

tituinte" (in *Com. Cód. Proc. Civil* — HAMILTON DE MORAES E BARROS, IX vol., pág. 34/50).

No caso, a iniciativa partiu do próprio advogado e não da parte, propriamente dita (art. 1.063 do C.P.C.), através de outro procurador constituído.

O § 2º do art. 208, da Lei de Falências, como entende o douto Liquidante Judicial, *data venia*, não cabe aplicação, *contrario sensu*.

Inaplicável também o art. 20 do mesmo diploma processual civil, porquanto na excogitada hipótese, não há vencido.

Ora, o simples pedido de restauração não cogitou de honorários, por óbvia razão, e deste modo, o art. 1.069 não merecia interpretado na sua absoluta extensão, porquanto, mais restrito estava aos limites em que postulado (art. 128, do Cód. Civil), pois não havia nenhum outro profissional se não o próprio requerente, a ser beneficiado com uma das consequências **processual** do desaparecimento.

Destarte, o recurso merece provido."

O bem lançado parecer da douta Procuradoria da Justiça bem analisou o caso.

De fato, não vemos modo de aplicar ao requerente da restauração dos autos, sendo ele o próprio advogado, único no processo, o princípio da sucumbência, quando teve ele seu intento aceito pelo juiz.

No caso não há vencido nem vencedores.

Os autos foram restaurados por quem deu causa ao seu desaparecimento e providenciou, advogando em causa própria, o devido processo.

A sentença não faz jus à cultura de seu prolator.

A apelação é de ser provida para que se exclua da sentença a condenação na verba honorária.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1976.

Saulo Itabaiana de Oliveira, Presidente;

Plínio Pinto Coelho, Relator.

FILIAÇÃO ADULTERINA. DIREITO SUCESSÓRIO

Filiação adulterina. Direito sucessório. Concurso de filhos legítimos e adulterinos. Constitucionalidade do art. 2º da Lei 883, de 21 de outubro de 1949. Incidentes de uniformização de jurisprudência. Avaliação em inventário e sua renovação. Nulidade do processo de inventário. a) Não se anula processo de inventário por não terem sido citados os herdeiros menores, quando o Dr. Curador de Órfãos oficiou nos autos desde as primeiras declarações e o representante legal dos menores juntou procuração e, embora não se tivessem pronunciado sobre diversos atos, impugnaram a partilha e da sentença recorreram, não tendo havido qualquer prejuízo à defesa de seus direitos e interesses. b) Incabível o pedido de uniformização de jurisprudência no concernente à igualdade sucessória entre os filhos adulterinos e os legítimos, porque o V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara Cível versou sobre os filhos

adulterinos reconhecidos em face do Decreto-lei 4.737, de 24 de dezembro de 1942, ao passo que, na hipótese dos autos, trata-se de reconhecimento fundado na Lei 883, de 21 de outubro de 1949. c) Não é inconstitucional, nem fere o princípio da isonomia, o art. 2º da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que confere ao filho adulterino, reconhecido na forma daquela lei, a metade do que couber ao filho legítimo. Incidente rejeitado por maioria. d) Não cabe uniformização da jurisprudência quanto ao pedido de nova avaliação, porque não se funda em tese jurídica, mas em matéria de fato, apreciável em cada caso. e) **No concernente ao mérito**, embora seja uma tendência do direito de família ir equiparando as situações de fato às jurídicas, não é ainda aceitável a equiparação da **separação de fato** ao desquite, para se considerar simplesmente naturais os filhos de homem casado, mas separado de fato. Os fi-

lhos adúlteros, reconhecidos com fundamento na Lei 883, de 21 de outubro de 1949, concorrendo com legítimos, recebem, apenas, a metade do que a estes tocar. Para manter o princípio da igualdade na partilha, impõe-se que se proceda à nova avaliação do único imóvel valioso existente no acervo inventariado, que teria sido adjudicado por inteiro à viúva meeira.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 452, em que são apelantes Coris Luna Freire Júnior e outro, menores, representados por sua mãe, Annabella Vera Grazia Herczog e apelada Cora Costa Freire,

ACORDAM os Juízes de 8ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em proferir a seguinte decisão, como consta da minuta: "Rejeitaram a nulidade do processo, unanimemente. Rejeitaram, ainda, o primeiro incidente de uniformização de jurisprudência, unanimemente. Por maioria, rejeitaram o incidente de inconstitucionalidade suscitada pelo Revisor. Rejeitaram, também, unanimemente, o segundo pedido de uniformização de jurisprudência. Deram provimento, em parte, à apelação, para mandar fazer nova avaliação, unanimemente. O Desembargador Revisor fará declaração de voto".

1. Os apelantes, menores impúberes, Coris Luna Freire Júnior e Marcos Luna Freire, nascidos, respectivamente, em 10 de junho de 1963 e 10 de dezembro de 1967, representam o pai, Coris Luna Freire, no inventário do seu avô paterno, Osiris Luna Freire, que faleceu em 29 de agosto de 1971, sendo o inventário ajuizado em 27 de setembro de 1971.

Coris Luna Freire, filho pré-morto do inventariado, deixou uma filha legítima e os dois filhos ilegítimos acima mencionados. O de cujus era casado e, estando separado de fato da esposa, passou a viver maritalmente com moça solteira, resultando dessa união o nascimento dos dois filhos já referidos, que foram considerados adúlteros pela respeitável decisão recorrida, que, aplicando a Lei 883, de 21 de outubro de 1949, conferiu a cada um deles a metade do que coube à filha legítima.

Daí, a apelação, onde são argüidas as seguintes questões prévias:

a) a nulidade do processo de inventário;

b) uniformização da jurisprudência sobre a igualdade sucessória dos filhos adúlteros em concurso com os legítimos;

c) argüição de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 883, de 21 de outubro de 1949;

d) uniformização da jurisprudência sobre a forma de apurar o valor do bem imóvel mais valioso, adjudicado à viúva meeira, em face do princípio de igualdade que deve presidir a partilha.

2. Alega-se, preliminarmente, a nulidade do processo de inventário por falta de audiência dos menores. Todavia, na própria inicial, os menores foram arrolados entre os herdeiros do espólio e, prestadas as primeiras declarações, deu-se a intervenção do Dr. Curador de Órfãos (fls. 16/17), que solicitou fosse regularizada a representação dos ora apelantes, juntando-se a fls. 35, a procuração dos mesmos, representados por sua mãe, a advogado. Devidamente representados nos autos, não falaram sobre a avaliação e cálculos para se pronunciarem somente por ocasião da partilha, impugnando-a e recorrendo. O Dr. Curador de Órfãos, porém, teve vista dos autos em relação a todos esses atos e, ainda, a fls. 82, não concordou com a impugnação à partilha e a fls. 18, onde opinou no sentido de ser confirmada a sentença apelada. Nesta Câmara, manifestou-se contrariamente à nulidade o Dr. Procurador da Justiça (fls. 108). Não houve qualquer prejuízo para os mencionados herdeiros, que tiveram oportunidade para suas alegações, tendo oficiado o Dr. Curador em todos os atos. Por essas razões, não foi acolhida a preliminar ou nulidade.

3. A fls. 90, os apelantes solicitaram, nos termos do parágrafo único do art. 476 do Código de Processo Civil, que fosse suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência sobre o direito sucessório do filho adúltero, porque o Venerando Acórdão da Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, na apelação cível nº 69.259, decidiu que os filhos adul-

terinos herdarem em igualdade de condições com os legítimos, enquanto a decisão recorrida considerou que os adúlteros recebem a metade do que couber, na herança, ao filho legítimo. (Acórdão publicado na Revista do Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara, v. 29, p. 186).

Todavia, o V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara Cível, por maioria, reconheceu o direito do filho adúlterino receber, em igualdade de condições com o legítimo, aplicando o Decreto-lei 4.737, de 24 de dezembro de 1942, ao passo que, na hipótese dos autos, se trata da interpretação da Lei 883 de 1949, em cuja vigência os apelantes nasceram e foram reconhecidos. Por essas razões, foi rejeitado esse incidente de uniformização de jurisprudência.

4. A arguição de inconstitucionalidade também não foi acolhida, não obstante ter sido suscitada pelo eminente Desembargador Revisor e do pronunciamento de PONTES DE MIRANDA, no **Tratado de Direito Privado**, v. 9, 98, 1972, onde declara que "o art. 2º da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, é "contrário à Constituição de 1946, art. 141 e art. 144". Nas razões de recurso, os apelantes invocaram a lição de PONTES DE MIRANDA (fls. 67) e a do Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA, em estudo publicado na Revista dos Tribunais, v. 324, p. 11, onde defende a tese da inconstitucionalidade do referido preceito legal por ferir o princípio da isonomia (fls. 68).

A Constituição de 1937, no artigo 126, equiparou os filhos naturais aos legítimos, revogando o § 1º do art. 1.605 do Código Civil, declarando: "Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos e, extensivos àqueles, os direitos e deveres que em relação a estes incumbem os pais."

Ficou, assim, revogado o § 1º do art. 1.605 do Código Civil, que restringia os direitos dos filhos naturais reconhecidos na constância do casamento, à metade do que coubesse ao legítimo. É matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1937 não tornou inconstitucional o § 1º do art. 1.605 do Código Civil, apenas o revogou porque se tratava de lei anterior à vigência daquela Constituição.

Extinta a Constituição de 1937, o preceito do Código Civil não se restaurou, porque, no nosso sistema legislativo, a perda da vigência da lei revogada não a perda da vigência da lei revogadora não restaura a lei revogadora, isto é, não tem efeito repristinatório § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Assim, os filhos naturais continuaram e continuam equiparados aos legítimos. Daí, porém, não resultou nenhum impedimento para que a Lei 883, de 21 de outubro de 1949, no seu art. 2º, preceituasse que os filhos adúlteros, reconhecidos na forma desse diploma legal, só tinham direito à metade do que coubesse aos legítimos. Não há nenhuma desigualdade que ofenda ao princípio constitucional da isonomia, porque se trata de filhos adúlteros de classe ou qualificação diferente da dos naturais. A igualdade se estabelece em relação a cada classe da filiação e não no concernente a todos os filhos, tanto assim que o Código, ainda hoje, não permite o reconhecimento dos incestuosos, que, evidentemente, ficam em desigualdade com as outras classes de filhos. Se todos forem da mesma classe, a lei não pode beneficiar uns em prejuízo de outros, sem ferir o princípio da isonomia, mas se os filhos têm qualificações diferentes, nada obsta que a lei ordinária lhes confira situações diversas, sem ferir o princípio da igualdade constitucional.

5. Pediram os apelantes que fosse suscitado incidente de uniformização de jurisprudência sobre a "imprescindibilidade de apurar-se o valor do bem imóvel inventariado, para efeito da partilha, ou em nova avaliação, ou em hasta pública ou leilão, não valendo, para essa finalidade, a avaliação realizada para o cálculo de imposto." Citaram diversos julgados que determinaram se procedesse a nova avaliação ou a venda em hasta pública, para manter o princípio da igualdade na partilha. (Acórdãos relatados pelos Desembargadores Mem de Vasconcelos Reis, João Coelho Branco e Emanuel Sodré, publicados na Rev. de Direito Imobiliário, volume 27, p. 127 e volume 26, p. 266 e in Direito nº 46, p. 257 e nº 47, p. 292).

Não há tese jurídica ou interpretação a ser uniformizada, porém matéria de fato que deve ser apreciada e decidida, em cada caso, de acordo com as cir-

cunstâncias. Rejeitou-se, em consequência, a uniformização solicitada.

6. **No mérito**, sustenta-se o princípio de que o filho de homem casado, mas separado de fato da esposa, é natural e não adulterino; que o V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara Cível, já citado, teria reconhecido o direito do filho adulterino a concorrer, em igualdade de condições, com os filhos legítimos e, finalmente, a necessidade de ser feita nova avaliação para efeito de igualdade de partilha.

7. O V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara, já apreciado em parte, ao decidir o pedido de uniformização de jurisprudência, não pode servir de paradigma para a espécie dos autos, porque julgou, por maioria, uma situação singular de aplicação da Lei 4.737, de 24.9.1942. De fato, tratava-se de herança à qual concorriam três filhos: um natural, nascido antes do casamento do pai, outro, legítimo e, uma terceira, adulterina, a **patre**, pai casado e mãe solteira, reconhecida em 1942, com base no Decreto-lei 4.737, de 24.9.1942. Aberta a sucessão, em 1968, pretendeu-se aplicar a Lei 883 de 1949, na parte sucessória, de acordo com o princípio estabelecido no art. 1.577 do Código Civil. Todavia, o V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara não aplicou a Lei 883, porque o seu artigo 2º declara que esse direito à metade da herança que coubesse ao filho legítimo era concedido "ao filho reconhecido na forma desta lei". Ora, naquele caso, a filha adulterina teria sido reconhecida no regime do Decreto-lei 4.737 de 1942 e estando revogado o § 1º do art. 1.605 do Código

Civil, pelo art. 126 da Constituição de 1937, não havia qualquer restrição para o recebimento da herança pelos filhos adulterinos reconhecidos naquela fase, em igualdade de condições com o legítimo. Esse V. Acórdão, sem dúvida, decidiu que os filhos adulterinos, reconhecidos na vigência do Decreto-lei nº 4.737, de 1942, recebiam, na herança, em igualdade de condições com os legítimos, não obstante ter sido aberta a sucessão já em vigor a Lei 883 de 1949. Dispõe o V. Acórdão:

"Logo após esta lei, foi a apelada, 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 cujus**. Revogado que fora pela Carta de 1937 o disposto no § 1º do art. 1.605 do Código 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 Código Civil), quanto ao direito à igualdade dos quinhões. 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 § 1º do art. 1.065 do Código Civil e até de maneira mais antipática, referindo-se a "amparo social" e não herança, amparo que seria igual à metade da herança do filho legítimo ou legitimado (artigo 2º)."

APELAÇÃO CÍVEL Nº 452

"Discute-se, no caso, a aplicação desta lei aos reconhecidos do regime da lei anterior, Decreto-lei nº 4.737, de 1942. Não há dúvida que em se tratando de sucessão, a lei aplicável é a da abertura da sucessão (artigo 1577 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 à 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, que essa Lei 883, de 1949, não dispôs sobre os efeitos dos reconhecimentos havidos de acordo 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 aos "filhos reconhecidos na forma des-

cunstâncias. Rejeitou-se, em consequência, a uniformização solicitada.

6. **No mérito**, sustenta-se o princípio de que o filho de homem casado, mas separado de fato da esposa, é natural e não adulterino; que o V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara Cível, já citado, teria reconhecido o direito do filho adulterino a concorrer, em igualdade de condições, com os filhos legítimos e, finalmente, a necessidade de ser feita nova avaliação para efeito de igualdade de partilha.

7. O V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara, já apreciado em parte, ao decidir o pedido de uniformização de jurisprudência, não pode servir de paradigma para a espécie dos autos, porque julgou, por maioria, uma situação singular de aplicação da Lei 4.737, de 24.9.1942. De fato, tratava-se de herança à qual concorriam três filhos: um natural, nascido antes do casamento do pai, outro, legítimo e, uma terceira, adulterina, a **patre**, pai casado e mãe solteira, reconhecida em 1942, com base no Decreto-lei 4.737, de 24.9.1942. Aberta a sucessão, em 1968, pretendeu-se aplicar a Lei 883 de 1949, na parte sucessória, de acordo com o princípio estabelecido no art. 1.577 do Código Civil. Todavia, o V. Acórdão da Egrégia 1ª Câmara não aplicou a Lei 883, porque o seu artigo 2º declara que esse direito à metade da herança que coubesse ao filho legítimo era concedido "ao filho reconhecido na forma desta lei". Ora, naquele caso, a filha adulterina teria sido reconhecida no regime do Decreto-lei 4.737 de 1942 e estando revogado o § 1º do art. 1.605 do Código

Civil, pelo art. 126 da Constituição de 1937, não havia qualquer restrição para o recebimento da herança pelos filhos adulterinos reconhecidos naquela fase, em igualdade de condições com o legítimo. Esse V. Acórdão, sem dúvida, decidiu que os filhos adulterinos, reconhecidos na vigência do Decreto-lei nº 4.737, de 1942, recebiam, na herança, em igualdade de condições com os legítimos, não obstante ter sido aberta a sucessão já em vigor a Lei 883 de 1949. Dispõe o V. Acórdão:

"Logo após esta lei, foi a apelada, 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 cujus**. Revogado que fora pela Carta de 1937 o disposto no § 1º do art. 1.605 do Código 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 Código Civil), quanto ao direito à igualdade dos quinhões. 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 § 1º do art. 1.065 do Código Civil e até de maneira mais antipática, referindo-se a "amparo social" e não herança, amparo que seria igual à metade da herança do filho legítimo ou legitimado (artigo 2º)."

APELAÇÃO CÍVEL Nº 452

"Discute-se, no caso, a aplicação desta lei aos reconhecidos do regime da lei anterior, Decreto-lei nº 4.737, de 1942. Não há dúvida que em se tratando de sucessão, a lei aplicável é a da abertura da sucessão (artigo 1577 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 à 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, que essa Lei 883, de 1949, não dispôs sobre os efeitos dos reconhecimentos havidos de acordo 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 aos "filhos reconhecidos na forma des-

ta lei". Isto é o que exprime o texto legal" (Rev. de Jurisprudência do Trib. de Justiça do Estado da Guanabara, nº 22, p. 190).

O V. Acórdão acima citado e o voto vencido expõem a matéria, sustentando teses opostas, com esmerada erudição, sendo certo, porém que em nada aproveitam aos apelantes, na hipótese dos autos.

ORLANDO GOMES, no *Direito das Sucessões*, também doutrina que os filhos havidos fora do matrimônio e reconhecidos na vigência da Lei 4.737 de 1942, recebem em igualdade de condições, não se lhes aplicando a Lei 883 (ORLANDO GOMES, *Direito das Sucessões*, 1.ª ed. págs. 73 e 74, 1970).

8. No concernente aos filhos adúlterinos, reconhecidos na forma da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que constitui o caso dos autos, o art. 2º da mencionada lei é expresso ao declarar que os mesmos só terão direito, a título de amparo social, à metade do que couber ao filho legítimo, quando com ele concorrer.

Depois desse diploma legal, os autores, em regra, assim se têm manifestado, como se observa em ORLANDO GOMES, no "*Direito das Sucessões e no Direito de Família*", dizendo, textualmente:

Aos adúlterinos defere-se direito sucessório, mas limitadamente. Toca-lhes apenas "metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado, obviamente se com ele concorrer" (ORLANDO GOMES, *Direito das Sucessões*, p. 73, 1970).

No *Direito de Família*, o ilustre Professor afirma, igualmente, que "o filho adúlterino faz jus a metade da herança que couber ao legítimo ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, p. 256, 1968).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, nas *Instituições de Direito Civil*, v. VI p. 93, declara que concorrendo "filhos legítimos, os legitimados recebem a metade do que a eles tocou" e no volume

V, ao tratar do direito de família, sustenta o mesmo princípio (p. 186, 1ª edição, 1972).

9. Afirmam ainda os apelantes que os filhos de pai casado, mas **separado de fato da esposa**, devem ser considerados simplesmente naturais. Pretende-se equiparar a separação de fato ao desquite, para o efeito de modificar a qualificação ou classe dos filhos adúlterinos a **patre**.

Na verdade, no campo do direito e especialmente no direito de família, se tem admitido que muitas situações de fato se equiparem às jurídicas ou delas se aproximem, para o efeito de se lhes reconhecer, muitas vezes, alguns direitos. Todavia, no que se refere à filiação adúlterina a **patre** essa tese ainda não foi acolhida, não obstante a existência de pronunciamentos que lhes sejam favoráveis. É possível que no futuro a própria lei venha a adotar essa equiparação, o que, no entanto, ainda não se pode admitir. É de justiça salientar o trabalho, a cultura e a erudição com que foram defendidos os direitos e interesses dos apelantes, pelos seus ilustres patronos, mas não foi possível acolher a tese por eles sustentada.

10. Resta apurar o problema da avaliação para estabelecer a igualdade na partilha. Em regra, uma vez feita a avaliação, não havendo nulidade, nem impugnação oportuna *tempore*, não se manda renovar a avaliação.

Acontece, no entanto, que, na espécie, a avaliação data de junho de 1972 e consiste em um único imóvel valioso, que, na partilha, é adjudicado à viúva meeira, recebendo os outros, bens móveis e reposição em dinheiro. A própria inventariante declara que está disposta a dar em dinheiro a diferença do valor do bem imóvel, entre a data da avaliação e a de hoje, como se verifica de fls. 103.

Assim, para que haja igualdade na partilha e os menores não sejam prejudicados, nem eles, nem os demais interessados, impõe-se uma nova avaliação para se apurar o valor atual, estabelecendo-se igualdade da partilha. Se o monte fosse constituído de outros bens imóveis, todos estariam valorizados, não havendo razão para se refazer a avaliação, mas, no caso espe-

cial, em que existe apenas um imóvel valioso, há necessidade de atualização do preço. Deram, assim, provimento parcial à apelação, a fim de ser feita nova avaliação, que servirá de base à partilha.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 1976.

Presidente: **Des. Romeu Rodrigues Silva;**

Relator: **Des. Clóvis Paulo da Rocha;**

Des. Newton Doreste Batista, vencido.

VOTO VENCIDO

Inconstitucionalidade. Se é relevante a arguição, não pode o órgão fracionário do Tribunal, recusar o procedimento incidental por que deva ser apreciada a matéria constitucional.

É inconstitucional o art. 2º da Lei nº 883, de 21-10-49.

É do seguinte teor o art. 2º da Lei 883, de 1949:

"O filho reconhecido na forma desta lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legítimo."

1. A inconstitucionalidade, além de levantada pela parte, foi, igualmente, suscitada pelo Revisor. Logo, data venia, não incide a regra do art. 481, do Código de Processo Civil.

Nos órgãos fracionários dos Tribunais, para que o vício possa provocar a subida do processo ao Pleno da Corte, é indispensável que se reconheça a relevância da arguição: o pronunciamento da inconstitucionalidade deve influir, necessariamente, na decisão da demanda. Se a causa puder ser julgada sem apreciação da legitimidade, ou não, da norma atacada, não haverá razão para pronunciamento do Plenário. Se, no entanto, o reconhecimento do vício repercutir, ou puder repercutir, no desate da

questão, a arguição é reputada relevante e o corpo fracionário julgador não lhe pode negar seguimento.

Não obstante a simplicidade que o tema oferece, a doutrina não é tranqüila. Assim, J. C. BARBOSA MOREIRA entende que o órgão seccional pode rejeitar a arguição por julgá-la improcedente, uma vez que a Constituição somente exige maioria absoluta dos membros do Tribunal "para a declaração da inconstitucionalidade" (Comentários, V nº 28, p. 48, 1ª ed.).

Parece-me, porém, que a razão está com PONTES DE MIRANDA:

"Não há julgamento de inconstitucionalidade dentro de turma ou câmara; nem afasta o *per saltum* o facto de todos os juizes da turma, ou da câmara, ou de outro corpo julgador, estarem acordes em que não há inconstitucionalidade.

Uma vez que foi posta a questão, pelo interessado, ou de ofício, não a pode julgar o corpo seccional: somente o tribunal pleno pode decidir. Se se permitisse que o corpo julgador pudesse evitar o *per saltum*, por afirmação de não haver infração da Constituição, ter-se-ia deixado sem tutela jurídica a parte que pediu a decretação da inconstitucionalidade.

Sempre que se dá cognição a juiz ou tribunal, é de entender-se que se pergunta ao juiz ou aos juizes: "sim ou não". Se o juiz ou o corpo julgador não pode dizer "não", também não pode dizer "sim".

A regra jurídica do art. 200 da Constituição de 1946 (atual artigo 116) só se refere aos corpos julgadores: a maioria que não seja metade mais um nem poderia dizer "sim", nem poderia dizer "não" (Cons. CPC (1939), XII, p. 358, 2ª ed.).

A inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 883, se pronunciada, repercutirá na partilha dos bens deixados pelo pai dos apelantes. De acordo com o ensinamento de PONTES DE MIRANDA, somente a maioria qualificada do Tribunal pode dizer "sim" ou "não" à arguição deduzida. O corpo fracionário,

a Câmara — *data venia* —, não sendo competente para dizer "sim", não o é, igualmente, para dizer "não".

Se assim não for, a parte, nas decisões unânimes do órgão, terá ficado "sem tutela jurídica".

Eis por que votei: para que, ouvida a douta Procuradoria, fosse suspenso o julgamento e, ao Pleno, encaminhados os autos para apreciação da matéria constitucional.

2. A Constituição de 1937, artigo 126, estabeleceu o seguinte princípio:

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

Ao adotar esse princípio, a Carta tornou inconstitucional o disposto no parágrafo 1º do artigo 1.805 do Código Civil. Apagou-o do nosso ordenamento jurídico (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, IX, § 967, nº 2, p. 81).

Sobreveio a Constituição de 1946, a qual — sem reproduzir nem revogar o enfocado princípio dispôs, em linguagem ampla, no art. 144:

"A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição **não exclui** outros direitos e garantias decorrentes do regime e **dos princípios** que ela adota."

O sempre acatado CARLOS MAXIMILIANO, ao enumerar as regras que devem presidir à interpretação do direito constitucional, abona a opinião de COOLEY ao ensinar que:

"... os direitos assegurados pela Constituição antiga prevalecem, na vigência da nova, nos pontos em que esta não revogou aquela" (*Hermenêutica*, nº 372, p. 367).

Essa regra de interpretação do direito público permitiu a PONTES DE MIRANDA, noutro lance de seu prestigioso *Tratado*, afirmar que:

"O art. 2º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, é contrário à Cons-

tituição de 1946, arts. 141 § 1º e 144 (Constituição de 1937, art. 126). Antes, § 967, 2" (IX, § 971, 2).

No § 967, 2, a que se reporta o autor, escrevera:

"Hoje, os desquitados podem reconhecer filhos concebidos antes do desquite; e o que não tem dever de fidelidade somente não pode atribuir ao que o tem ter sido o outro dos pais. As Constituições, quando editam regras de direito material que atingem o direito penal ou civil, **revogam** as regras de direito material penal ou civil que são **incompatíveis** com ela. Advento de outra Constituição, que nada diga, não tem o poder de **reviver** a regra revogada ou derogada. A Constituição de 1937, art. 126, disse que a lei asseguraria a igualdade dos filhos naturais com os legítimos e lhes facilitaria o reconhecimento, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a esses incumbem aos pais. O art. 358 do Código Civil não poderia mais incidir. O art. 126 da Constituição de 1937 **fê-lo inconstitucional**. A revogação expressa pela Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, art. 6º, somente teve significação de explicitude. Há o art. 144 da Constituição de 1946."

3. Pela Lei 883, de 1949, foi permitido o reconhecimento de filhos (antes) adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal de que participava o genitor cujo estado determinava a discriminação.

Mas, essa lei avançou tanto quanto recuou no tempo. Avançou quando, ao rompimento da sociedade dos esposos, atribuiu nova dimensão: a de fazer cessar a adulterinidade do filho havido fora do casamento, facultando-lhe, em consequência, o reconhecimento pelo genitor antes impedido. Mas, recuou quando — inexplicável e contraditoriamente —, no referido art. 2º, restabeleceu o tratamento discriminatório do Código Civil que a Constituição deliberadamente abolira.

O simples enunciar dessas alterações sofridas pelo direito positivo mostra que, também sob outro ângulo, ou

fundamento, a ilegitimidade da norma ressalta à evidência: se a revogação decorre de norma constitucional, traduzindo um princípio que o constituinte passa a adotar, não pode a lei ordinária, de inferior hierarquia, ab-rogar o princípio constitucional para restaurar o que com ele se tornara incompatível.

4. Mas, isso é próprio dos momentos de evolução do direito: a timidez do legislador em romper com o contexto que supõe ainda existir. Nesse estado de hesitação, senão de tibiexa, não raro comete incoerências como a que reflete o art. 2º. No entanto, demonstram os filósofos do Direito que, no momento em que a evolução já amadureceu para se impor, esse contexto já não mais existe. Outro está em seu lugar a impelir aqueles a que tocam as modificações ditadas pelas épocas:

“... o homem sempre foi o fio do tecido social, ou uma lasca da linha de cumieira das civilizações. Os ar-
tífices dos direitos dos povos não fizeram outra coisa senão olhar argu-
tamente a sua sociedade e pintá-la” —

na feliz observação de ALTAVILA, por-
quanto “os direitos sempre foram espel-
hos das épocas”.

Noutro tópicó, citando LEOPOLDO
ALAS:

“... o direito, como tudo o mais,
avança a passos contados; é inútil
que o homem se afane: não terá mais
direito do que o correspondente ao
estado de desenvolvimento social em
que vive e esse desenvolvimento, esse
progresso, depende de leis universais
alheias à vontade do homem — do de-
terminismo universal” (*A Origem dos
Direitos dos Povos*, 3ª ed., Ed. Me-
lhoramentos, S. Paulo, p. 8-9).

5. A Lei 883 é de 1949 quando não
mais vigorava o parágrafo 1º do art.
1.605 do Código Civil, que discriminava
entre filhos legítimos (ou legitimados)
e filhos naturais, revogado, que fora,
pelo artigo 126 da Constituição de 1937.

O exame do sentido e do alcance
dessa lei permite concluir que, por ela,
não é mais defeso o reconhecimento de
filho havido fora do casamento (adul-
terino), desde que dissolvida a socieda-
de conjugal. O reconhecimento pode
ser voluntário ou coativo (art. 1º).

A lei também proibiu que, no re-
gistro civil, fosse feita “qualquer refe-
rência à filiação ilegítima”, exteriori-
zando, aí, o nítido propósito de expun-
gir a nódoa de adulterinidade.

Portanto, o direito legislado admi-
te que a adulterinidade não é mais uma
condição definitiva: cessa quando se dis-
solve a sociedade conjugal, desde quan-
do o filho pode ser livremente reconhe-
cido ou como tal (e sem escândalo) de-
clarado. O estigma da origem é pros-
crito pelo direito, sendo viva a preo-
cupação do legislador de proibir, no
registro civil, “qualquer referência à fi-
liação ilegítima” (art. 7º).

Se, após o desfazimento da socieda-
de conjugal, é livre o reconhecimento
ou a investigação da paternidade, e se
é expressamente proibida a referência à
origem da filiação, parece irrecusável
que, a essa altura — desfeita a socie-
dade conjugal —, já não mais se pode-
rá falar de filho adulterino, senão em
filho de condição equiparada ao natu-
ral, a disputar, com os legítimos, os
mesmos direitos de herança. E se a lei
— contraditoriamente e com violação
do princípio advindo com a Carta de
1937, que subsiste no direito constitu-
cional vigente (CARLOS MAXIMILIA-
NO, *retro*) — confere, a essa classe, tra-
tamento diferente do que recebem os
filhos legítimos obviamente o questio-
nado art. 2º não pode subsistir *sine*
aberratio, para o todo harmonioso que
deve guardar o ordenamento jurídico.

Assim, e uma vez que a douta maio-
ria desceu ao exame da legitimidade da
norma enfocada, não pude deixar de
fundamentar meu voto, também quan-
to ao mérito da arguição, no sentido da
inconstitucionalidade do artigo 2º da
Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.

Data retro.

Newton Doreste Baptista.