

**DIVÓRCIO — A LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977,  
EM SEUS ASPECTOS NÃO RELACIONADOS COM O INSTITUTO**

*CARLOS DAYRELL*

Catedrático de Direito Civil da Faculdade  
de Direito da U.F.Go.

Conselheiro do Tribunal de Contas do Esta-  
do de Goiás.

**SUMÁRIO**

1. A implantação do divórcio no Brasil.
2. A indissolubilidade do vínculo matrimonial nas Constituições Brasileiras, a partir da de 1934.
3. As Emendas Constitucionais de nº 8, de 14 de abril de 1977, e 9, de 28 de junho do mesmo ano.
4. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disposições nela inseridas que não se relacionam com o divórcio.
5. Razão de ser das inovações acolhidas pela Lei 6.515 referentes ao instituto da filiação.
6. A legitimidade dos filhos advindos de casamentos nulos, ainda que não putativos.
7. A atribuição de direito à herança aos filhos, em igualdade de condições, qualquer que seja a natureza da filiação.
8. A possibilidade do reconhecimento voluntário, por testamento cerrado, do filho havido fora do matrimônio, ainda na vigência do casamento do cônjuge adúltero.
9. O reconhecimento do filho adulterino, independentemente de ação investigatória, após a dissolução da sociedade conjugal de seu genitor, como consequência de anterior condenação deste a prestar-lhe alimentos.
10. A eleição do regime da comunhão parcial de bens como regime supletivo.
11. A possibilidade da livre escolha do regime de bens a vigorar no casamento do homem maior de sessenta e da mulher maior de cinquenta anos.
12. A faculdade conferida à mulher de acrescentar aos seus os apelidos do marido.

**1.**

Deve-se à Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a introdução do divórcio em nosso país. Inspirando-se na Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho do mesmo ano, veio o mencionado estatuto legal tornar possível a dissolução do casamento validamente celebrado, por iniciativa de um ou de ambos os cônjuges, desde que comprovada a ocorrência de uma das duas hipóteses seguintes: a) separação judicial por mais de três anos; b) separação de fato por cinco anos, iniciada antes de 28 de junho de 1977.

O divórcio, na acepção ampla do termo, ocasionando o rompimento do vínculo matrimonial, jamais havia sido antes admitido em nosso país, o que colocava o Brasil, nesse particular, na companhia da Argentina, Paraguai, Colômbia, Espanha, Irlanda, Andorra e San Marinho, únicos países que ainda não o inscreveram em seus sistemas legislativos.<sup>1</sup>

É certo que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, baixado pelo Governo Provisório da República, responsável pela instituição do casamento civil como o único válido em nosso país, referia-se ao divórcio em algumas de suas disposições. Eram, no entanto, essas mesmas prescrições que esclareciam que sua concessão, em qualquer de suas modalidades — consensual e litigioso —, não ocasionava a ruptura do vínculo matrimonial. Tratava-se, pois, do divórcio no sentido do Direito Canônico, do qual decorria apenas a separação de corpos e de bens “subsistindo o vínculo matrimonial apesar de desfeita a convivência dos cônjuges”,<sup>2</sup> que seria mantido pelo Código Civil, já então com nova designação: *desquite*.

Não foi diverso o que ocorreu anteriormente, no Brasil Colônia e no Brasil Império, até o advento da Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, quando os matrimônios católicos e mistos, os únicos então admitidos eram inteiramente regulados pelo Direito Canônico, limitando-se a lei temporal a marcar-lhes efeitos civis,<sup>3</sup> e mesmo depois, com o chamado casamento acatólico, instituído pela lei de 1861, que permitiu, pela primeira vez no Brasil, a ingerência do poder temporal, se bem que tênue, em matéria de matrimônio. O divórcio, então admitido, em tudo obediente às normas daquele direito, não acarretava, pois, a ruptura do vínculo matrimonial, somente autorizando a separação de corpos e de bens.

Com o advento da Lei nº 6.515, terminou, assim, com êxito, uma campanha quase secular, pois a luta pela introdução do divórcio em nosso país “começou com a Constituinte de 1891, quando LOPES TROVÃO, GUIMARÃES NATAL, LEOPOLDO BULHÕES e CASEMIRO JÚNIOR, pela primeira vez, o defenderam”, registrando-se a seguir, “mesmo antes de ser o casamento de vínculo indissolúvel por ordenamento constitucional, a partir de 1934”, diversas tentativas para incluí-lo na legislação pátria, representadas pelos projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional em 1893, 1900 e 1909, por ÉRICO RODRIGUES, MARTINHO GARCEZ e ALCINDO GUANABARA, respectivamente.<sup>4</sup>

## 2.

A Constituição de 1967, a princípio no § 1º de seu art. 167, e, depois, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no § 1º do art. 175, reproduzindo disposição acolhida pelas Cartas Políticas anteriores, de 1934, 1937 e 1946, proclamava ser o casamento de vínculo indissolúvel, o que constituía obstáculo quase que intransponível à implantação do divórcio no Brasil. É que, para tanto, necessário seria que se reformasse, nessa parte, a Lei Maior, o que exigiria o voto favorável de dois terços dos membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados,<sup>5</sup> em duas sessões conjuntas (art. 48 da Constituição de 1967, em sua redação decorrente da Emenda citada).

Embora a maioria de nossos parlamentares já se tivesse manifestado pela adoção do divórcio, tanto que contou com a aprovação de mais da metade dos integrantes das duas Casas do Congresso Nacional um projeto de emenda à Constituição, com esse objetivo apresentado pouco antes daquele que se transformou na Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, o certo é que não havia, àquela época, e muito menos antes, qualquer possibilidade de alcançar-se o "quorum" exigido para a reforma constitucional indispensável.

3.

Surgiu, então, a Emenda Constitucional n.º 8, de 14 de abril de 1977, baixada pelo Presidente da República com base no § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, que, modificando vários dispositivos da Constituição em vigor, atribuiu ao seu art. 48 a redação seguinte:

"Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de noventa dias a contar do seu recebimento, e havida por aprovada, quando obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional".

Estava aberto o caminho para a introdução do divórcio em nosso sistema legislativo. O obstáculo que para isto representava a inscrição em nossa Carta Magna do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, já não mais se apresentava como irremovível, face à redução do "quorum" exigido para que fossem aprovadas emendas à Lei Maior.

E isto de fato se verificou. E ocorreu a toque de caixa, pois, a 28 de junho de 1977, decorridos apenas setenta e cinco dias da promulgação da Emenda de n.º 8, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgavam a Emenda Constitucional n.º 9, permissiva da dissolução do casamento nas hipóteses aí indicadas.

4.

Coube à Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, logo denominada, em atenção à sua finalidade, "Lei do Divórcio", dispor quanto à dissolução do vínculo matrimonial, nos moldes delineados pela Emenda Constitucional referida. Elaborada com inusitado aqodamento, de todo injustificável ante a relevância e a complexidade da matéria disciplinada, não poucos são os senões de que se ressentia a lei em questão.

Não se limitou a mencionada lei a dispor quanto à dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, seus efeitos e processos respectivos, pois não são poucos os preceitos nela inseridos que nenhuma afinidade guardam com aquelas disposições, como ocorre relativamente aos contidos nos artigos 14, parágrafo único, 45, 50, ns. 5 e 7, e 51, ns. 1, 2 e 3.

Para o exame de tais normas - e é este o objetivo do presente trabalho, pa-

rece-nos aconselhável sua divisão em dois grupos, formando o primeiro aquelas que interessam ao instituto da filiação, e o segundo, não só as que se relacionam com o regime de bens entre os cônjuges, como a que disciplina a adoção pela mulher, em decorrência do casamento, dos apelidos do marido.

## 5.

Há, sem dúvida, uma tendência universal no sentido de conceder-se igualdade de direitos a todos os filhos, abolindo-se, ainda, qualificativos tendentes a distinguir a filiação advinda do casamento daquela concebida fora do matrimônio. Essa inclinação foi realçada pela delegação da Venezuela à Conferência de Ministros de Justiça dos Países Hispano-Luso-Americanos e Filipinas, realizado em Buenos Aires, em 1977, em proposição recebida com aplausos e que levou aquele conclave a indicar, como tema a ser discutido em futuras oportunidades, o estudo de uma legislação uniforme sobre a igualdade de direitos dos filhos, aconselhável diante da "preocupação que a nível mundial existe atualmente nesta matéria". Assinalou tal indicação que qualificativos e desigualdades de direitos em razão da filiação não se justificavam, por se apoiarem em razões ligadas a circunstâncias pelas quais os filhos não respondem, pois "existem filhos e somente isto".<sup>5</sup>

E foi, ao que tudo indica, sob a inspiração dessa tendência que se inseriram na chamada Lei do Divórcio algumas prescrições inovadoras, relacionadas com o instituto da filiação.

## 6.

A primeira das disposições mencionadas, que, dizendo respeito ao instituto da filiação, formam o primeiro dos dois grupos há pouco referidos, é a que considera legítimos os filhos advindos de casamentos nulos não putativos.

Prescrevem, com efeito, o art. 14 e seu parágrafo único da Lei n. 6.515:

"Art. 14 – No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos artigos 10 a 13.

Parágrafo único – Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns".

Seguindo essa orientação, colocou-se nosso Código Civil ao lado daqueles que, como o Mexicano, o Português e o Suiço, não condicionam a boa fé dos nubentes, ou pelo menos de um deles, a legitimidade do filho concedido na constância de casamento declarado nulo.

"Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes" – dispõe, em seu art. 256, o Código Civil Mexicano, baixado a 30 de agosto de 1928, " para el Distrito Federal, en materia comun, y para toda la Republica, en materia federal" – "el matrimonio produce afectos civiles solamente respecto de los hijos".

Os dois outros códigos citados têm, igualmente, como legítimos os filhos advindos de casamentos nulos, "sem atenção à boa-fé ou má-fé dos pais" (Cód. Civ. Suíço, art. 133), "ainda que tenha sido contraído de má-fé por ambos os cônjuges" (Cód. Civ. Português, art. 1.802.9, I).

A inovação atinge, modificando-os em parte, os arts. 221 e seu parágrafo único e 337 do Código Civil, que só consideravam legítimos os filhos advindos de casamentos nulos, quando contraídos de boa-fé pelo menos por um dos cônjuges.

A inclusão de tais filhos ora entre os legítimos, ora entre os ilegítimos, apresentava-se, até então, como incontroversa: se provenientes de matrimônios nulos putativos, ainda que unilateral a boa-fé, eram tidos como legítimos; se resultantes de casamentos nulos não putativos, porque conhecida de ambos os nubentes, ao contraí-los, a existência de obstáculo legal à sua realização válida, eram considerados ilegítimos.

Assim, por exemplo, se determinado homem contraísse casamento com uma irmã unilateral sua, desconhecendo ambos, ou mesmo um deles apenas, o parentesco que os ligava, declarada a nulidade desse consórcio, os filhos dele advindos eram considerados legítimos. Se, no entanto, essa relação de parentesco era conhecida pelos nubentes quando da manifestação de seu consentimentos ao celebrar-se o matrimônio, tais filhos reputavam-se ilegítimos, da classe dos espúrios, subclasse dos incestuosos.

Já quanto aos filhos resultantes de casamento anulável, sua situação era diferente. Consideravam-se sempre legítimos, qualquer que fosse a causa da invalidação do matrimônio, ainda que de má-fé ambos os nubentes, ao contraí-lo. Consideravam-se e ainda se consideram, porquanto o Código Civil permanece inalterado nessa parte.

Hoje, porém, por força do disposto no parágrafo único do art. 14 da Lei nº 6.515, bem outra é a situação dos filhos concebidos na constância de casamento tido por lei como nulo e assim proclamado em sentença proferida na ação de nulidade: são sempre havidos como legítimos, ainda que tivessem ambos os nubentes, ao contraí-lo, plena ciência do impedimento existente à sua celebração.

Trata-se, é verdade, de parágrafo subordinado a um artigo referente à "anulação" do casamento, expressão que, em seu sentido técnico-jurídico, significa a invalidação de um matrimônio anulável, e não a declaração de nulidade de um casamento nulo.

"Na linguagem forense, adverte DE PLÁCIDO E SILVA, a ação que se propõe no intuito de anular ou invalidar um ato, torna a designação de *anulação* ou de *nulidade*, segundo o fundamento de que o ato é *anulável* ou é *nulo*".<sup>6</sup>

O uso inadequado do termo "anulação" poderia levar à conclusão de que a lei mencionada teria apenas reafirmado, no parágrafo único de seu art. 14, a regra contida no art. 217 do Código Civil, tanto mais que esse mesmo Código, assim no título dado ao Capítulo IV (Do Casamento NULO e ANULÁVEL) do Livro I de sua Parte Especial, como nos artigos que integram tal capítulo, distingue nitidamente *nulidade de*

anulação, ai empregando esses vocábulos em seu exato sentido técnico-jurídico. Aceitar semelhante conclusão equivaleria, no entanto, a considerar de todo inútil o parágrafo em exame, o que incidiria na censura de conhecido brocardo de hermenêutica, segundo o qual deve-se preferir a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade.<sup>7</sup>

Mas, a razão principal da inaceitabilidade desse entendimento está em que a norma em exame foi inserida na Lei nº 6.515 em substituição ao art. 328 do Código Civil, inclusão necessária face à revogação, pela mesma lei, dos arts. 315 a 328 do Código aludido. E sua redação é idêntica à do artigo revogado, que, cuidando da situação dos filhos comuns, no caso de invalidação do matrimônio, embora valendo-se do vocábulo *anulação*, quis referir-se, consoante entendimento que pacificamente lhe era atribuído, à invalidação assim do casamento nulo (declaração de nulidade), como do anulável (anulação).

O Código, em seu artigo 328, assinala CARVALHO SANTOS, "para os efeitos da proteção dos filhos, equipara a anulação ou nulidade do casamento ao desquite".<sup>8</sup>

O legislador de 1977 perdeu uma excelente oportunidade para corrigir o senão de que se resente a redação do art. 328 do Código Civil. Para tanto, bastaria que assim o tivesse redigido, ao reproduzi-lo na Lei 6.515: No caso de nulidade, ou anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 a 13.

Pelo que se viu, a invalidação do casamento, qualquer que seja a causa que a tenha justificado, trate-se de matrimônio nulo, ou apenas anulável, ainda que conhecedores ambos os nubentes, ao contrai-lo, do empecilho legal à sua realização válida, não impede que seus efeitos civis aproveitem aos filhos dele advindos, que, assim, sempre se consideram legítimos. A regra contida no art. 217 do Código Civil, antes só aplicável ao matrimônio anulável, estende-se, hoje, por força do que dispõe o parágrafo único do artigo 14 da Lei 6.515, ao casamento nulo, ainda que não putativo.

Daí entendermos que o estatuto legal referido, para afastar a contradição que passou a existir entre o parágrafo único de seu art. 14 e os artigos 217, 221 e seu parágrafo único e 337, todos do Código Civil, devia ter dado a estes nova redação, pois, enquanto o primeiro continua a referir-se apenas a filhos resultantes de casamentos anuláveis, permanecem estes proclamando ilegítimos os filhos advindos de matrimônios nulos não putativos.

## 7.

Outra inovação acolhida pela Lei nº 6.515, que de perto interessa ao instituto da filiação, é a de que dá notícia seu art. 51 nº 2, que atribuiu do art. 2o da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, a redação seguintes:

"Art. 2º — Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

Bem diferente era a redação primitiva desse dispositivo legal:

"Art. 2º — 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 legitimado".

É de todos conhecida a controvérsia que suscitou o entendimento da norma legal em questão, tal como foi inicialmente redigida.

ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, em sua obra "Do Reconhecimento dos filhos Adulterinos", dada à publicidade pouco tempo após o início da vigência da Lei 883, focalizaram, com muita propriedade, esse dissídio. Referindo-se às dúvidas que a interpretação do mencionado preceito ensejava, previram a divisão de seus exegetas em duas correntes: "uma, que veja no direito conferido ao adulterino um autêntico *direito sucessório*", reconhecendo-lhe a qualidade de herdeiro; outra, "que a conteste e admita que lhe foi outorgado apenas o direito a alimentos, de caráter especial, em suma um direito que não tem como causa a sucessão".

Valendo-se de argumentos irrefutáveis, concluem aqueles eminentes juristas pela inaceitabilidade da conceituação do benefício concedido ao filho adulterino reconhecido como sendo um direito a alimentos, de caráter especial, defendendo a tese de que, a despeito da locução *amparo social*, que nele se insere, o preceito legal referido outra coisa não fez senão conferir-lhe um autêntico direito sucessório.<sup>9</sup>

Em seu "Direito de Família", o primeiro dos autores citados refere-se a uma terceira corrente, que não passaria, aliás, de um desdobramento da primeira das duas mencionadas, para a qual o adulterino reconhecido, embora titular de um direito sucessório, não seria herdeiro, mas sucessor a título singular. "Seria direito hereditário a título particular revestindo a forma de legado *ex lege*", doutrina que, no seu entender, "não satisfaz, assim porque emprestaria a condição de legatário a quem recebe uma quota-parte da herança, como porque não faria sentido no caso de não ocorrer o concurso com filhos legítimos do autor da herança".<sup>10</sup>

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, jurista de igual porte, com a propriedade e a segurança de sempre, insurgiu-se contra os que pretendiam negar ao adulterino a qualidade de herdeiro. "Não se justifica — diz ele — o subterfúgio da denominação *amparo social*, nem se deve considerar precisa a configuração do legado "ex lege", como se procurou qualificá-lo", para, mais adiante, assinalar que "o adulterino reconhecido é, na verdade, herdeiro".<sup>11</sup>

A polêmica em torno da conceituação do direito conferido ao filho adulterino pelo art. 2º. da Lei 883 não se verificou apenas no campo doutrinário, mas, ainda, no jurisprudencial.

Com efeito, nossos tribunais, nos primeiros tempos de vigência do estatuto legal em questão, mostraram-se vacilantes quanto à qualificação do benefício aí outorgado ao adúltero reconhecido, ora concluindo tratar-se de verdadeiro direito hereditário, ora de um simples direito creditório, decorrente de obrigação "ex lege", concedido a título de amparo social.<sup>12</sup>

A nós sempre nos pareceu que a intenção do legislador foi atribuir ao adúltero reconhecido um direito creditório, a título de amparo social, correspondente à metade da herança do filho legítimo, e não a qualidade de herdeiro. Demonstram-no, de maneira convincente, as discussões que se travaram nas duas Casas do Congresso em torno do projeto de que se originou a lei de 1949 e dos substitutivos a ele apresentados, às quais se refere, em perfeita síntese, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, há pouco citado.<sup>13</sup>

Convencem-nos, por outro lado, da procedência dessa conclusão o depoimento prestado por NELSON CARNEIRO sobre o processo de elaboração da Lei 883, em "Do Reconhecimento dos Filhos Adúlteros". Com a autoridade que todos lhe reconhecemos, que advém menos da circunstância de ter sido ele o autor do respectivo projeto, do que do trabalho sério e persistente que desenvolveu no sentido de vê-lo transformado em lei, sem o qual essa conversão dificilmente teria sido alcançada, aquele ilustre parlamentar explica o porque da inclusão, no art. 2º. do aludido diploma legal, da locução a *título de amparo social*. Da leitura desse depoimento infere-se que essa inserção representou nada mais nada menos do que um ardil sem o qual não teria sido atingido o alvo visado, qual o de permitir-se o reconhecimento dos filhos adúlteros, nos moldes desejados. "Era preciso declarar — são palavras suas — que o direito de receber a metade da herança não lhe era concedido como consequência imediata e inevitável da filiação, mas como um auxílio que a sociedade generosamente lhe dava". "Admitiu-se que herdasse, mas se declarou, solenemente, que não herdava porque fosse adúltero" (o grifo é nosso).

O certo porém, é que a lei em exame acabou atribuindo ao adúltero a qualidade de herdeiro. As locuções *para efeitos econômicos e a título de amparo social*, inseridas em seu art. 2º com o intuito de possibilitar uma conciliação entre as correntes em choque quando da votação da lei mencionada, autorizam a conclusão de que o legislador pretendeu conceder-lhe um auxílio correspondente à metade da herança que tocasse ao filho legítimo, e não considerá-lo herdeiro. A verdade, no entanto, é que as palavras da lei não revelam de maneira clara esse intento, estando com a razão ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO quando afirmam que se foi desejo do legislador "atribuir sentido diverso ao direito que conferiu, essa intenção não se objetivou na lei".<sup>14</sup>

Mesmo, porém, que indubioso fosse esse intento, não seria de acolher-se a interpretação restritiva dos direitos que a Lei 883, em sua primitiva redação, conferia ao filho adúltero em decorrência do reconhecimento, por alguns defendida, pois semelhante entendimento, harmonizando-se, embora, com a "mens legislatoris", contrariaria, de maneira flagrante, a "mens legis". É que, como oportunamente ensina CARLOS

MAXIMILIANO, arrimando-se em lições de KONRAD ELWIG e de FERRARA, “a teoria da vontade, o processo psicológico, a “mens legislatoris”, cedeu a primazia ao sistema das normas objetivadas. Os motivos intrínsecos, imanes ao contexto e por ele próprio revelados, prevalecem, hoje, contra os subsídios extrínsecos; o conteúdo da lei é independente do que pretendeu o seu autor”. “Não se admite, assim, nos dias atuais, que o objetivo do intérprete seja descobrir a intenção do legislador” — prossegue o citado autor, acrescentando: “Sendo o direito uma ciência primariamente normativa ou *finalística*, sua interpretação há de ser, na essência, *teleológica*. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática”.<sup>15</sup>

E foi encarando sob esse prisma a norma legal em exame, atendendo ao seu espírito e não à aparente intenção do legislador, que nossos tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, após alguma vacilação, registrada nos primeiros tempos de vigência da Lei 883, passaram a entender, reiterada e uniformemente, que ao direito do filho adúlterino reconhecido, apesar do título e da finalidade pelos quais, ao que se declarou, foi outorgado, jamais se poderia negar a qualidade de direito sucessório.

Se o Direito das Sucessões é, na definição de BINDER, “a parte do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”,<sup>16</sup> e se a Lei 883, ao admitir, com maior amplitude do que até então ocorria, o reconhecimento do filho adúlterino, assegurou-lhe o direito de receber, por morte de seu genitor, quando não a totalidade, pelo menos parte de seu patrimônio, claro que lhe atribuiu um autêntico direito sucessório. Os motivos que teriam justificado a outorga desse direito nenhum interesse oferecem à sua conceituação. Nem porque se tenha declarado que essa concessão se dera “para efeitos econômicos” e “a título de amparo social”, nem por isto o benefício conferido perdeu as características de um verdadeiro direito sucessório.

Com a transformação da filiação biológica em jurídica, através do reconhecimento, o adúlterino adquire, com o “status” de filho ilegítimo, todos os direitos que lhe são inerentes, inclusive, pois, o de suceder “ab intestato” ao seu genitor. Essa qualidade de herdeiro só lhe poderia ser negada se a lei, ao admitir seu reconhecimento, assim o tivesse claramente determinado, pois, ao indicar os herdeiros legítimos e a ordem a ser observada no seu chamamento, nosso Código Civil aponta, em primeiro lugar, os descendentes do autor da herança, seja legítimo ou ilegítimo o parentesco (art. 1.603). E semelhante determinação a lei de 1949, ainda em sua primitiva redação, não acolhia e nem o poderia ter feito sem incidir em evidente contradição e sancionar injustificável retrocesso. Se, com efeito, sensível a uma tendência universal, seu objetivo, ao ampliar a possibilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio, foi a de melhorar sua posição jurídica, seria inconcebível que tivesse ela pretendido negar-lhes a qualidade de herdeiros de seus genitores, que já lhes havia sido antes conferida, sem qualquer reboço, pelo Decreto-Lei número 4.737, de 24 de setembro de 1942.

Se, como já frisamos, o art. 2º da Lei 883, em sua redação original, ao referir-se à situação do adúlterino reconhecido em face da sucessão de seu genitor, deter-

minou que lhe deveria caber, "para efeitos econômicos" e "a título de amparo social", a metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado, não o fez para negar-lhe a qualidade de herdeiro, mas, apenas, para restringir, na hipótese aí prevista, o direito que lhe fora atribuído. Como bem observou CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, sendo ele "titular de um direito que lhe advém da abertura da sucessão paterna, e vão denominá-lo diversamente, pois que este direito tem características hereditárias, e, por conseguinte, o seu titular deve qualificar-se sucessor "causa mortis", vale dizer, herdeiro".<sup>17</sup>

Coube à Lei 6.515, com a nova redação que atribuiu ao art. 2º da Lei 883, afastar, de uma vez por todas, qualquer dúvida que ainda se pudesse ter quanto à natureza do direito conferido ao filho adulterino em decorrência de seu reconhecimento. Além de proclamar a sua qualidade de herdeiro, o mencionado dispositivo legal aboliu a diferença de tratamento que lhe era dispensado quando concorresse à sucessão de seu genitor com filho legítimo ou legitimado deste.

Mas, a despeito da simplicidade e da clareza com que passou a ser redigido, sua interpretação já está suscitando dúvidas. Não, quanto à natureza do direito outorgado ao adulterino reconhecido, ou à abolição da restrição há pouco referida, aí definidas de maneira invidiosa, mas relativamente à extensão do filho adotivo, quando concorrer à sucessão do adotante com filho legítimo do mesmo, superveniente à adoção, da igualdade de situação sucessória que passou a existir entre filhos adulterinos e legítimos.

Declarando que "o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições, qualquer que seja a natureza da filiação", teria a norma legal em exame beneficiando também os filhos adotivos, abolindo a restrição a que se refere, em seu art. 1.605, § 2º, o Código Civil?

Parece-nos que a pergunta deve ser respondida negativamente.

A Lei 883 refere-se exclusivamente à filiação consanguínea ilegítima. Não há nela uma única prescrição que se aplique à filiação ficta, decorrente da adoção. Daí entendermos que seu art. 2º, ao assegurar igualdade de direitos sucessórios aos filhos, "qualquer que seja a natureza da filiação", apenas se referiu à filiação biológica, decorrente ou não do casamento, isto é, legítima ou ilegítima. Trate-se de filhos legítimos, ou de ilegítimos reconhecidos, naturais ou adulterinos, o direito à herança lhes é assegurado em igualdade de condições — este, a nosso ver, o exato sentido do art. 2º da Lei 883, em sua atual redação.

Se fosse intento da lei beneficiar também os filhos adotivos, quando em concorrência com filhos legítimos ou legitimados do adotante, supervenientes à adoção, teria ela declarado revogado o § 2º do art. 1.605 do Código Civil, como fez relativamente ao § 1º do mesmo artigo.

Não é outro o entendimento que à norma legal em questão atribui ARNOLD WALD, de quem é a seguinte e oportuna observação:

‘A generalidade do texto pode, à primeira vista, iludir o leitor, pois, nele, evidentemente, o legislador disse mais do que queria. A finalidade da lei foi tão-somente no sentido de equiparar o filho adúltero ao legítimo e ao legitimado, não afetando o regime legal ao filho adotivo, embora a interpretação literal pudesse levar à conclusão oposta. Não obstante inexistir qualquer reserva explícita, a compreensão do texto deve atender ao fato de se ter modificado, no referido artigo, a Lei 883, que só se refere aos adúlteros, e de não ter sido revogado o § 2.º do art. 1.605 do Código Civil, que cuidou especificamente da posição sucessória do adotado’.<sup>18</sup>

8.

Outra inovação da chamada Lei do Divórcio em área de Direito de Família não relacionada com a dissolução do vínculo matrimonial, ou da sociedade conjugal, decorreu de seu art. 51, n.º 1, que mandou acrescentar ao art. 1.º da Lei 883 um parágrafo assim redigido:

“Parágrafo único — Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte irrevogável”.

O parágrafo transcrito veio admitir uma exceção única à regra, consagrada no artigo de que passou a ser parte integrante, segundo a qual o reconhecimento do filho adúltero somente é permitido após a dissolução da sociedade conjugal do cônjuge adúltero. Desde que se faça através de testamento cerrado, tal reconhecimento é hoje permitido em plena constância daquela sociedade.

Em trabalho que estamos elaborando, no qual procuraremos focalizar, em seus aspectos principais, a filiação ilegítima em nosso direito, aduzimos sobre o assunto as considerações seguintes:

A regra segundo a qual o reconhecimento do filho adúltero só é admissível após a dissolução da sociedade conjugal do genitor adúltero, passou, assim a comportar uma exceção. Desde que se faça por testamento cerrado, permitido será o reconhecimento voluntário dessa filiação, ainda na vigência do casamento do reconhecente. Para o reconhecimento judicial, a exigência da dissolução da sociedade conjugal foi mantida, o mesmo ocorrendo relativamente ao reconhecimento voluntário no próprio termo de nascimento, mediante escritura pública, ou por testamento que não seja cerrado.

Observe-se que o parágrafo transcrito fala em *vigência do casamento*, enquanto o artigo a que se vincula refere-se à *dissolução da sociedade conjugal*.

Ora, dissolução do casamento e dissolução da sociedade conjugal são coisas diferentes. Se a ocorrência daquela acarreta sempre a desta, a recíproca nem sempre é verdadeira, pois há possibilidade de verificar-se o rompimento da sociedade conjugal, mantendo-se íntegro o vínculo matrimonial, como acontece na separação judicial, novo “*nomem juris*” do desquite.

Mas, esse desencontro terminológico não compromete o sentido do preceito em exame, pois, dizer que o reconhecimento é admitido ainda na vigência do casamento do reconhecente, equivale a declarar a possibilidade de sua efetivação na constância desse matrimônio, permaneça ou não íntegra a sociedade conjugal dele decorrente.

Tal como aconteceu com o art. 1º da Lei 883, a interpretação do parágrafo nele inserido irá, ao certo, provocar controvérsias. Não, quanto ao filho adulterino "a patre", cujo reconhecimento, pela forma indicada, em plena constância do casamento de seu genitor, é aí sem nenhuma dúvida permitido, mas relativamente ao adulterino "a matre".

Não vemos como aplicá-la ao filho havido pela mulher casada fora do matrimônio.

Referindo-se a *qualquer dos cônjuges*, teria a norma legal em questão pretendido facultar à mulher casada, na vigência de seu matrimônio e da sociedade conjugal dele consequente, atribuir, pela forma aí indicada, a outro homem que não o seu marido a paternidade de um filho por ela concebido na constância desse casamento e, portanto, amparado pela presunção "pater is est quem nuptiae demonstrant", ainda que visando apenas à declaração de sua adulterinidade "a matre"?

Creemos que não. E assim pensamos por nos parecer que não está ao alcance da mulher, ainda que se desfaça a sociedade conjugal decorrente de seu matrimônio, ou, mesmo que se verifique a dissolução deste, afastar aquela presunção de legitimidade, que, no dizer oportuno de ESTEVÃO DE ALMEIDA, estabelecida pela lei em favor do filho, não pode ficar à mercê de uma declaração contrária de quem quer que seja.<sup>19</sup>

Por outro lado, se essa presunção for ilidida com êxito em ação contestatória de paternidade intentada pelo pai nominal e julgada procedente, a sentença respectiva, proclamando a maternidade adulterina, importará na exclusão do filho da família legítima. Seria, pois, de todo inócua qualquer providência, por parte da mãe, tendente do reconhecimento desse filho por ela concebido de suas relações extramatrimoniais.

Teria sido intento da nova disposição legal permitir à mulher casada indicar, por testamento cerrado, o verdadeiro pai do filho por ela concebido fora do matrimônio, valendo tal declaração como reconhecimento de paternidade?

Por absurda, deve a hipótese ser desde logo afastada.

O reconhecimento voluntário da filiação ilegítima é ato de caráter personalíssimo e individual. Não está ao alcance senão dos pais, produzindo efeitos exclusivamente em relação ao genitor que o efetuou, se de iniciativa de um deles apenas.

Quanto ao reconhecimento, por testamento cerrado, do adulterino "a

“patre”, anotamos no trabalho que estamos elaborando, já citado, as observações que se seguem.

A dissolução da sociedade conjugal decorrente do casamento do genitor, a princípio, sob a égide do Decreto-Lei 4.737, de 24 de setembro de 1942 apenas pelo desquite, e, depois, vigente a Lei 883 de 21 de outubro de 1949, qualquer que seja a sua causa, constituía, até bem pouco, requisito inafastável para o reconhecimento do filho adulterino. “Condiciona-se o reconhecimento da filiação adulterina – dizia CÁRIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em comentários do art. 1.º da Lei 883, em sua redação primitiva – ao pressuposto necessário da dissolução da sociedade conjugal”.<sup>20</sup> Se os responsáveis pela elaboração dos dois citados diplomas legais entenderam que já era tempo de amenizar-se o rigoroso tratamento que, por força do artigo 358 do Código Civil, era a tais filhos dispensado, pareceu-lhes, igualmente, não se justificar o levantamento puro e simples da proibição de seu reconhecimento, aí prescrita. O estrépiteo que, em regra, causaria o reconhecimento, em plena vigência da sociedade matrimonial, do filho havido por um dos cônjuges fora do casamento, com inevitáveis repercussões na estabilidade da família constituída à sombra da lei, estava, em verdade, a aconselhar que tal prática não fosse admitida.

A chamada Lei do Divórcio, em uma de suas partes que não se relacionam com a dissolução do vínculo matrimonial, ou mesmo da sociedade conjugal, veio, no entanto, como já foi antes assinalado por nós, possibilitar esse reconhecimento, ainda na vigência da mesma sociedade, desde que através de testamento cerrado.

A exceção, assim admitida à regra de que só após a dissolução da sociedade conjugal é possível o reconhecimento dos filhos adulterinos, longe de importar em seu enfraquecimento, veio confirmá-la, realçando, ainda mais, os motivos que a ditaram.

Entre os diversos tipos de testamento, há apenas um – o cerrado – em que suas disposições podem realmente permanecer secretas, pois, nem o oficial, que lavra o auto de aprovação, nem as testemunhas, que assistem a esta lavratura, assinando, também, o respectivo termo, delas tomam conhecimento. Daí a designação, que lhe é atribuída, de testamento *secreto*, ou *místico*, aliás de uso frequente entre nós, justamente porque “alia a discreção do conteúdo à autenticidade da aprovação”.<sup>21</sup>

Mesmo quando esse sigilo não é absoluto, o que se verifica quando a cédula é escrita por outrem, ainda, assim unicamente essa pessoa, além do testador, torna-se conhecedor de seus dizeres, ao contrário do que se dá nas demais formas testamentárias, nas quais as testemunhas, intervindo testamento propriamente dito – e não, como ocorre no cerrado, apenas em sua aprovação –, têm acesso ao seu conteúdo.

Não foi porque o reconhecimento, por essa forma efetuado, só produzirá consequências jurídicas após a morte do testador, quando, pois, já desfeito o matrimônio que contraíra, que a lei de 1977 veio admitir a exceção a que há pouco nos referimos. Se o motivo tivesse sido este, não se explicaria a indicação apenas desse tipo de testamento como instrumento hábil para o reconhecimento permitido, pois, qualquer

que seja a forma de que se revista, as disposições de última vontade nele contidas destinam-se a produzir efeitos após a morte do testador.

A razão é bem outra, ligando-se ao sigilo que, no testamento cerrado, se mantém suas disposições, não provocando o reconhecimento do filho adulterino, efetuado por seu intermédio, situações a que antes nos referimos, capazes de comprometer "a harmonia doméstica e a paz social".<sup>22</sup>

A exceção admitida veio, como já dissemos, confirmar a regra segundo a qual sem a dissolução da sociedade conjugal não se permite aos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio. Em verdade, se nenhuma outra modalidade de testamento, que não o cerrado é meio hábil para o reconhecimento, na vigência daquela sociedade, do filho adulterino, muito menos o serão o registro de nascimento e a escritura pública, atos que se revestem de publicidade incompatível com as razões que ditaram a mencionada regra e a exceção única que, com a lei 6.515, passou a comportar.

## 9.

A Lei número 6.515/77, em seu art. 51, nº 3, determinou que se acrescentasse ao art. 4º da Lei 883/49 um parágrafo com a seguinte redação:

"Parágrafo único — Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação".

Destina-se a norma transcrita, em nossa opinião, a ser mais controvertida de quantas se inscrevem na chamada Lei do Divórcio.

Teria ela pretendido determinar, como suas palavras parecem indicar, que, dissolvida a sociedade conjugal do condenado a prestar alimentos, a sentença que os concedeu automaticamente se transforme em declaratória de paternidade?

Como possibilitar-se aos interessados o exercício do direito, que lhes é res-salvado, de impugnar a filiação assim reconhecida?

Estas indagações sintetizam quando não todas pelo menos as principais dúvidas que a aplicação da mencionada norma legal já vem suscitando. Nossos doutrinadores, como adiante se verá, não as têm respondido de maneira uniforme, notando-se, ao contrário, um evidente desencontro entre as soluções que para elas indicam.

Assim é que, respondendo afirmativamente à primeira pergunta, LIMONGI FRANÇA afirma que "nos termos do novo parágrafo, dissolvida a sociedade conjugal daquele que foi ordenado a pagar alimentos ao ilegítimo, mediante esta ação processada em segredo de justiça, se tem o referido filho por automaticamente reconhecido,

não sendo necessário propor *uma ação* para a investigação da paternidade ou maternidade".<sup>23</sup>

SILVIO RODRIGUES parece adotar o mesmo entendimento, quando assinala:

"No regime da Lei nº 883/49, o filho adulterino, como já vimos, só tinha ação de investigação de paternidade após a dissolução do casamento de seu progenitor adúltero. Todavia, para não deixá-lo em total desamparo, o art. 4º daquela lei autorizava o filho a acionar o seu pai, em alimentos, mesmo antes da dissolução de sua sociedade conjugal, uma vez que o fizesse em segredo de justiça. Assim, sem ferir a sensibilidade de seu lar, apurava-se a filiação, apenas para efeito de obter alimentos o necessário".

"Entretanto, uma vez dissolvida a sociedade conjugal de seu progenitor, mister se fazia uma nova ação investigatória de paternidade a ser proposta pelo adulterino, e nesta ação a sentença proferida na lide alimentar só se aproveitava como meio de prova".

"O novo inciso, carreado pela Lei de 1977 para a de 1949, veio suprimir a necessidade de nova demanda, com nova dilação probatória, nova sentença, novo recurso, etc. Com efeito, se o pai foi condenado na ação de alimentos e ao depois seu casamento se dissolve pela morte, desquite ou divórcio, a lei dispensa o filho de propor nova ação para provar aquilo que já ficou provado na primeira".

Não ficou aí o consagrado civilista. Referindo-se à impugnação dos interessados, permitida pelo novo parágrafo, acrescenta:

"O filho, uma vez morto seu pai ou uma vez decretado seu desquite, pedirá ao juiz expedição de mandado ao oficial do Registro Civil ordenando a abertura ou a retificação de seu assento de nascimento. O juiz determinará a citação dos interessados que poderá impugnar a pretensão e decidirá, a seguir".<sup>24</sup>

Não haverá, assim, no entender do citado autor, como suas palavras inicialmente citadas poderiam levar a crer, uma transformação automática da sentença concessiva de alimentos em declaratória de paternidade, pois imprescindível será que o filho, dissolvida a sociedade conjugal de seu genitor, ingresse em juízo a fim de solicitar a abertura ou a retificação de seu assento de nascimento. E, como o meio legal de que para isso dispõe é a ação disciplinada no art. 109 da Lei de Registros (n.º 6.015, de 31/12/73), sua pretensão tanto poderá ser acolhida, como não o ser. E não o será sempre que, impugnando-a, como lhe é facultado, apresente qualquer interessado provas que tornem duvidosa a filiação, pouco importando que a sentença concessiva de alimentos, examinando-a incidentemente, como questão prejudicial, a tenha considerado provada.

ORLANDO DE ASSIS CORRÊA e MÁRIO AGUIAR MOURA entendem que o reconhecimento do filho adulterino não poderá resultar, pura e simplesmente,

do rompimento da sociedade conjugal do que foi condenado a prestar-lhe alimentos, ficando na dependência de uma ação, de procedimento ordinário, a ser intentada após tal rompimento.

Dizem eles: "O credor de alimentos, munido de certidão da sentença que condenou o devedor, com certidão de seu trânsito em julgado e de certidão da sentença, também transitada em julgado, e devidamente registrada no Cartório do Registro Civil, que tenha dissolvido a sociedade conjugal (separação judicial ou desquite, eis que não se fala em dissolução do casamento) requererá ao juiz, por meio de seu representante legal, por meio de ação de procedimento comum ordinário, que seja reconhecida sua filiação (a ação pode ter por objeto o reconhecimento da paternidade ou maternidade, embora seja rara, nestes casos)".

"A prova é documental e está completa com a simples existência das duas certidões. Citado o réu ou a ré, terá oportunidade para defender-se. Sua prova pode ser também documental ou testemunhal, mas pensamos que não caberá reconvenção, nem haverá possibilidade de conciliação, pois os direitos, aí, são indisponíveis. Da mesma forma, não havendo contestação, não se dará o efeito da revelia, embora o juiz possa julgar de plano, pois a prova dos autos, como vimos, já está feita, e é suficiente para que se julgue procedente o pedido, desde que outra contrária não seja apresentada. O Ministério Público, intimado, tomará parte na ação, como fiscal da lei".

"Contestado o pedido e apresentada prova contrária, poderá o autor impugná-la e contraditá-la. É conveniente, assim, que na inicial já proteste por todos os meios de prova permitidos, e peça, desde logo, o depoimento pessoal do devedor, para não ser colhido de surpresa".

"A sentença é meramente declaratória, e deverá ser averbada no Cartório do Registro Civil, junto ao assento de nascimento do autor".<sup>25</sup>

ARNOLDO WALD, focalizando o dispositivo legal em exame apenas em face da dissolução, pela morte, do casamento do condenado a prestar alimentos, é de parecer que ele se limitou a estabelecer uma presunção em favor do alimentado, que o credencia a habilitar-se no inventário do devedor, hipótese em que, havendo impugnação, poderá a decisão ser tomada nos próprios autos do inventário. Tratando-se, porém "de matéria que considere de alta indagação, caberá, todavia, ao magistrado a faculdade de remeter as partes para os meios ordinários, sobrestando a entrega do quinhão litigioso até o julgamento da ação".<sup>26</sup>

WATERLOO MARCHESINI JÚNIOR entende que a nova disposição legal irá, na prática, suscitar muitos conflitos, em consequência da "presunção de filiação "juris tantum" que dela decorre".<sup>27</sup>

Já PEDRO SAMPAIO é de opinião que ela veio "ensejar a acumulação das duas ações, a alimentícia e a que investiga a paternidade, num só processo, que deverá correr em segredo de justiça, e pelo rito ordinário".

“Ao proferir a sentença — são, ainda, palavras suas —, o juiz deverá tornar certa a paternidade, porém, para que a decisão possa chegar a esta afirmativa, necessita haver pedido certo, neste sentido.

O assentamento no Registro Civil de Nascimento, da certeza da paternidade assim conseguida, somente poderá ser efetuado após a decretação da separação, do divórcio, ou havendo o falecimento do genitor, cuja paternidade foi atribuída”.<sup>28</sup>

Idêntico é o ponto de vista defendido por ANTÔNIO MACEDO CAMPOS para quem a mencionada norma veio permitir a acumulação, em um só processo, que deverá correr em segredo de justiça, das ações de alimentos e investigatória, em plena constância da sociedade conjugal do indigitado genitor”.<sup>29</sup>

Embora não nos pareça aceitável a conclusão a que chegaram os dois últimos autores, segundo a qual, com a Lei 6.515, ao filho adulterino se tornou possível propor contra seu indigitado genitor, mesmo na constância da sociedade conjugal deste, as ações de alimentos e investigatória de paternidade, cumulativamente, julgamos oportuno assinalar que, muito antes do advento daquele diploma legal, assim já entendia, ou, pelo menos, já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando, em julgamento proferido a 12 de setembro de 1972, na apelação cível n.º 78, de Londrina, assim decidiu:

Tratando-se de investigação de paternidade “a patre”, sendo o investigado casado, o pedido prospera desde que cumulado com o de alimentos, correndo, porém, em segredo de justiça e devendo à execução da sentença, quanto à paternidade, ficar condicionada à dissolução posterior da sociedade do investigado”.<sup>30</sup>

De registrar-se, ainda, a interpretação que ao parágrafo introduzido no art. 4.º da Lei 883 pela chamada Lei do Divórcio é dada por FLÁVIO CESAR DE TOLEDO PINHEIRO, inteiramente discordante das anteriormente citadas. Entende ele que, “estabelecida a filiação, na ação de alimentos, a eficácia da sentença fica dependendo de sentença a ser proferida na ação negatória de paternidade, se proposta pelos interessados”.<sup>31</sup>

Mencione-se, por fim, o entendimento que à norma em questão é atribuído por ULDERICO PIRES DOS SANTOS, segundo o qual, dissolvida a sociedade conjugal do pai condenado a prestar alimentos, o filho adulterino não precisa propor ação de investigação de paternidade para ser reconhecido. Se, entretanto, “o devedor de alimentos entender que o filho não é seu, a ele é que cumpre o dever de propor ação negatória de paternidade. Seus herdeiros terão que proceder do mesmo modo quando desejarem excluir o filho ilegítimo da herança, uma vez que o art. 4.º da referida Lei n.º 883/49 diz que *caberá aos interessados o direito de impugnar a filiação*”.<sup>32</sup>

Como se vê, não se mostram acordes nossos doutrinadores quando se propõem a fixar o verdadeiro sentido da nova disposição legal.

Quanto a nós, relutamos a interpretá-la tal como soam suas palavras. Não

vemos, mesmos, como reconhecer-lhe condições de viabilidade, embora advertido para a oportuna observação contida em conhecido brocardo de hermenêutica, antes citado, segundo a qual deve ser preferida a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade.

O dispositivo legal em exame é, sem dúvida, de direito formal, porque tendente a determinar efeitos decorrentes da sentença proferida na ação de alimentos intentada pelo filho adúltero contra seu pretense genitor, na constância da sociedade deste, razão porque não se poderá pretender chegar à fixação de seu conteúdo e de seu alcance, considerando-o isoladamente, dissociado do sistema de que é parte integrante. Daí nos parecer inaceitável, por não se conciliar com o nosso sistema processual, a interpretação, que alguns lhe atribuem, segundo a qual a sentença concessiva de alimentos passará, com a simples dissolução da sociedade conjugal do condenado a prestá-los, a valer como declaratória de paternidade.

A faculdade, que se confere a qualquer interessado, de se insurgir contra essa estranha conversão, não muda, ao que pensamos, o aspecto da questão. Com efeito, dizer, como faz a nova disposição legal, que os interessados podem impugnar a filiação assim reconhecida, equivale a declarar que esse reconhecimento produz efeitos relativamente a eles, embora se lhes permita o ingresso em juízo, caso deles pretendam livrar-se.

Sabe-se que a ação de que trata o art. 4º da Lei nº 883 só pode ter por finalidade a obtenção de alimentos. O reconhecimento da paternidade jamais poderá ser cumulativamente pleiteado, face ao disposto no art. 1º do mesmo estatuto legal, que, embora admita, hoje, em razão do parágrafo que lhe foi introduzido pela Lei 6.515, o reconhecimento voluntário da filiação adúltera, em plena constância da sociedade conjugal do genitor adúltero, desde que por testamento cerrado, continua a vedar, em caráter terminante, que esse reconhecimento se faça judicialmente, enquanto não dissolvida aquela sociedade. A relação paternidade-filiação, que se alega existir entre o réu e o autor, terá, é certo, que ser apreciada nesse pleito. Tratando-se, porém, de uma questão prejudicial, o juiz dela conhece e a resolve "incidentemente",<sup>33</sup> "não para decidí-la em si mesma e sim unicamente para permitir a decisão principal",<sup>34</sup> não ficando as partes, por isto mesmo, "vinculadas, imutavelmente, à decisão que a resolve, a qual só produz efeitos no processo em que foi proferida".<sup>35</sup>

Acresce notar que, consoante entendimento geralmente aceito, visando a ação de que trata o citado art. 4º apenas à concessão de alimentos, a existência da alegada filiação é nela examinada sem o rigor que se exigiria se se tratasse de uma ação investigatória de paternidade, tal como assinalou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão unânime de sua 3a. Câmara, datada de 20 de março de 1975, no qual se pode ler a seguinte e oportuna observação:

"O art. 4º da Lei nº 883/49, dá direito aos filhos ilegítimos para acionar o pai, em segredo de justiça, pedindo-lhe alimentos. Se houve a princípio certa dúvida se se incluiriam entre filhos ilegítimos os incestuosos, nunca se discutiu quanto ao direito dos adúlteros. Sucedeu que a lei, por delicadeza de expressão, deixou de lado a qualificação de espúrios, que estava no projeto, para falar somente em filhos havidos

fora do matrimônio e em ilegítimos. Não há mais hoje controvérsias nesse ponto; de modo que se não têm os autores ação investigatória de paternidade nesse caso, não se lhes pode negar a de alimentos, que está expressa em lei. Não se tratando de ação investigatória de paternidade, com repercussão no registro civil e no estado de filiação das pessoas, é bem de ver que não se há de sopesar as provas com o rigor daquela ação. Cumpre verificar a filiação o quanto baste para firmar no convencimento do juiz o invocado direito a alimentos, com mira no interesse social de proteção aos alimentos por quem o deva". 36

Preferimos, por tudo isto, continuar entendendo que o deferimento do pedido de alimentos, ajuizado pelo filho adulterino com fundamento no art. 4o. da Lei 883, não o dispensará de, uma vez dissolvida a sociedade conjugal do condenado a prestá-los, pleitear judicialmente o seu reconhecimento. A sentença proferida em seu favor naquele pleito constituirá, então, valioso elemento de prova, sem, contudo, assegurar, por si só, o acolhimento de sua pretensão, cujo malogro, ao contrário, deverá ocorrer sempre que qualquer interessado, impugnando-a, como lhe é facultado, apresente provas que justifiquem fundadas dúvidas quanto à alegada filiação.

Atribua-se à ação, a ser necessariamente proposta, esta ou aquela designação; entenda-se que o rito a ser por ela seguido deva ou não ser o comum ordinário, o certo é que tal pleito visará, em última análise, ao reconhecimento da paternidade, que jamais poderá decorrer, pura e simplesmente, da sentença proferida na ação de alimentos e do desfazimento da sociedade conjugal do que foi condenado a prestá-los, sentença que - repete-se -, no que toca à relação paternidade-filiação, nela resolvida incidentalmente, como questão prejudicial, apenas para ensejar a decisão principal, não poderá produzir efeitos fora do processo em que foi prolatada e muito menos contra quem nele não foi parte.

Como bem observa o ilustre Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Dr. SEBASTIÃO MAIA DE MENEZES, em trabalho que está elaborando sobre o alcance da prescrição contida no parágrafo único do art. 4º da Lei 883, "é o artigo 469 do Código de Processo Civil bastante explícito ao determinar que não fazem coisa julgada: I - . . . . .; II - . . . . .; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo". Por outro lado, prossegue, "não poderia ocorrer, no caso, a exceção admitida a essa regra pelo artigo 470 do mesmo Código, segundo a qual faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (artigos 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide", por ser tal requerimento inadmissível, "visto que, nos estritos termos do artigo 358 do Código Civil, os filhos incestuosos e os *adulterinos* não podem ser reconhecidos, exceto, quanto a estes, após a dissolução da sociedade conjugal (artigo 1º da Lei 883)".

#### 10.

O artigo 258 do Código Civil, com a nova redação que lhe deu o artigo 50 número 7, da Lei 6.515, elegendo a comunhão parcial de bens como regime supletivo

— assim designado por ser o que prevalece à falta de convenção antenupcial, suprindo, pois, a vontade dos nubentes —, veio interromper uma tradição várias vezes secular.

Com efeito, no Brasil Colônia, como no Brasil Império, e mesmo após a proclamação da República, a princípio com o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, e, depois, com o Código Civil, essa posição de destaque entre os regimes de bens no casamento sempre foi reservada ao da comunhão universal, por se entender que é ele o que melhor se coaduna com a índole do matrimônio.<sup>37</sup>

Nota CELSO AGRÍCOLA BARBI que “o art. 11 da Consolidação Teixeira de Freitas já declarava esse regime como costume geral do Império. Também as Ordenações Filipinas, em seu Livro IV, tít. 46, princ., repetiam as anteriores quando dispunham que “todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem feitos por carta de ametade: salvo quando entre as partes outra coisa for acordada e contratada, porque então se guardará o que entre elas for contratado”.<sup>38</sup>

A nós nos parece que a inovação, embora sob certos aspectos justificável, não está a merecer aplausos.

É que, com as novidades introduzidas em nossa legislação civil pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, os contornos dos dois regimes comunitários, até então traçados com precisão pelo Código Civil, tornaram-se por demais imprecisos. Criando a figura dos bens reservados da mulher; determinando sua exclusão, como dos frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, da massa comum de bens no regime da comunhão universal; prescrevendo não se comunicarem, no regime da comunhão parcial, “os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal”, responde a aludida lei pela imprecisão a que nos referimos.

Não foi sem razão que o eminente Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, ao referir-se à comunhão de aquestos, tal como a regula o mencionado diploma legal, “excluindo os frutos civis do trabalho dos cônjuges”, considerou-a “uma forma vazia de substância, um depósito sem fontes alimentadoras, um rio sem afluentes”.<sup>39</sup>

Daí entendermos que a inovação acolhida teria que vir acompanhada de medidas tendentes não só a facilitar a adoção, pelos nubentes, do regime da comunhão universal, como a definir, de maneira precisa, os bens que, nos dois regimes comunitários, realmente integram a comunhão, evitando-se as incertezas atualmente existentes em torno da questão e que tantos problemas têm suscitado quando da extinção de tais regimes.

Assim entendeu a comissão que elaborou o Projeto de Código Civil, já encaminhado ao Congresso Nacional e aí em tramitação, no qual, embora eleito como regime legal o da comunhão parcial, que prevalecerá, assim, “não havendo convenção ou sendo ela nula ou ineficaz” (artigo 1.695), facultou-se aos nubentes a opção pelo regime da comunhão universal independentemente de escritura pública, mediante termo lavrado no processo de habilitação (parágrafo único do mesmo artigo), nele se inserindo, por outro lado, uma série de medidas visando não só aquela definição (arts.

1.713 a 1.726), como a afastar possíveis consequências daquela eleição desfavoráveis ao cônjuge sobrevivente, quando da dissolução do casamento pela morte do outro, entre as quais merecem destaque as que: a) inclui o cônjuge entre os herdeiros necessários (art. 1.896); b) assegurar-lhe o direito de concorrer com os descendentes do autor da herança, salvo se casado com este no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória, ou, ainda, se, no regime da comunhão parcial, o falecido não houver deixado bens particulares (arts. 1.876, I e II, e 1.880, I e II), e c) confere ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com ascendentes do autor da herança (arts. 1.887 e 1.880).

## 11.

A regra contida no art. 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil, segundo a qual é obrigatório o regime da separação de bens no casamento do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos, passou, com o advento da Lei 6.515, a comportar uma exceção.

Dispõe, com efeito, o art. 45 da lei referida: "Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, parágrafo único, no. II, do Código Civil".

Motivos óbvios estão a indicar que, embora o texto se refira a "filhos", no plural", basta, para que se configure a exceção, que da comunhão de vida entre os nubentes, existente antes daquela data, tenha resultado um único filho.

Parece-nos acertada a inovação.

Alega-se que a restrição que se faz no matrimônio do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos, impedindo-se que nele prevaleça outro regime de bens não seja o da separação, visa a proteger "pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidas ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. De modo que o legislador, para impedir o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, através do regime obrigatório da separação, eliminar esta espécie de incentivo".<sup>40</sup>

A justificativa que, diga-se de passagem, nem sempre convence, tanto mais que a restrição é aplicável mesmo na hipótese de terem ambos os contraentes atingido a idade indicada, ou ainda quando, tal se verificando relativamente a um deles apenas, pequena seja a diferença de idade entre ambos, não procederia quanto a casamentos que se realizem após longa e ininterrupta convivência dos nubentes. Por outro lado, se dessa comunhão de vida, já existente antes de 28 de junho de 1977, resultou filho, nada mais razoável do que, sem qualquer exigência quanto à sua duração, ensejar-se sua legalização pelo casamento. Num e noutro caso, interessa de perto à sociedade que se possibilite, sem qualquer restrição, venha a transformar-se em legítima a família constituída à margem da lei.

A condição de já existir a convivência dos contraentes antes de 28 de junho de 1977, relacionando-se com os arts. 2º, da Emenda Constitucional nº 9, e 40, da Lei 6.515, revela o caráter transitório da disposição, afastando a possibilidade de sua aplicação a matrimônios antecedidos de uma comunhão de vida entre os nubentes, que a qualquer tempo se inicie, perdurando por dez anos, ou dando origem a filhos.

## 12.

As disposições do Código Civil sobre o uso, pela mulher, do patronímico do marido não eram pacificamente entendidas.

Alguns de seus intérpretes e aplicadores entendiam tratar-se de um dever. E, para tanto, invocavam o art. 240 do mesmo Código, a dizer que a mulher *assumia*, com o casamento, os apelidos do marido.

Filiando-se a essa corrente, LIMONGI FRANÇA afirmava que esses apelidos passavam a ser um dos elementos essenciais do nome da mulher que contraía matrimônio, acrescentando:

“Assim sendo, a mudança do nome, obrigatória para a mulher que se casa, se opera “*ipso jure*”, e, como foi visto, segundo observa HÉSIO FERNANDES PINHEIRO, passa a ser um dever da mesma providenciar a averbação do seu nome de casada no assento de nascimento, bem como a retificação dos seus documentos onde conste o nome de solteira”.<sup>41</sup> Também a jurisprudência se mostrava vacilante na interpretação da norma referida. O Supremo Tribunal Federal proclamou, de certa feita, que à mulher cumpria, enquanto durasse a sociedade conjugal, usar o patronímico do marido, *dever* que desaparecia no momento em que se dissolvia a mesma sociedade.<sup>42</sup>

Entendiam outros que o uso, pela mulher, do nome de família do marido não passava de um direito, facultando-se-lhe, por isto mesmo, dele valer-se ou não. Invocavam, em abono de sua opinião, o disposto no art. 324 de nossa lei civil, revogado pela Lei 6.515, segundo o qual a mulher condenada na ação de desquite, perdia o *direito* de usar o nome do marido. Entre os que sustentavam esse ponto de vista incluía-se ARNOLDO WALD, para quem a mulher poderia conservar o seu próprio sobrenome, acrescentar-lhe o sobrenome do marido ou, se preferir, usar tão somente o sobrenome do marido.<sup>43</sup>

Com o advento da Lei 6.515, dissiparam-se as dúvidas existentes em torno do assunto. É que, por força do disposto no nº 5 de seu art. 50, o art. 240 do Código Civil passou a contar com um parágrafo, a que se deu a seguinte redação:

“Parágrafo único — A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido”.

Assim sendo, a questão deixou de comportar dúvidas. A mulher, ao contrair casamento, tanto poderá continuar usando o nome (prenome e patronímico) de

solteira, como adicionar-lhe o patronímico do marido, devendo o assento, a ser obrigatoriamente lavrado após a celebração do matrimônio, registrar a opção por ela feita.

O que se faculta à mulher — não é demais repetir — é acrescer, aos seus, os apelidos do marido, não lhe sendo permitido, portanto, alterar o seu prenome ou a ele adicionar o patronímico do marido, com exclusão do seu próprio nome de família.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FONSECA, Gelson. "Anteprojeto de Código Civil – Livro IV – Direito de Família", in "Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros", ano VI, n.º 23, pág. 13.  
ACCIOLY FILHO, "Divórcio", em "Revista de Informação Legislativa", n.º 49, janeiro a março de 1976, pág. 4.
2. COELHO, Ludgero Antonio. "Do Casamento Civil Brasileiro", Rio de Janeiro, Pereira Braga, 1889, pág. 260.
3. SOARES, Oscar de Macedo. "Casamento Civil", Paris, H. Garnier, 1909, pág. XVIII.
4. MARCHESINI JÚNIOR, Waterloo. "Instituição do Divórcio no Brasil", Curitiba, Juruá, 1978, págs. 37 a 38.  
TUCCI, Rogério Lauria. "Da Ação de Divórcio", S. Paulo, Saraiva, 1978, págs. 94 a 96.
5. "Arquivos do Ministério da Justiça", n.º 147, julho a dezembro de 1978.
6. DE PLÁCIDO E SILVA. "Vocabulário Jurídico", Rio de Janeiro, Forense, 1967, 2ª ed., vol. I, pág. 129.
7. MAXIMILIANO, Carlos. "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 3ª ed., 1941, pág. 440.
8. SANTOS, José Maria de Carvalho. "Código Civil Brasileiro Interpretado", Rio de Janeiro, Calvino Filho, 1934, vol. V, pág. 304.
9. GOMES, Orlando e CARNEIRO, Nelson. "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos", Rio de Janeiro, Forense, 1968, págs. 232 a 247.
10. GOMES, Orlando. "Direito de Família", Rio de Janeiro, Forense, 1968, pág. 256.
11. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. "Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos", Rio de Janeiro, Forense, 1977, págs. 307 a 308.
12. Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão de 24.02.69, do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, in "Revista dos Tribunais", vol. 74, págs. 784 a 786.
13. Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão citado no n.º anterior.
14. GOMES, Orlando e CARNEIRO, Nelson. Op. cit. no n.º 9, págs. 236 a 238.
15. MAXIMILIANO, Carlos, Op. cit. no n.º 7, págs. 178 e 179.
16. GOMES, Orlando. "Direito das Sucessões", Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed., 1970, pág. 21.
17. PEREIRA, Cáo Mário da Silva, Op. cit. no n.º 11, pág. 307.
18. WALD, Arnold, "Consequências da Lei n.º 2.515 no Direito Sucessório", em "Revista de Informação Legislativa", n.º 60, outubro a dezembro de 1978, pág. 151.
19. ALMEIDA, Estevão de. In SANTOS, José Maria de Carvalho, obra e vol. cit. no n.º 8, pág. 371.

20. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. "Instituições de Direito Civil", volume VI, "Direito das Sucessões", Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 93.
21. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Ob. e vol. cit. no n.º 20, pág. 164.
22. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. "Instituições de Direito Civil", volume V, Direito de Família, pág. 179.
23. FRANÇA, R. Limongi. "A Lei do Divórcio Comentada e Documentada", São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 174.
24. RODRIGUES, Sílvio. "O Divórcio e a lei que o regulamenta", São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 222.
25. CORRÊA, Orlando de Assis e MOURA, Mário de Aguiar. "Divórcio, teoria e prática", Porto Alegre, Síntese, 1978, págs. 306 a 307.
26. WALD, Arnold. Trabalho cit. no n.º 18, in "Revista de Informação Legislativa", número 60, outubro a dezembro de 1978, págs. 149 a 158.
27. MARCHESINI JÚNIOR, Waterloo. "Instituição do Divórcio no Brasil", Curitiba, Jurúá, 1978, pág. 326.
28. SAMPAIO, Pedro. "Divórcio e Separação Judicial", Rio de Janeiro, Forense, 1978, págs. 242 a 243.
29. CAMPOS, Antônio Macedo, "Teoria e Prática do Divórcio", Bauru, Jalevi, 1978, págs. 277 a 279.
30. "Paraná Judiciário", vol. 13, pág. 313.
31. PINHEIRO, Flávio Cesar de Toledo. "Comentários à Lei do Divórcio", São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1978, pág. 87.
32. SANTOS, Ulderico Pires dos. "A Lei do Divórcio Interpretada", Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 168.
33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1974, vol. IV, pág. 51.
34. LIEBMAN, Enrico Tullio. Cit. por GRINOVER, Ada Pellegrini, "Ação Declaratória Incidental", São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1972, pág. 38.
35. MARQUES, José Frederico. "Instituições de Direito Processual Civil", 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, vol. V, pág. 57.
36. SANTOS, Ulderico Pires dos. Op. cit. no n.º 32, pág. 165.
37. GARCEZ FILHO, Martinho. "Direito de Família", Rio de Janeiro, A. Coelho Branco, 1932, vol. I, pág. 326.
38. BARBI, Celso Agrícola. "A comunhão de bens na nova lei de proteção à mulher casada", em Revista Forense, vol. 201, págs. 25 a 29.
39. BARBI, Celso Agrícola. Trabalho cit. no n.º anterior, Revista, vol. e págs. mencionados.

40. RODRIGUES, Sílvia. Op. cit. no nº 24, pág. 195.
41. FRANÇA, R. Limongi, "Do nome Civil das Pessoas Naturais", 3ª ed., São Paulo, "Revista dos Tribunais", págs. 276 a 277.
42. "Revista Forense", vol. 108, pág. 79.
43. WALD, Arnold. "Direito Civil Brasileiro". "Direito de Família", Rio de Janeiro, Lux, 1962, pág. 79.