

RECONHECIMENTO DE FILHO ADULTERINO A PATRE, NO TERMO DE NASCIMENTO, NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. ATO INEFICAZ, E NÃO NULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 26.036

Recorrentes: Eugênio José da Silva Abreu e outro

Recorrido : Ricardo da Silva Abreu

*Recurso extraordinário. Filiação. Reconhecimento de filho adúltero a **patre** no termo de nascimento, na constância da sociedade conjugal.*

Ato ineficaz, e não nulo, que passa a produzir integralmente seus efeitos, dissolvida aquela. Conseqüências jurídicas, em seu curso, para fins de alimentos e de estabelecimento de impedimento matrimonial. Impropriedade de considerar-se nulo o ato, que, salvo expressa previsão legislativa como tal, embora limitadamente, gera efeitos jurídicos.

Sua concepção como ato ineficaz, enquanto não se opera a dissolução da sociedade conjugal, é a que melhor se ajusta à sistemática do Código, à evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa posterior, e corresponde aos antecedentes e fins sociais da lei.

Desprovimento do recurso.

PARECER

1. Admitido o recurso extraordinário pelo r. despacho de fls. 109/10 com base na letra "d" do permissivo constitucional, em cujo sentido opinara o M.P. às fls. 102/7, vêm às fls. 114/18 as razões dos recorrentes e, às fls. 121/27, as do recorrido, ambas tempestivas.

Cinge-se o fundamento pelo qual mandado processar o apelo extremo à divergência com o v. aresto do Pretório Excelso, publicado in "RTJ", 98/462, da lavra do eminente Ministro *Cordeiro Guerra*, cujo texto configurador do dissídio vem transcrito no parecer às fls. 106/7.

Não obstante indeferido sob a invocação da alínea "a" do autorizativo constitucional, voltam os recorrentes, em suas razões, a reiterar negativa de vigência dos arts. 4.º do C.P.C. e 358 do Cód.

Civil, não constando tenham agravado do r. despacho que denegou este respaldo legal, recusado seguimento ainda à arguição de relevância de questão federal, por incabível.

A vista, entretanto, do enunciado e referência, respectivamente, das Súmulas 292 e 528, não se deixará de abordar a matéria sem abstração do enfoque pertinente à alegada infringência de preceito de lei.

2. Asseverou o v. aresto paradigma, embora proferido em ir-resignação última oriunda de ação pauliana, a nulidade do registro de filiação adulterina feito na constância da sociedade conjugal, atribuindo-lhe apenas eficácia probatória na ação de investigação de paternidade. Fixou as lindes de validade daquele ato, em curso a sociedade conjugal, abrangendo apenas duas hipóteses: por testamento cerrado, ou por sentença em ação de alimentos e, mesmo assim, quanto a esta forma, sem prejuízo da impugnação dos interessados, consoante estabelecido na Lei do Divórcio.

Por conseguinte, ao extravasar, o v. julgado impugnado dessa estreita casuística dele divergiu, demarcando a área de devolução da matéria para o julgamento da mais Alta Corte, sem prejuízo do estatuído nas Súmulas citadas.

Perfilhou o *decisum* do Tribunal local o entendimento de que "o simples fato de a sociedade conjugal se haver dissolvido pela morte de um dos cônjuges, tenha havido desquite ou não, faz cessar o interesse social em anular o registro do filho adulterino".

3. *Venia concessa* da tese encampada no acórdão padrão, dele divergimos, no sentido de que se mantenha o decisório hostilizado. Fazemo-lo, a despeito das douradas razões de seu nobre Relator, com esteio, por igual, em precedentes do Sumo Pretório, transcritos no parecer anterior (fls. 104/5) e argumentos que se lhe seguem, no rumo da razoabilidade da decisão adotada na instância a quo.

4. Contudo, já agora ao ensejo do pronunciamento de mérito, outros argumentos acorrem em prol da preservação daquele ponto de vista, a fluir em direção ao desprovimento da desconformidade última com base na letra "d" da permissão da Lei Maior, e, mesmo na alínea "a", se a ela ampliado seu exame.

5. Por ato nulo, na temática de nossa Parte Geral do Código Civil, outro não há de entender-se que o que *nullum effectum producit*. Este princípio, a qualificá-lo e distingui-lo do anulável, cede, todavia, em sede de Direito de Família, onde não só convalece o casamento celebrado perante autoridade incompetente (art. 208)

como surte conseqüências o putativo (art. 221), independentemente de boa fé de qualquer dos cônjuges, hoje, com relação aos filhos (parágrafo único do art. 14 da Lei 6.515/77).

Vê-se, pois, que, na seara das normas sobre família, vicejam regras derogatórias de inflexíveis dogmas da Parte Geral, permeáveis a necessidades e reclamos da vida social, a que aqueles não atendem. Ora *favor matrimonii*, ora a benefício da prole. Diverso, destarte, o raciocínio com que se caminhar nestas sendas.

6. Neste prisma, há partir de que, dissolvida a sociedade conjugal, pode o ato ser praticado. *In casu*, em havendo aquela se desfeito pela morte, razão não sobreviria mais para obstar-se a reconhecimento forçado da filiação, por ter desaparecido o impedimento que inibia a realização do ato, em vida. Portanto, não milita, na espécie, o princípio de sua desconstituição, mas em prol de sua sobrevivência, auscultada a *ratio legis*.

7. Argumentar-se-ia, na esteira do v. acórdão paradigma, que, no entanto, vedada sua celebração antes de desfeita a sociedade conjugal (art. 1.º da Lei n.º 883/49), nenhum efeito pode-se reconhecer-lhe, ainda que cessados os motivos que o proibiam, posto que írrito, ao arrepio de obstáculo legal. Nem tanto assim, porém.

8. Outro sendo o tratamento que se defere ao ato nulo em matéria de casamento, em Direito de Família, a da mesma forma se considerar o reconhecimento a que se procedeu fora de escrita possibilidade legal, *litteris*, poder-se-ia, com idêntica ou maior razão, dado o proveito com que favorece os filhos, admitir-se, também, como suscetível de gerar efeitos, afastados aqueles óbices. Ilação esta à guisa de orientação genérica no assunto, guardados, obviamente, nítidos e ostensivos empecilhos legislativos, num e noutro caso.

9. Hoje, a contornar a total inviabilidade de atos praticados sem a completa observância de normas legais que, malgrado imperativas, por dizerem respeito ao modo de violação, não chegam a lesar interesses de terceiros, mas de determinadas pessoas, reputadas disponíveis, já se fala de nulidade pendente atípica, a comportar ratificação. Destarte, as deliberações tomadas em Assembléias Gerais de companhias, irregularmente, desatendendo a prazos de sua convocação, não impugnadas pelos sócios (Prof. Dr. Lobo Xavier, *in* Da Invalidade das Deliberações da Assembléia Geral da A.G. na S/A, conferência pronunciada no III Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro, na Universidade de Coimbra, janeiro de 1983). Tudo a evidenciar a idéia de mitigar-se a rígida conclusão de ausência total de efeitos a atos que não acompanham as exatas fórmulas legais.

10. O tema, entretanto, desperta outro enfoque, já assinalado nas discussões. Que não se cuida de nulidade propriamente dita, na espécie, mas, em classificação cientificamente mais precisa, de ineficácia.

Ao extremá-la da invalidade, ensina, com clareza, o grande jurista luso, Prof. Galvão Telles, in *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa, 1965, n.º 160, pág. 329: "A ineficácia — em sentido amplo, sublinhamos — pode provir de uma ou duas causas. Ou os elementos e pressupostos do acto não estão em conformidade com o modelo legal, ou, não faltando essa conformidade, existe, contudo, um obstáculo exterior que se opõe à produção dos efeitos jurídicos. Daqui a distinção entre *invalidade* e *ineficácia em sentido restrito*". Continuando: "Se falta ou se encontra viciado algum dos necessários elementos e pressupostos do negócio jurídico, a impotência, que daí resulta, para a produção de efeitos jurídicos, diz-se propriamente *invalidade*. O defeito afecta, então, o próprio negócio jurídico nos seus elementos constitutivos, ou quando muito os seus sujeitos e objecto, por faltarem, nestes, qualidades que são pressupostos daquele".

Prossegue o mestre: "Outras vezes os elementos e requisitos de validade acham-se em perfeita ordem, são impecáveis, mas, não obstante isso, o acto não tem, provisória ou definitivamente, valor prático, porque à sua eficácia se opõe alguma circunstância externa em relação àqueles elementos e requisitos. O defeito não está no negócio jurídico em si, nem tão-pouco nos seus sujeitos e objecto. Deixou de se verificar, ou ainda não se verificou, um fato necessário (permissivo), ou ocorreu outro prejudicial (impeditivo). Nestes casos fala-se de *ineficácia stricto sensu*" (grifos nossos).

Esta, a concepção de outros juristas (Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora Limitada, 1976, pág. 467; Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 5.ª ed., 1971, vol. I, n.º 354, págs. 445/46; e Francisco Pereira de Bulhões de Carvalho, in *Ineficácia do Ato Jurídico e a Reforma do Código Civil*, 1966, estes entre nós). Serpa Lopes, ao destacar que a eficácia do negócio, simplesmente ineficaz está impedida por uma circunstância de fato e extrínseca, acentua repousar a diversidade entre seus efeitos e os do ato nulo em que, neste, a sanção consiste na supressão dos efeitos, mesmo *inter partes*, ao passo que, naquele, os efeitos entre as partes se mantêm, mesmo para o futuro.

O Desembargador Bulhões de Carvalho, após remontar a origem destas categorias à pandectística germânica (*Windscheid* e outros), classifica-a em duas modalidades: ineficácia pendente ou simples, quando falta um elemento integrativo à plena eficácia de um negócio em formação, quer se trate de um elemento acessório exigido pela vontade das partes (negócio sob condição suspensiva),

quer de elemento estranho àquela vontade; e ineficácia relativa ou inoponibilidade, se, válido entre as partes, não é o ato, todavia, oponível a terceiros.

Reporta-se a *Andreas Von Thur*, que, em seu monumental *Derecho Civil — Teoría General del Derecho Civil Aleman*, vol. II-1, Editorial *Depalma*, Buenos Aires, 1947, trad. de *Tito Ravá*, à pág. 303, § 55, fala de “negócios cuyo efecto no se ha producido, pero puede producirse aún en cuanto se realice un elemento que falta de *factum*, o se elimine un obstáculo a la eficacia”. “Cuando el elemento que falta se produce, el negocio adquiere su plena eficacia: entre tanto el negocio se halla en estado de pendencia. Si el elemento que falta ya no puede producirse, el negocio será definitivamente ineficaz”.

11. Nosso ordenamento positivo acolheu expressamente o conceito de ineficácia na Lei de Falências, onde, segundo o notável *Miranda Valverde* (*Comentários*, vol. I, n.º 364, págs. 327/8), “o conceito de nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos foi substituído pelo de ineficácia, que não tem no próprio ato a sua causa, mas em fato estranho, concernente aos seus efeitos, pelo que não toca no ato jurídico, que permanece válido”. Em conseqüência, “o ato é declarado, ou decretado ineficaz tão-somente em relação à massa falida, subsistindo, portanto, como um ato válido em si mesmo, entre as partes que o criaram” (*ibidem*).

12. Vejamos, por conseguinte, qual a qualificação do ato praticado em situação que tal, a mais se afeiçoar à sistemática que agasalha, no particular, o Direito brasileiro.

Havido por nulo porque celebrado na constância da sociedade conjugal, contudo, o próprio v. aresto paradigma reconhece, reputa-se válido quando realizado por testamento cerrado, ou obtido o reconhecimento por sentença em ação de alimentos, ressalvada, na última hipótese, a impugnação dos interessados (art. 4.º e parágrafo único da Lei n.º 6.515/77).

Todavia, irradia efeitos para além, em outras áreas, mesmo fora daquelas ressalvas. Assim, já prescrevia o art. 405 do Cód. Civil que “o casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos”.

E, com referência a impedimentos matrimoniais, edita aquele diploma, no art. 184, que “a afinidade resultante de filiação espúria poderá provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, terão o direito de fazê-la em segredo de justiça”. *Clóvis Beviláqua* ensina poder ainda a filiação

espúria se determinar pela sentença anulatória do casamento de pessoas impedidas de se casar; ou denegatória da paternidade legítima (em observação ao art. 358, *Comentários*, vol. 2, pág. 257).

13. Dir-se-ia, como no v. aresto paradigma, que, na vigência da sociedade conjugal, abre-se, e tão-somente, ao pai, a oportunidade de reconhecer, voluntariamente, o filho adulterino em testamento cerrado, na forma do parágrafo único do artigo 1.º da Lei n.º 883/49, acrescido pela Lei n.º 6.515/77. Excludente, portanto, de qualquer outro meio válido.

No entanto, não se afigura esteja aquela norma, a merecer exegese restritiva, considerando-se a própria forma do ato. Neste aspecto, salienta *Pedro Sampaio (Divórcio e Separação Judicial, 1978, n.º 165, pág. 241)*, que, "conquanto a lei tenha falado em testamento cerrado, se o reconhecimento for feito por outra modalidade testamentária, se não houver anulação do ato antes da morte do testador, vale o reconhecimento, pois a exigência legal, de ser reconhecido o filho pela forma mística, quis, como dito, apenas evitar a publicidade do ato, e não, especialmente, ter o testamento cerrado como a forma única de reconhecer, não sendo, assim, da essência do reconhecimento, o tipo de cédula testamentária utilizada."

Nem deveria ser de outro jaez. Consubstanciando louvável evolução jurisprudencial e doutrinária, já antes do advento da Lei n.º 6.515/77, admitia-se a licitude do reconhecimento do filho adulterino no testamento, sem distinção quanto à modalidade deste, porque este ato jurídico só tem eficácia após a morte do testador, quando já está dissolvida a sociedade conjugal, como exige a lei (*Vide*, a propósito, o excelente parecer do Prof. *Clóvis Paulo da Rocha*, in "Rev. de Direito do M.P. do antigo Estado da Guanabara", vol. 8, 1969, pág. 127), onde mostra a mudança de posição, para esta compreensão, do próprio Prof. *Orlando Gomes*, que lhe era adverso.

Não seria curial interpretar-se que a Lei n.º 6.515/77 votada, mormente no que respeita à filiação ilegítima, para estender ou, no mínimo, cristalizar avanços e conquistas, retrocedesse sob este ângulo.

14. De conseguinte, se os filhos adulterinos ainda podem ser reconhecidos sob outra modalidade testamentária, se a filiação pode ser provada, em vida do pai, para fins alimentares, e, igualmente, se se reconhece efeito a ato que a confesse para caracterizar impedimento matrimonial, é porque atos como estes não se reputam inválidos na visão de que destituídos cabalmente de efeitos. Posto não haver como conciliar possam surti-los para certos fins, e sejam deles, simultaneamente, considerados totalmente desprovidos, quais atos nulos, para outros. Inclusive como meio de prova para futura ação investigatória.

Impõe-se concluir que, conquanto para fins limitados, conseqüências jurídicas provoquem, ao contrário dos atos absolutamente inválidos, é porque nulos não são. Como epigrafá-los, assim, ante tal verificação? De que categoria se aproximam, na classificação inicial exposta, atentas as peculiaridades do Direito de Família, se não dos atos ineficazes?

15. Pois, ou geram efeitos apenas entre pai e filho, como para a condenação em alimentos, em vida daquele, e para se estabelecer impedimentos matrimoniais (confissão dos ascendentes), e de ineficácia relativa se caracterizariam; ou, por passarem a produzir efeitos, uma vez desfeita a sociedade conjugal, de ineficácia pendente se apresentariam. Numa ou noutra espécie, neste tipo de atos é que melhor se enquadram.

16. E razões outras propugnam neste sentido. Sabido é que a restrição do reconhecimento de filhos espúrios adveio de emenda ao Projeto revisto, para cujo sábio autor, *Clóvis*, não se justificava quer perante a moral, quer perante o direito. Fora mesmo um retrocesso em face do direito anterior, como indica, seja frente ao próprio Direito Canônico, assinala *Lafayette (Direitos de Família, 1918, § 129, pág. 266)*, para quem, "segundo o nosso Direito foi sempre permitido perfi-lhar os espúrios".

Em face daquela limitação, foi que se introduziu, no Senado, o art. 405, de modo a atenuar-lhe nocivas conseqüências. Neste sentido, a lição de *Clóvis (Comentários, vol. cit., pág. 308)*, que, citando outro jurista, frisa não haver duas espécies de paternidade. "A lei poderá, por considerações de falso decoro público, vedar o reconhecimento dos espúrios, mas, uma vez estabelecido o vínculo da paternidade, ao pai corre o dever de prover a subsistência e a educação do filho."

17. Chega-se, afinal, à conclusão, *concessa maxima venia*, diante de opiniões divergentes, de que se harmoniza melhor à sistemática do Código e à toda a legislação ulterior permissiva do reconhecimento da filiação adulterina a exegese de que o ato voluntário que a provê, quando não dissolvida a sociedade conjugal, além do testamento cerrado, desde que revista os requisitos para proclamá-la (art. 357 do Cód.), se dissolvida estivesse, é um ato ineficaz, visto que a dissolução da sociedade conjugal se apresenta como um elemento que lhe é estranho, fora do âmbito jurídico de sua celebração, a não caracterizar impossibilidade de objeto, que, para fins outros se admite.

18. Pode, assim, aquele obstáculo ser superado, e o ato, de efeitos puramente entre as partes, ou pendente deles, gerá-los plena-

mente, sem necessidade de repetir-se pela mesma ou outra forma, se vivo o pai, ou de demandar-se judicialmente a filiação, anunciada por meio autêntico, que, de outro modo, bastaria por si mesmo.

19. Este, com todo o respeito, o entendimento ora esposado, que logra fomento no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao determinar atenda o Juiz na aplicação da lei, aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum.

Por esta razão, não se configuraria, outrossim, negativa de vigência aos dispositivos legais de início assinalados.

20. Somos, destarte, pelo improvimento da via excepcional.

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 1983.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Promotor de Justiça Por Designação

Aprovo.

NICANOR MÉDICI FISCHER

Procurador-Geral de Justiça