

7. Em tais condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos pelo provimento do agravo.

Rio, 4 de março de 1969.

(a) CLOVIS PAULO DA ROCHA

11.º Procurador da Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 62.939

8.ª Câmara Cível

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Graccho Aurélio.

Apelante: Espólio de Néelson de Magalhães Feitosa Júnior e outros.

Apelado: Carlos Eduardo Albano Feitosa e outros.

PARECER

FILHO ADULTERINO. RECONHECIMENTO EM TESTAMENTO.

É lícito o reconhecimento do filho adúltero no testamento porque este ato jurídico só tem eficácia após a morte do testador, quando já está dissolvida a sociedade conjugal, como exige a lei.

1. O de cujus NELSON DE MAGALHÃES FEITOSA deixou três filhos adúlteros que foram reconhecidos pelo falecido, não só no ato do registro de nascimento, como também, no testamento que se encontra por certidão à fls. 239 do primeiro apenso.

Êsses filhos adúlteros requereram habilitação no inventário na qualidade de herdeiros.

O Dr. Juiz *a quo* na respeitável sentença de fls. 194 decidiu que seria uma desumanidade mandar êsses filhos ilegítimos para as vias ordinárias, quando foram reconhecidos pelo próprio pai no ato do registro civil e no testamento.

Inconformados, apelaram a viúva meeira e os filhos legítimos.

2. Alega o apelante preliminarmente que o Dr. Juiz feriu a coisa julgada formal. Todavia, como bem demonstraram os apelados e a ilustre Curadoria de Órgãos à fls. 222, não houve ofensa à coisa julgada

porque o requerimento em apenso versou somente sobre a destinação do inventariante e foi essa matéria o objeto do agravo de instrumento, do qual não conheceu a Egrégia 8.^a Câmara Cível. Assim, não é de ser acolhida a preliminar.

No mérito, merece igualmente confirmação a respeitável sentença apelada.

3. A lei 883, de 21-10-1949, declarou que “dissolvida a sociedade conjugal será permitida a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.”

Previu a lei o reconhecimento voluntário feito pelo pai após a dissolução da sociedade conjugal ou o reconhecimento compulsório através de ação proposta pelo filho.

Três são as formas para o reconhecimento voluntário do filho ilegítimo: — o termo de nascimento, a escritura pública ou o testamento (Código Civil, art. 357).

Na espécie, o pai os reconheceu nos termos de nascimento e no testamento. Acontece, porém, que o reconhecimento feito no termo do registro civil não pode ter efeitos jurídicos válidos, porque, na ocasião em que se efetivou, a sociedade conjugal não estava dissolvida, como o exige o art. 1.^o da lei citada.

Todavia, o reconhecimento feito no testamento tem pleno valor, porque o *testamento só tem eficácia, só produz efeitos, a partir do momento da morte do testador* e nesse momento deu-se a dissolução da sociedade conjugal.

É por esta razão que os filhos adulterinos, na hipótese, não precisam propor ação para se declarar a filiação porque essa já foi conhecida de forma legal e definitiva.

Não é pacífica, porém, a tese.

4. O saudoso Professor ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA opinava pela impossibilidade do reconhecimento feito em testamento, se, na época da sua conclusão, a sociedade conjugal não estivesse dissolvida, ou *in verbis*:

“249. *Particularidade a atender.* Quer, porém, o reconhecimento se faça em escritura pública ou por testamento, será essencial que aquêle que o realiza possa efetuar-lo no momento em que tal ato se pratica. De fato, não sendo lícito ao genitor casado, na constância do matrimônio, reconhecer filhos havidos de relações adulterinas, e não se admitindo reconhecimento a termo, ou sob condição, a falta de capacidade jurídica para o ato, no momento em que este se realiza, o invalida de vez que não se trata de simples confissão (n.^o 273, *infra*), ressalvados outros efeitos que tal declaração pode produzir, quer no que diz “respeito ao pedido

de alimentos, quer para autorizar a propositura da ação judicial de reconhecimento forçado”.

(“Investigação de Paternidade”, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, pág. 309, 3.^a edição).

Em nota n.º 41, nessa mesma página da sua preciosa monografia, invoca o ilustre mestre a autoridade do direito italiano. No direito italiano, entretanto, há texto expresso de lei declarando que “o reconhecimento contido em testamento só tem efeito se a dissolução do casamento já teve lugar ao tempo em que o testamento foi feito” (art. 25 do Código Civil Italiano).

Nesse direito, houve necessidade da lei ser expressa a respeito, não cabendo, portanto, invocar-se, para o direito brasileiro, os autores italianos, porque no nosso direito não há preceito legal a respeito.

5. ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO igualmente se pronunciaram de modo contrário ao nosso ponto de vista, sustentando que não há possibilidade do reconhecimento voluntário, quando a sociedade conjugal fôr dissolvida pela morte do pai adúltero.

Afirmando, ainda, que o pai não pode reconhecer no testamento porque, ao tempo em que o concluiu, a sociedade conjugal não estava dissolvida.

Vejamos nas próprias palavras os ilustres mestres:

“Evidentemente, quando a sociedade conjugal seja dissolvida pela morte do marido adúltero, não há possibilidade de reconhecimento voluntário, porquanto, embora o testamento seja ato feito para valer depois da morte, o pai não pode reconhecer o filho por esse modo, visto como ao tempo em que fêz não estava dissolvida a sociedade conjugal, e, por conseguinte, não tinha capacidade para o cometer. A possibilidade de reconhecimento provém exatamente do falecimento do pai, em virtude do qual o casamento se dissolve”.

(ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*, 1.^a Ed., Rio, 1952, pág. 191, § 149).

Todavia, ORLANDO GOMES, posteriormente, mudou de opinião para, no seu recente “Direito de Família”, dizer:

“O reconhecimento por testamento não exige que esteja dissolvida a sociedade conjugal ao tempo em que o pai, valendo como se feito após a dissolução, por se tratar de ato

jurídico que somente se torna eficaz com a morte do testador (1)".

(ORLANDO GOMES, "Direito de Família", pág. 253, edição de 1968).

Em nota n.º 1, nessa mesma página 253, declara ainda:

"(1) — Sustentamos opinião contrária na monografia "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos" mas nos rendemos aos argumentos dos que a combatem".

6. A natureza jurídica do testamento leva-nos a concluir pela possibilidade do reconhecimento não só porque se trata de ato cujos efeitos só se produzem após a morte do testador, como também porque, por uma ficção jurídica, considera-se a vontade como enunciada no instante da morte.

De fato, o testamento é um ato de última vontade, que uma vez concluído fica quanto aos seus efeitos jurídicos em estado de pendência até o advento da morte.

É um ato válido de eficácia *pendente* "até a abertura da sucessão e aceitação da herança" (BULHÕES DE CARVALHO — "Ineficácia do Ato Jurídico e a Reforma do Código Civil", Rio, 1966, pág. 2).

Em consequência, só irá produzir efeitos *post mortem*, no momento em que está dissolvida a sociedade conjugal.

Segundo a natureza jurídica do testamento, a vontade do *de cujus* é como se tivesse sido proferida no último instante da vida, no momento da morte.

OROZIMBO NONATO assim se pronuncia sobre o tema:

"Considera-se haja o testador manifestado aquela vontade somente ao perder a vida.

Na possibilidade de ser entendido pela morte *plerumque incident homini bus mors* — o testador, de cauteloso antecipa a expressão daquela vontade.

Como disse o jurista, êle a redige "d'avance sous la crainte d'être sur pris par la mort, mais qu'il est réputé "émetre seulement en perdant la vie".

(OROZIMBO NONATO, "Estudos sobre Sucessão Testamentária", vol. 1, pág. 189).

ROBERTO RUGGIERO, com a sua habitual clareza, após afirmar que o testamento destina-se a produzir efeitos unicamente depois da morte do testador, declara peremptoriamente que a vontade manifestada no testamento se considera como emitida por ocasião da morte, ou *in verbis*:

“por outro lado, que a vontade expressa no testamento se considera (seja qual fôr o momento em que é emitida) como a sua vontade extrema e assim mantida firme, quase renovada de momento a momento, desde o dia da confecção do testamento até ao dia da morte”.

(ROBERTO DI RUGGIERO, “Instituições de Direito Civil”, tradução de Ary Santos, vol. III, pág. 552).

7. Tendo em vista que o testamento é um ato cuja manifestação da vontade se considera enunciada no momento da morte e ainda um ato de eficácia pendente, que só produz efeitos após a morte do testador, não podemos deixar de concluir pela licitude do reconhecimento do filho adulterino em ato “causa mortis”. Trata-se de reconhecimento feito após a dissolução da sociedade conjugal, desde que esta se dissolve pela morte e aquêle só tem eficácia depois daquele evento.

Na espécie, seria uma demasia erigir-se de filhos reconhecidos em testamento e em têrmo de nascimento, que propusessem uma ação de investigação para demonstrar e provar uma paternidade exuberantemente demonstrada e provada, em dois atos autênticos, um dos quais de legítimos efeitos jurídicos.

8. Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que se negue provimento à apelação.

Rio, 28 de abril de 1969.

(a) CLÓVIS PAULO DA ROCHA

11.º Procurador da Justiça