação; jamais uma relação íntima ou a correlação de matérias".

Nos termos da exigência constitucional é certo que no ensino do português não mantém correlação com a tarefa ou atividades advocatícias; bem como é indubitável que os conhecimentos especializados do advogado não se correlacionam com o ensino do português.

A correlação de matérias, nos termos do art. 8.º, do Dec. Est. n.º 13.823 — de 4-3-1958 — pressupõe a existência de relação imediata e recíproca entre os conhecimentos específicos, cujo ensi-

no ou aplicação constitui atividade principal dos cargos acumuláveis".

Correlação de matérias entre dois cargos, portanto, é a semelhança de conhecimentos que constitui habilitação para o exercício de ambos. É o fato de ser o exercício de um a aplicação do que se investiga ou se lida no outro. É a identidade parcial ou quase total, na natureza da função de ambos. A semelhança supõe graus: a parte comum entre coisas diferentes pode ser maior ou menor. Pode ir quase à identidade. Enquanto não a atinge, é semelhança. Sem identidade parcial de duas ou mais coisas diferentes, não há, nem pode haver, semelhança entre êles.

Desprezar a identidade ou a correlação necessária entre as atividades profissionais é falsear o pressuposto constitucional permissivo da acumulação.

Salvador Pinto Filho, vencido, nos termos do voto do Des. Paulo Alonso. A regra constitucional é a de proibição de acumulações. As condições estabelecidas para as exceções não de ser consideradas restritivamente, máxime quando não se trata de dois cargos de professor, mas de um cargo técnico e outro de magistério.

Oduvaldo Abritta, vencido, nos termos do voto do ilustre Desembargador Paulo Alonso.

Basileu Ribeiro Filho, vencido, data vênua, nos termos do voto do ilustre Des. Paulo Alonso.

Moacyr Rebello Horta, vencido nos termos do voto do Des. Paulo Alonso. Ciente.

Rio, 2-8-1971. — *Clovis Paulo da Rocha*, Procurador-Geral da Justiça.

SUCCESSÃO COM CONCORRÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

Sucessão. Concorrência de filiação legítima e ilegítima. Revogação do art. 1.605, § 1.º do Código Civil, pelo art. 126 da Constituição de 1937, abrangendo

não só os filhos naturais "stricto sensu", como também os espúrios de reconhecimento permitido. Permanência desse princípio não contrariado por disposição das

Constituições posteriores e nem por legislação ripristinatória do dispositivo revogado. Esta é a norma geral vigente. A restrição trazida pela Lei 883, de 1949, pelo seu próprio caráter restritivo, só compreende o caso nela previsto, "o filho reconhecido na forma desta lei". Apelações desprovidas.

Voto vencido.

APelação CÍVEL N.º 69.259

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 69.259, em que são apelantes, 1.º Gilberto Francisco Allard Chateaubriand Bandeira de Mello, 2.º Fernando Antônio Chateaubriand Bandeira de Mello e apelados os mesmos e Thereza Acunha Bandeira de Mello Alkmim:

Acordam os juizes da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em rejeitar a prejudicial levantada pelo primeiro apelante e transferir para o mérito a preliminar de titularidade do primeiro apelante, argüida pela apelada. No mérito, negou-se provimento a ambas as apelações, sendo que a segunda por unanimidade e a primeira por maioria, vencido o relator. Designado o revisor para relatar o acórdão. Custas *ex lege*.

A questão é pertinente à vocação hereditária e a capacidade para suceder, levantada na sucessão testamentária do Embaixador Francisco de Assis Chateaubriand Bandeira de Mello.

O *de cuius*, em testamento público, depois de distribuir legados de sua metade disponível com a finalidade de assegurar a continuidade de suas empresas jornalísticas, de radiodifusão e televisão, deliberou a respeito de seus filhos, assim: "que aos seus filhos Fernando, Gilberto e Thereza, pertencerão com cláusula de incomunicabilidade, além de legítima, quaisquer outros bens e direitos remanescentes após o paga-

mento do presente legado" (Cláusula 1.ª, fls. 444v.).

Esses filhos, na ordem cronológica das idades, são: Gilberto, filho natural, nascido de pai e mãe solteiros, em 21-5-1925 e reconhecido dezesseis anos depois, em 20-8-1941, época em que o *de cuius* já era casado com outra mulher, da qual, aliás, ao tempo já estava separado de fato (fls. 270, 272 e 332).

Fernando, filho legítimo, nascido em 13 de março de 1927, na constância do casamento do *de cuius* com Maria Henriqueta de Assis Chateaubriand (fls. 82).

Thereza, filha adúlterina à *patre*, nascida de mãe solteira na constância do casamento do pai, o *de cuius*, em 11-4-1934, quando já estaria separado de fato de sua mulher legítima. (Há afirmações contraditórias a respeito da separação já nessa época, fls. 83 e 270). Depois do desquite por mútuo consentimento do casal do *de cuius*, julgado em grau de apelação, de officio, em 13-11-1942 (fls. 95-95v.), o *de cuius*, por escritura pública de 19 de novembro do mesmo ano de 1942 e na forma do permitido pelo Dec.-lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, reconheceu "a sua aludida filha Thereza", averbando esse reconhecimento no registro de nascimento (doc. de fls. 479-480).

Agora, diante do *status* originário dos filhos: natural, reconhecido na constância do casamento; legítimo; adúlterino reconhecido depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite; discute-se como fazer a divisão da herança entre eles? Em partes iguais? Metade da herança do legítimo para o natural reconhecido? Um simples "amparo social" igual à metade da herança do filho legítimo para o adúlterino reconhecido?

Argumentam-se com o art. 1.605, § 1.º do Código Civil; o art. 126 da Constituição de 1937; art. 2.º, § 3.º do Dec.-lei n.º 4.657, de 1942; o Dec.-lei n.º 4.737, de 1942; a Lei n.º 883, de 1949 e art. 1.577 do Código Civil.

O juiz do inventário decidiu pela

igualdade dos quinhões dos três filhos do inventariado (fls. 306-309). Daí as apelações do filho natural reconhecido (1.º apelante) contrária à sentença com referência à filha adúlterina; do filho legítimo (2.º apelante) contrária à sentença com referência ao filho natural. São apelados os mesmos e ainda a filha adúlterina, que não apelou da sentença.

O primeiro apelante, a título de prejudicial, argüiu "o desacerto da providência adotada pelo Dr. Juiz *a quo* quanto à formação dos autos apartados, como se fôra incidente, para tratar de assunto pertinente à vocação hereditária, que é ato, por excelência, do inventário" (fls. 311). Essa matéria, porém, *data venia*, não tem a relevância que se quis emprestar de questão prejudicial. É apenas metodológica, de ordenação quase que apenas material do processo e justificada para evitar tumulto nos autos do inventário, como, aliás, está explicitado no próprio despacho do juiz que determinou a formação dos autos apartados, para evitar-se "seja tumultuado o processo do inventário e prejudicado o seu andamento, na hipótese de recurso, com a subida dos autos à superior Instância" (fls. 2). Disso nada decorreu de prejuízo às partes, como bem ressaltou em seu parecer a Procuradoria Geral da Justiça e antes pôs ordem evitando-se "tumultuar o inventário já bastante tumultuado". Tal cabe dentro dos poderes do Juiz, de dirigir "o processo de forma que assegure à causa um andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados" (art. 112, do Código de Proc. Civil). Daí se rejeitar, por unanimidade, a prejudicial argüida.

Quanto à preliminar levantada pela senhora Thereza Acunha Bandeira de Mello Alkmim, da falta de legitimidade da autoridade do primeiro apelante, filho natural, para impugnar a sentença favorável à filha adúlterina (fls. 361), por se confundir essa argüição com a matéria da 2.ª apelação, transfere-se

para decisão de mérito a sua apreciação. Votação unânime.

No mérito, o voto do eminente relator, vencido na sua conclusão no tocante à primeira apelação, destacou com brilho e erudição a fundamentação histórica e sociológica da proteção à família legítima que explica e justifica a desigualdade legal entre os filhos legítimos e naturais e especialmente da categoria dos adúlterinos e incestuosos. Numa visão sociológica, a realidade cultural que condicionou e justificou essas construções jurídicas já se apresenta modificada e profundamente transformada. Hoje sobreleva a afirmação da dignidade da pessoa humana e essa afirmação cada vez maior, vai produzindo o que no começo do século já pareceu a PEREAU como "l'adoucissement du droit" ("*Technique de la Jurisprudence*", tomo 2.º, título III, Paris, 1923). A matéria é sedutora para dissertações jurídicas e sociológicas. Mas, na prática judicial basta apenas considerarmos as transformações legislativas já produzidas.

Em trabalho de outra índole, não uma decisão de Poder, como é uma sentença judicial, seria interessante recordar as etapas desse abrandamento em nosso direito, através das distinções que foram sendo introduzidas, adúlterino *a patre*, adúlterino *a matre*, as disposições da legislação social, a igualdade constitucional dos filhos pela Carta de 1937, a possibilidade do reconhecimento dos filhos adúlterinos, depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, a extensão posterior que se deu, primeiro através de construção jurisprudencial, depois consagrada em texto legislativo, da possibilidade desse reconhecimento com a extinção do vínculo, pela morte de um dos cônjuges.

Na França, RIPERT traçando o quadro dessa transformação em "*Le Régime Démocratique et Le Droit Civil Moderne*", no começo deste século, refere-se que "há quarenta anos a democracia empenha-se em elevar a condição

do filho natural, tanto para que a sua inferioridade não pareça inspirada por uma idéia religiosa como por ser contrária ao ideal de igualdade. A tradição da revolução (referia-se à Lei de 12 Brumário, ano II, que estabeleceu a igualdade de sucessão entre os filhos simplesmente naturais e legítimos. O parêntese é nosso), a tradição da Revolução retomou o seu império. Um sentimento de prudência burguesa leva o legislador a proceder apenas por etapas, sem nunca, porém, perder de vista o fim a atingir" (op. cit., n.º 55). Esse é o panorama geral do direito contemporâneo.

Entre nós, o Código Civil, cujo projeto que se converteu em lei depois de longa discussão, data do fim do século passado, vindo a entrar em vigor em janeiro de 1917, depois de proibir o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos (art. 358), dispunha a respeito dos naturais simples (*ex soluto, ex soluta*) que "havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a esse couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento" (§ 1.º do art. 1.605). Com isso, se pretendia, como observa CARLOS MAXIMILIANO, "pôr em situação melhor a família legítima, render homenagem e culto à fé e lealdade que deve existir entre os esposos". Mas, esse dispositivo, que foi introduzido pela Comissão da Câmara (*Trabalhos da Câmara VI*, pág. 488, vol. VIII, pág. 237, art. 1.617), contrariava a orientação do projeto CLÓVIS BEVILÁQUA, que permitia o reconhecimento dos espúrios e estabelecia a igualdade de direito entre os filhos. Clóvis assim justificava:

"No Brasil, a consciência média não reconhece distinção entre os deveres do pai natural e os do pai legítimo. Todos os litígios travados nesta arena devemo-las à Lei de 2 de setembro de 1847, cujos rigores a jurisprudência tem procurado atenuar, embora sufragando uma doutrina que claramente contrasta

com a letra expressa da lei. Desaparecendo essa fonte de dissídios ficam os filhos naturais reconhecidos, equiparados aos legítimos. O disposto no projeto, não é, portanto, mais do que o resultado da revogação da citada lei nestes últimos tempos tão golpeada pela crítica.

"As legislações modernas têm-se esforçado, por processos diversos, para dar aos filhos ilegítimos um tratamento melhor do que o injusto repúdio com que, em certo tempo, se tentou impedir o desregramento dos pais. Através da variedade desse processo, o espírito dos que refletem sobre as formas vivas do direito, procurando extrair delas a lição da experiência, sente-se perturbado e perplexo, já o declarei em outra parte; mas, se conseguir afastar de si as solicitações inoportunas dos preconceitos, saberá encontrar o caminho do matagal das opiniões colidentes, reconhecendo que a justiça está com aqueles que equiparam a prole natural reconhecida, a prole que provém de um matrimônio válido, e que não distinguem, perante a sucessão materna, àqueles que nascendo das mesmas entranhas, não podem ser diferenciados perante os deveres e perante o amor das mães". (*Apud JOÃO LUIS ALVES, Código Civil Anotado*, 1.ª ed., págs. 1130-1131).

Essa idéia liberal veio a triunfar numa Constituição autoritária, a Carta de 1937, cujo art. 126 dispõe: "Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a Lei assegurará igualdades com os legítimos e extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem os pais". Esse dispositivo estabeleceu um princípio, de ordem constitucional, a que nenhuma lei poderia se opor, ficando sem valor as disposições que contrariassem o seu comando, "a lei assegurará igualdade com os legítimos". Tal importou em revogar as discriminações e restrições de direito do § 1.º do art. 1.605, do Cód. Civil, incompatíveis com essa igualdade de ordem constitucional. Depois de certa

hesitação os juristas e tribunais reconheceram a modificação como matéria pacífica. (CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das Sucessões*, ed. 1945, pág. 128; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 9, § 972; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Efeitos do Reconhecimento da Paternidade Ilegítima*, 1947, págs. 172-173; Recurso Extraordinário n.º 7.672, unânime, 2.ª Turma, Relator Min. HAHNEMAN GUIMARÃES, em 5 de julho de 1949, in *Arg. Jud.*, vol. 94, pág. 384. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Guanabara, Agravo de Instrumento 6.674, relatado pelo então Desembargador e depois Ministro do Supremo, ROCHA LAGÔA, in *Arquivo Judiciário*, vol. 68, pág. 135; Tribunal de São Paulo, Embs. de Decl. na Apelação 53.074, unânime, 1.ª Câmara, Rel. Des. PAULO COLOMBO, em 29-1-52, in *Rev. dos Tribs.*, vol. 199, pág. 201).

Foi dentro desse espírito da Carta de 1937, em vigor na época e ao que se diz por influência do *de cuius*, que surgiu o Dec.-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, permitindo, depois do desquite, o reconhecimento do filho adulterino. "O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação" (art. 1.º do cit. Dec.-lei n.º 4.737).

Logo após esta lei, que lhe seria, preferentemente endereçada, foi a apelada Thereza, por escritura pública de 19 de novembro de 1942, em seguida ao desquite paterno julgado em segunda instância em 13-11-1942, reconhecida como sua filha pelo *de cuius*. Revogada que fôra pela Carta de 1937 o disposto no § 1.º do art. 1.605 do Cód. Civil, se a abertura da sucessão não tivesse ocorrido a esse tempo, não haveria a menor dúvida, pela aplicação da lei ao tempo (art. 1.577 do Cód. Civil), quanto ao direito de Thereza à igualdade dos filhos. Mas, posteriormente, e antes da abertura da sucessão (1968), houve modificação legislativa (1949). A Lei 883, de 21 de outubro de 1949, restaurou, no

tocante aos adulterinos reconhecidos as restrições do § 1.º do art. 1.605 do Cód. Civil e até de maneira mais anti-pática, referindo-se a "amparo social" e não herança, amparo que seria igual à metade da herança do filho legítimo ou legitimado (art. 2.º).

Discute-se, no caso a aplicação desta lei aos reconhecidos no regime da lei anterior, Dec.-lei n.º 4.737, de 1942. Não há dúvida que em se tratando de sucessão, a lei aplicável é a da abertura da sucessão (art. 1.577 do Código Civil). A lei nova poderia alterar inteiramente a ordem da vocação hereditária, estabelecer restrições, instituir absoluta liberdade de testar, e não haveria porque se reclamar pelo fato de haver nascido, sido registrado ou reconhecido sob o regime de lei diversa. Não há que se confundir o *status* de filho, que é da época do nascimento ou do reconhecimento, com o direito a sucessão, que só nasce quando a sucessão é aberta. Mas, o que ocorre, frente ao regime legal da época da abertura da sucessão e ainda vigente, é que essa Lei 883, de 1949, não dispôs sobre os efeitos dos reconhecimentos havidos de acôrdo com a lei anterior. O legislador foi cuidadoso. Limitando direitos, empregou uma redação restrita, tendo a preocupação de dizer que o "amparo social", igual à metade da herança do filho legítimo, era concedido ao "filho reconhecido na forma desta lei". Isto é o que exprime o texto legal. "Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade expresso em forma constitucional, e não as volições algures manifestadas, ou deixadas no campo intencional; pois que a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e sim, o que *exprimiui de fato*". (FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, pág. 210, apud CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, n.º 35, pág. 43, 2.ª ed.). A respeito das conseqüências hereditárias em relação aos filhos já reconhecidos na forma de outra lei nada

dispôs. Esses outros terão os direitos ou não terão direitos, de acordo com as normas legais do direito das sucessões sem as alterações "desta lei" que não os alcança. E que normas são essas? "Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos" (art. 1.605 do Cód. Civil). Quebrado o absolutismo da proibição do reconhecimento dos filhos adulterinos do art. 358 do Código Civil, referido no § 1.º do art. 1.605 citado e revogada a sua restrição à metade da herança, por força do art. 126 da Carta de 1937, fica de pé a regra geral da equiparação do *caput* do art. 1.605 do Cód. Civil. É certo que a equiparação do art. 126 da Constituição de 1937, como reconheceu PHILADELPHO AZEVEDO, "não podia ser limitada a proteção de "filhos naturais" *stricto sensu*, abrangendo, antes, todos os filhos legítimos, quer os simplesmente naturais, quer os espúrios. Tratava-se ademais, de um dispositivo auto-executável" (*Um Triênio de Jurisprudência*, vol. I, n.º 162, pág. 388). Essas considerações resolvem, *data venia*, ambas as apelações e pelo desprovemento.

Rio de Janeiro 11 de novembro de 1970. — Des. João Frederico Russell, Presidente. Mauro Gouvêa Coelho, Relator do acórdão. Laurindo Amílcar Ribas, vencido, pelo fundamento do voto em separado.

VOTO VENCIDO

Concorrendo três filhos à sucessão paterna, um legítimo e dois ilegítimos, ambos reconhecidos mas o último só através a permissibilidade concedida pelo Dec.-lei 4.737-42, deu-lhes a sentença iguais direitos à herança.

Para desigualá-los, um destes invoca a adulterinidade do outro e o legítimo, de sua vez, a duplicidade do seu direito sobre o daquele, que, embora na qualidade de sucessor abrangido pela restrição do art. 1.605, § 1.º, do Cód. Civil, ficaria com quinhão igual ao amparo

social dispensado ao adulterino pelo art. 2.º da Lei n.º 883-49.

Essas, pois, com as subjacentes, as questões a resolver.

O parentesco bilateral só acedeu ao unilateral uterino quando os grupos tribais ou comunitários, evoluindo para a exclusividade da posse da mulher, asentaram o alicerce da família.

Sua estruturação foi lenta e diversificada.

Mas na proporção em que as necessidades e os direitos cresciam, o homem também aumentava seus cuidados com a posteridade, tirando da hereditariedade a provisão para projetar-se no infinito.

Não se podendo, porém, projetar em direções diferentes sem prejuízo da unidade de fim, a sucessividade logo se estabeleceu segundo uma linha de prioridade, em que a prevalência de uns filhos sobre outros obedecia ao princípio grupal, de idade, de capacidade de liderança ou até mesmo de sexo.

Onde quer se considerasse a mulher única, principal ou concorrente, aí também variava a escala de prioridade, portanto os direitos dos filhos, contidos, afinal, num sistema ideal de regularidade da filiação, que tornou clássica a sua divisão em legítima e ilegítima, subdividida esta em natural e espúria, que, de sua vez, se compõe pela adulterina, a incestuosa e a sacrílega.

A ilegítima é uma contingência, que os povos aceitam e resguardam, sem encorajá-la.

Só se conhece, em contrário, o estímulo da *Lex Julia et Papia*, tornando legal, embora secundário, o concubinato entre os romanos, para melhorar a procriação que a licenciosidade de costumes diminuía.

A reação de Constantino logo restaurou o primado da filiação legítima, como já o fazia a Lei Manú, só admitindo a poligamia, consoante a referência de BAPTISTA DE MELLO, quando estéril o primeiro matrimônio (*Direitos de Bastardia*, pág. 23).

Eis aí a longínqua e persistente afirmação de ser o filho a continuidade do pai e o repositório dos seus direitos.

E, como fonte desses direitos, a evidência de que a filiação legítima sobreleva à natural e, esta, às demais.

Assim se constituiu o nosso direito positivo, através das Ordenações, permitindo o reconhecimento dos filhos espúrios sem lhes conceder direitos sucessórios.

A permissibilidade do reconhecimento, já banida no regime consolidado, embora permanecendo o resíduo canônico dos alimentos, ressurgiu no projeto BEVILAQUA, que assinalou a sua derrota com o amargo comentário de dever-se “êsse regresso da lei civil à influência reacionária de ANDRADE FIGUEIRA e outros” (Cód. Civil, art. 358).

Ser ou não ser um regresso, antes que pela legislação comparada ou pelo sentido das conseqüências singulares, apura-se pela compatibilidade do preceito com a formação do povo, emergido do período escravagista e a quem, talvez, melhor conviesse o resguardo e o aprimoramento dos costumes, solapados na vida de senzala e na sua relação com a casa-grande.

A conquista dos espaços vazios levou-o, depois, a estimular as proles numerosas já, agora, desestimuladas pelo conceito sócio-econômico do bem-estar, ligado à idéia da produtividade.

Subsistiu, porém, um primeiro avanço na direção igualitária, que foi o da equiparação feita pelo artigo 126 da Constituição de 1937 entre legítimos e naturais reconhecidos:

“Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a êstes incumbem aos pais”.

Sua desigualação, em tema de direitos sucessórios, vinha feita pelo artigo 1.605, § 1.º, do Cód. Civil, que a êstes

só conferia a metade da herança atribuída aos legítimos quando o seu reconhecimento, qual o do impugnante, ocorresse na constância do casamento.

Se ocorrido antes do casamento ou depois da sua extinção não vigia a restrição, o que não parece louvável, nem mesmo no confronto com seu fim, por diferenciar, pelo momento da sua criação, os efeitos de um mesmo ato constitutivo de direito.

Cessou, porém, tôda a restrição pelo preceito constitucional revogatório.

Por êle, com efeito, se dispôs em contrário, dando como plena uma equiparação restrita.

“Se a lei nova cria — ensina MAXIMILIANO — sôbre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 443, I).

Isso, precisamente, o que ocorreu.

Entende-se, contudo, e nada obstante a admissibilidade do sentido revogatório da norma, que ela não atuou por faltar-lhe a necessária lei reguladora e assim feneceu pelo império de outras Constituições, que não a reproduziram e nem impediram a sobrevivência da restrição.

O direito, em si mesmo, não se confunde com o modo de exercê-lo ou de preservá-lo.

Estabelecida a igualação de um filho a outro de espécie diversa, o direito se cria e determina por emanção da própria norma, pela qual se rege do momento da sua vigência; e a chamada *reserva da lei*, que na conceituação de XIFRA HERAS é a matéria que deve, forçosamente, ser regulada por leis formais (*Curso de Derecho Constitucional*, II, 234), absorve e disciplina a parte de execução.

O direito de ser igual, assim que imperativamente instituído, fica adquirido em definitivo porque se incorpora ao patrimônio do igualado.

Só o que diz com o modo de nêlo investir-se, de exercê-lo ou de conservá-lo, qual o do facilitado reconhecimento, pode ser remetido à lei ordinária, como o foi, pôsto sempre regido pela lei atual.

Daí, pois, o pacífico entendimento da desnecessidade do reforço da lei ordinária para tornar vigorante a igualação constitucional e revogar a restrição do art. 1.605, § 1.º, do Cód. Civil, que nela vem implícito.

Pela extinção do preceito revogatório não se restaurou a norma restritiva, que deu lugar àquele e por êle se substituiu, ficando definitivamente eliminada.

Constituindo-se em exceção à regra de que os reconhecidos se igualam aos legítimos na sucessão, nem mesmo se pode invocar o vácuo legislativo que levou GIANTURCO a defender o restabelecimento de leis ainda insufladas de razões políticas e históricas, porque inexistente esse vácuo onde continue atuante e com tôda sua plenitude, como no caso, a mesma regra positiva.

A exceção, que é a da desigualação, só por nova lei, a *legge ripristinatoria*, pode ser restabelecida.

E essa não veio.

Por aí, exatamente, se firma a assimetria inicial entre naturais e adúlteros reconhecidos, pois apenas aquêles, e não também êstes, foram os beneficiários da igualdade com os legítimos.

Dos três filhos, um — Gilberto — é natural, e como tal reconhecido em 1941, porque de pai e mãe desimpedidos outro — Fernando —, o segundo pela ordem, é legítimo, porque nascido do casal e na constância do casamento; e a última — Thereza —, nascida de mãe solteira e na vigência do casamento do pai, foi reconhecida segundo a permissibilidade do Dec.-lei 4.737-42 e nega a atribuída adúlterinidade por ter sido concebida quando o casal, já separado de fato, estava desobrigado do dever de fidelidade.

Ou se nasce legítimo, ou natural, ou espúrio, porque a filiação é imutável e se define no momento da concepção.

Naturais, de regra, são os legítimos; espúrios, os não reconhecíveis; adúlteros, os só reconhecíveis após a dissolução da sociedade conjugal.

Excluída a classe dos sacrílegos pela formação laical do Estado, a espuridade obteve a sua primeira conquista com o Decreto-lei 4.737-42, que tornou reconhecíveis, *depois do desquite*, os filhos havidos pelo cônjuge fora do casamento, pondo-os na mesma posição dos naturais, que, de sua vez, já eram sucessíveis em igualdade com os legítimos.

Disso lhes veio o *status* perene e irreversível da filiação, mas não, também, o próprio *status* da lei para dominar os efeitos patrimoniais futuros, que dela emanam, como os da sucessão.

ROUBIER, na sua clássica obra *Le Droit Transitoire*, mostra até onde é intocável o reconhecimento, esclarecendo que, uma vez admitido por uma lei, nunca pode ser infirmado por outra posterior mercê da imediatidade do seu efeito, embora por esta modificável aquilo que não diga com o *status* da filiação (pág. 241).

Distinguindo, na situação jurídica, a sua imediatidade do seu efeito para diferenciar o *status*, complementa com esta nota o julgado da Côte de Tacna, por êle invocado:

“Sans doute, une loi nouvelle pourra diminuer les effets de la filiation adúlterine, mais c'est une autre question, car il s'agit d'une loi relative aux effets de la situation juridique. Mais la loi qui interdit la reconnaissance d'un enfant adúlterin est une loi relative à la création de la situation juridique, et n'atteint pas les situations déjà créés” (pág. 241).

Nem se compreenderia que o reconhecimento se tornasse impeditivo de uma nova ordem de sucessão ou de um disciplinamento diverso da prestação alimentícia, até mesmo pela inviabilidade do direito adquirido contra o poder so-

berano da estruturação jurídica do Estado.

As leis de favor, como essa, sabidamente baixada para atender determinada situação já indicada no corpo do acórdão, de regra são imperfeitas e destinadas a vida efêmera.

Foi o que se viu.

Sete anos depois ela foi expressamente revogada pela Lei 883-49, que estendeu a permissibilidade do reconhecimento, antes só dos desquitados, aos que tivessem dissolvido a sociedade conjugal por qualquer modo e estabeleceu que

“o filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legítimo” (art. 2.º).

Sustenta-se, e a douta maioria o admitiu, que a perfilhação verificada segundo a Lei 883, ou seja “na forma desta Lei”, só dela, mas não de outra, é alcançada pela restrição aos efeitos econômicos, sendo plena, de consequente, a participação sucessória do adúltero reconhecido na vigência do Decreto-lei n.º 4.737.

CAIO MÁRIO e PONTES DE MIRANDA alentam e lapidam a tese em substanciais pareceres, a que se arrima a apelada e o acórdão dá maior fulgor.

Abstraída tôda essa emanção que ofusca e perturba, porém, sua síntese é a interpretação gramatical pura da expressão “na forma desta Lei”, que, na verdade, não escapa a um sentido confinitivo.

Mas a confinação não é à lei em si mesma, mas ao seu fim em relação ao de outra.

O reconhecimento dos filhos ilegítimos tinha a regulação unitária do Código Civil, que se partiu para que outra lei permitisse o dos adúlterinos, que elle proibia.

Mantida e estendida a permissibili-

dade por outra, que a substituiu e proveu sobre efeitos econômicos, entende-se que a todos os adúlterinos igualou para diferenciá-los, dentro da sua confinação, de outros ilegítimos, como os incestuosos, que permaneciam regidos pelo Código Civil.

A interpretação filológica conduz, *data venia* e necessariamente, a essa conclusão.

Também, e sobretudo, a lógica.

Revogada a primeira lei da perfilhação dos adúlterinos, já se viu que o *status* se mantém ainda que restaurada sua proibição, passando a ser regidos os efeitos econômicos por qualquer outra.

A sucessividade não lhes adveio do Dec.-lei 4.737, que sobre ela não provia, mas do Código Civil, que a negando ao espúrio, todavia a concedia ao reconhecido.

Derrogada a proibição por uma lei, outra poderia derogar a concessão e isso o fêz, precisamente, ao estabelecer que o adúlterino não mais tinha um quinhão na herança, senão um amparo social.

Daí, pois, a minha dissensão, negando adesão à tese que, em última análise, e a pretexto de um tratamento de igualação, começa por desigualar os adúlterinos entre si, que são os iguais e devem, por isso, ter igual tratamento.

Pouco confiante no seu êxito, aliás, a apelada procurou desbordá-la pela própria negação da adúlterinidade e pela inconstitucionalidade da desigualação, que a vontade paterna, a qualquer modo, já havia mandado igualar em adiantamento da legítima.

Sua posição, afirma, não é a de filha adúlterina, mas natural, porque concebida e nascida quando a sociedade conjugal de seu pai não mais existia, cessado que se encontrava, desde há muito, pela separação de fato, o dever de fidelidade entre os cônjuges.

O nascimento ocorreu a 11-4-1934 e se deixou esclarecido no desquite de seu pai, acordado com a ressalva de não

ficar prejudicada a ação de nulidade de casamento então em curso (fis. 87, let. c), que a separação de fato do casal remontava a 1932.

Como que a confirmá-la, faz-se remissão ao alvará de separação de corpos, expedido em 15-1-1942, como preparatório, não do desquite, mas da anulação, e fundado na afirmação testemunhal de

"que há mais ou menos dois meses o casal está separado de fato" (fls. 274v.).

O fato judicialmente positivado, pois, e que sobreleva ao enunciado pelas partes, é de uma separação iniciada cerca de dois meses antes, ou seja em fins de 1941.

Superveniente ao nascimento, portanto.

Mas se lhe fôsse antecedente, nem por isso haveria como equiparar, nas suas conseqüências jurídicas, a separação de fato da separação *de jure*.

Uma a lei desconhece; a outra reconhece e toma como epicentro da criação e extinção de direitos, que repoussam, necessariamente, na *certeza jurídica* que ela pressupõe.

A separação é o próprio desquite, ou a êle tende, como elemento de preparação.

Não havendo, não podendo haver um casamento de fato, tampouco pode haver o desquite, porque ambos, pela sua importância e suas implicações, reclamam forma indubitosa e solene de realização.

É o próprio estado da pessoa que assim também se define, sempre determinado pela certeza jurídica que o informa e o estabelece.

Até que decorram 300 dias da dissolução da sociedade conjugal, presume-se legítimos os filhos que vierem à luz (Cód. Civil, art. 332) e essa presunção só cede à prova inequívoca da impossibilidade de terem sido gerados pelo marido.

A presunção atua no sentido inverso

da ilegitimidade *a patre* do filho tido com outra mulher antes da dissolução da sociedade conjugal, que foi, por isso mesmo, o elemento causal tomado pelo Dec.-lei 4.737, bem como pela Lei 883, para o ato do reconhecimento.

Sem que se dissolva a sociedade, o reconhecimento está interdito.

E o está, precisamente, pela adultérinidade da filiação, só reconhecível por efeito dessa legislação.

Dela se teria prescindido se diversa a natureza da filiação e nem haveria como invocar-se, para reconhecê-la, uma separação de fato, que, só por si, induz um casamento indissolvido e a ninguém serve para o reconhecimento eficaz.

Compreende-se que assim seja, porque a separação de fato, além de juridicamente incerta, pode fundar-se num adultério ou numa continuidade de adultério.

Abstrair-se sua causação ou abstrair-la num determinado caso para pô-la, por si mesma, em equivalência com a dissolução da sociedade conjugal, implicaria em premiar o delito, erigindo-o em substitutivo do desquite, de que, contudo, apenas é uma das causas.

Donde se conclui, que o dever de fidelidade entre os cônjuges só se extingue pela cessação da co-habitação.

E esta, legalmente, só cessa pela dissolução.

São adulterinos, pois, e não simplesmente naturais, os filhos havidos fora do leito conjugal antes da dissolução da sociedade.

Sua desigualação com os naturais e legítimos, em tema de sucessão, escapa à censura de ofensiva ao princípio isonômico, que consiste em tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as desiguais.

Os direitos resultam da estruturação política e social dos povos e, onde quer que se estabeleçam desigualações de sexo, de castas, de raças, de religião, de trabalho ou de convicções políticas, aí serão desiguais os direitos entre os diferenciados.

Entre nós, de regra, impera o regime da igualdade entre todos, portanto o de direitos.

Mas ao estruturar-se com base na família constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, que pôs sob a sua proteção, o Estado firmou o primado da família monogâmica e legítima, desigualando-a da ilegítima.

Desigualou, por igual, a filiação, que a nossa tradição, como a da maioria dos povos, tornava insuscetível de reconhecimento, quando espúria.

Ou, ao menos, insuscetível de sucessão.

Eis a desigualdade absoluta e suprema, com raízes aprofundadas na história da humanidade e que se manteve sobranceira à evolução social, processada em ritmo cada vez mais veloz e desconcertante.

Pela factibilidade do reconhecimento não desapareceu, nem se modificou a desigualdade da filiação, que continuou a ser a mesma adúlterina de antes.

Os efeitos dessa desigualação, ao revés, é que ficaram abrandados dentro dessa relação histórica de que fala RADERUCH, segundo a qual os convencionalismos, em que o direito e a moral encontram um estado embrionário, acabam sendo por eles simultaneamente absorvidos (*Filosofia do Direito*, § 6.º — *Direito e convenções sociais*).

O repúdio às uniões livres vai esmaecendo na proporção ambiental da sua própria multiplicação, tirando-lhe o primitivo sentido de amoralidade.

Alguns direitos, como os de ordem previdenciária, lhes foram assegurados.

Outros beneficiaram a prole, poupando-lhe a mácula da bastardia no respectivo registro e estabelecendo nova gradação, em que o filho natural se assemelhava ao legítimo e o adúlterino ascendia à posição daquele, nominadamente sendo mantido fora da sucessão, mas recebendo, a título de amparo social, uma participação na herança a que concorresse com o filho legítimo ou legítimado.

A redução dos efeitos, como em toda

dessemelhação, só seria discriminatória, por isso constitucionalmente vedada, se não endereçada a todos, mas apenas a alguns da mesma classe ou posição, qual a pretendidamente feita, e afinal obtida, em favor dos adúlterinos do Decreto-lei 4.737 e não, também, dos da Lei 883.

Em nada importa o direito que tenha o filho natural.

O que importa ao princípio da igualdade, é que os adúlterinos reconhecidos — só êstes entre si assemelhados — tenham *todos* o mesmo direito.

E isso a lei lhes deu.

Regendo-se a sucessão pela lei do tempo da sua abertura (Cód. Civil, artigo 1.557), conforme ela dispusesse assim se regulava a capacidade dos adúlterinos para suceder.

Se a tinham plena na vigência do Dec.-lei 4.737, deixaram de tê-la ou passaram a tê-la restrita pela Lei 883.

Outro direito se lhes atribuiu, como substitutivo daquele potencial ou em expectativa de uma sucessão não ocorrida, sendo êsse, afinal, o que se tornou passível de exercício pelo seu agente porque constituído, em definitivo, pela morte do *de cuius*.

Nenhum outro lhe é lícito invocar ou disputar.

Nem mesmo o que flui da vontade paterna em igualar todos os filhos, porque dimensionada essa vontade pela liberdade de testar.

Até onde se estenda essa liberdade, a vontade do testador é soberana em definir os direitos.

Fora dela, é desvaliosa e inatendível.

Sobretudo quando afronte preceitos de ordem pública, fazendo herdeiros necessários quem a lei não determina ou excluindo, sem ser por indignidade, os que ela determina.

Necessários, segundo sua ordenação, são só os filhos legítimos, legitimados, adotivos ou naturais reconhecidos (Código Civil, arts. 1.603 e 1.605).

Dêsses, os adotivos contemplados em desigualdade com os demais.

Os adúlteros, pois, como estes colhendo a metade da herança dos legítimos, a eles ficaram equiparados no quantitativo, como assente na jurisprudência e na doutrina, sem a discrepância, sequer, de NELSON CARNEIRO, paladino da sua causa, que assim se manifesta em côro com ORLANDO GOMES:

“Concorrem à herança um filho legítimo e um filho adúlterino: terá este direito à metade do que aquêle vier a receber. Assim determina claramente a lei” (*Do reconhecimento dos filhos adúlteros* (Interpretação da Lei 883), vol. II, n.º 213, pág. 493).

No *substratum* dessa participação é que lavra o dissídio no próprio Supremo Tribunal Federal, que se mantém indefinido sobre se resultante, ou não, da vocação hereditária.

Pela sua 1.ª Turma, no Rec. Extraordinário n.º 60.449 (MG), depois de enunciar na ementa de acórdão unânime

“ser reconhecido ao investigante o direito de “auxílio” da Lei 883, e não à herança. Ao filho adúlterino a lei não concede herança, mas “auxílio”,

deixou firmado no voto do Ministro VICTOR NUNES LEAL, seu relator, que o julgado recorrido ficava reformado

“na parte em que se reconhece ao autor o direito de participar da herança na qualidade de herdeiro. Pela nossa jurisprudência, e em face da Lei 883, o filho adúlterino,

reconhecido judicialmente, tem direito a um auxílio, que equivale à metade do quinhão que teria, se fôsse herdeiro” (*Rev. Trim. de Jur.*, vol. 48, pág. 489).

Mas a 3.ª Turma proclamou, em contrário, no Rec. Extr. n.º 53.714 (SP), pelo voto do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, igualmente aceito por seus pares, que

“a jurisprudência, face aos artigos 2.º e 3.º, que integram a Lei 883, não pode placitar a pretensão dos recorrentes de que a lei citada teria criado a condição de filhos que não herdam” (*Rev. cit.*, vol. 42, página 534).

E, ainda mais incisivo, assim o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA arremata seu voto na Ação Rescisória n.º 877:

“A lei assegura, portanto, a esse filho um direito sucessório” (*Rev. cit.*, vol. 49, pág. 680).

Colhendo o seu quinhão como herança ou como auxílio, o que dá no mesmo efeito, o certo e indubitado é que o adúlterino só tem metade do que couber ao legítimo.

É, pois, o que lhe dou, com vênias da douda maioria, atribuindo-lhe 1/5 da herança e aos outros filhos, iguallados entre si, 2/5 a cada um.

Des. Laurindo Amilcar Ribas.

Ciente. Rio de Janeiro, 7-7-1971.
Joel Ferreira Dias, Procurador da Justiça, em exercício.

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 23-592

O reconhecimento da paternidade é irretroatável, mas pode ser anulado com a prova de haver sido feito contra a verdade.

A anulação deve ser pleiteada pelas vias ordinárias, com a citação de todos os interessados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Petição n.º 23.592, em que é agravante — Osmar Luiz do Rosário, sendo agravada — Eurídice de Oliveira: