

# PARECERES & SENTENÇAS

---

## REGISTROS PÚBLICOS

RICARDO MOREIRA LINS PASTL

Promotor de Justiça no Rio grande do Sul

### PARECER

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara de Família e Sucessões  
Comarca de Porto Alegre: Processo 01290035367

Natureza: Ordinária

Requerente:

Requeridos:

Parecer pelo Ministério Público. O Ministério Público, por seu Promotor de Justiça firmatário, nos autos do processo epigrafado, vem aduzir o que segue:

Trata-se de ação ordinária de nulidade de assento de nascimento da criança E. Júnior, nascida em 8.10.82 (fl.), registrada como filho dos requeridos R. e E.. A autora, Z., ao mesmo tempo do registro, era casada com o réu E. — embora separada de fato há vários anos —, daí que, segundo sua tese, nulo o ato em questão, eis que a lei então vedava o reconhecimento de filhos adulterinos.

Distribuída a ação perante a Vara dos registros Públicos, citada foi a requerida R., apresentando contestação (fls.), rechaçando os argumentos da autora.

Na instrução processual, foram tomados os depoimentos pessoais da representante legal da criança, a ré R. (fl.) e do pai, E. (fl.), que passou a integrar o pólo passivo da demanda, assim como as declarações das testemunhas Cecília (fl.) e Odila (fl.), sendo homologada a desistência requerida e debatido o feito, ratificando as partes suas posições iniciais, manifestando-se este órgão no sentido do indeferimento do pedido (fls.).

Conclusos os autos, houve sentença de improcedência da ação (fls.), com o que não se conformou a autora que apelou (fls.).

Recebido o recurso, foi o mesmo devidamente processado (fls.), havendo a Superior Instância acolhido preliminar de incompetência daquele Juízo formulado pelo Ministério Público de 2.<sup>o</sup> Grau (fls.), firmando a competência das Varas de Família para o conhecimento da ação.

Redistribuído o feito para esta 1.<sup>a</sup> Vara de Família e Sucessões (fl.), foi deferida a produção de prova pericial hematológica (fl.), sendo acostado aos autos os laudos respectivos (fls.). Instadas as partes a manifestarem-se

acerca da especificação eventual de outras provas que pretendessem produzir, havendo discussão acerca da continuidade da produção de exames periciais, requereu o réu E. o julgamento do feito no estado em que se encontra, com base no art. 330, I, do CPC, alegando que, embora a Constituição Federal atual possibilite o reconhecimento de filhos espúrios, não teria o condão de convalidar os atos registraes praticados antes da sua vigência, razão pela qual entende deva ser julgada procedente a presente ação (fls.). Finalmente, deu-se vista ao Ministério Público para a apresentação de sua manifestação. Esse é, de forma sucinta, o caso. A questão ora analisada é, unicamente, de direito, motivo por que o processo efetivamente reclama o julgamento antecipado. Sendo assim, mister faz-se assentar o ponto nevrálgico da questão, sendo de todo conveniente frisar a impertinência absoluta dos requerimentos referentes a provas periciais, de vez que, sem se falar que não teria a autora sequer legitimidade para tanto, a paternidade, em si, não pode, por essa via, ser questionada. Em outras palavras, o que se perquire é a validade, ou não, do reconhecimento do filho adúlterino feito espontaneamente pelo requerido E., quando a lei civil fundamental vedava tal ato. Pois bem. Noticiam os autos que o réu E., em 1982, quando ainda era casado com a autora Z. — e embora não vivessem mais como casados há muito tempo —, reconheceu como seu filho E. Júnior, ocasião em que tal era vedado por lei (CCB, art. 358, proibição do reconhecimento de filhos espúrios; no caso, por adúlterinidade *a patre*).

Sendo assim, por conter o ato um objeto ilícito, absoluta, no seu entender e no da demandante, seria a nulidade, e, nesse sentido, traz excelente fundamentação (fls.).

Sua vertente tem por base unicamente a outrora vigente letra fria da lei, que consagrava, em nome de princípios éticos que constituiriam, na sua visão, a base do Direito de Família de então, tal proibição, que, no dizer de Pontes de Miranda, visava "(...) regular e proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade (...)" (*Tratado de Direito de Família*, v. I, p. 76).

A roborar a tese da nulidade, muitas decisões foram prolatadas, como, por exemplo:

"Filho adúlterino. Reconhecimento. Se o casamento perdura, de direito e de fato, o reconhecimento de filho adúlterino, feito pelo pai, é nulo. art. 358, combinado com art. 145 do CC" (Ap. Cív. 583002803, 1.ª Câmara Cível, TJ/RS, 1984).

A ilustrar o entendimento do caso em tela, conforme a posição da autora — a respeito da interpretação do art. 358 do CC, que vedava o reconhecimento dos filhos adúlterinos —, está o voto vencido no acórdão contido na RT 647/66-69, o qual ora é transcrito, parcialmente:

"(...) Duas orientações se notam na compreensão do art. 358 do CC. A primeira afirma que se trata de lei de ordem pública ou de lei tutelar de interesse público e 'o ato jurídico que a contraria, é radicalmente nulo, por falta de licitude de seu objeto' (RE 93.272). Proclamou-se que se está ante a ilicitude do objeto. 'Se o Código Civil veda o reconhecimento do filho adúlterino e,

por outro prisma, permite-o a Lei 883/49 somente após dissolvida a sociedade conjugal, irrecusável a ilação de que ato praticado em tais condições se reveste de nulidade. Não pode abrigar objeto lícito uma vez levado a efeito *contra legem*. A medida da ilicitude é posta em função da desobediência ao comando emergente da norma legal' (RT 580/126, rel. Des. Ney Almada, in *Jurisprudência de Filhos Ilegítimos e de Investigação de Paternidade*, Rubens Limongi França, n.º 75, p. 197). E chegou-se a firmar, citando Merlin, que 'a mera proibição implica a nulidade dos atos que lhe são contrários, sem que tenha a lei necessidade de pronunciar a nulidade' (RT 530/187). E tal posição está fundamentada no interesse geral, consistente na preservação da família legítima, indubitavelmente afetada pela paralela admissão de filho sem suporte legal, que tornaria ilegítima a perfilhação (Ap. Cível 30.495-1, ob. cit., de Rubens Limongi França, p. 195) (...)."

Incontáveis outros julgados foram prolatados em defesa de tal tradução, v.g.:

"Filho adúlterino. Registro pelo pai na constância do casamento. Ação anulatória ajuizada pela esposa. Procedência. Se o Código Civil veda o reconhecimento de filhos adúlterino e, por outro prisma, permite-o a Lei 883/49 somente após dissolvida a sociedade conjugal, irrecusável a ilação de que o ato praticado na constância do casamento reveste-se de nulidade" (RT 580/126).

"Filho adúlterino. Reconhecimento. Nulidade. Aplicação do art. 358 do CC. Agravo improvido" (RT 530/184).

"Filiação adúlterina bilateral. Reconhecimento, por ato voluntário do pai, durante a vigência da sociedade conjugal. Pretensão sua à nulidade do assento de nascimento. Ação julgada procedente" (RT 528/238).

"Filiação ilegítima. Filho adúlterino. Reconhecimento na constância do casamento. Ação anulatória ajuizada pela esposa. Procedência. Apelação provida" (RT 522/215), e outros, como RT 522/063 e 516/213.

Essas posições retratam, cabalmente, a vertente da autora, que prega, pura e simplesmente, a inadmissibilidade do reconhecimento da filiação espúria feita à época, eis que sem base legal, sendo pertinente salientar a existência de quem propale, ainda hoje, mesmo após a Carta Política de 1988, que o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlterinos, regulamentado pela Lei 7.841/89, "(...) não guardaria harmonia com a exata exegese do art. 227, § 7.º da Lei Maior (...)" (Áurea Pimentel Pereira, em *A Nova Constituição e o Direito de Família*, Renovar, 1990, pp. 135/139).

Elas, todavia, não representam a melhor conclusão à solução da lide posta, como veremos adiante, em que pese os ponderáveis argumentos da vertente da autora, no entender do Promotor de Justiça signatário, fazendo-se indispensável o exame do tratamento legal ao tema ofertado no tempo, a fim de que possa apreender a lição mais ajustada.

Historicamente, verifica-se que a própria intenção legislativa sempre foi a de, paulatinamente, rever tal situação.

Com o advento do Código Civil, no início deste século, de modo expresso, (art. 358) eram excluídos do reconhecimento os filhos incestuosos e adúlterinos, como uma forma de, como refere Washington de Barros

Monteiro (Curso de Direito Civil, v. II, Saraiva, 26.<sup>a</sup> ed., p. 251), “(...) suprimir, tanto quanto possível, todo o traço do delito, sepultar no olvido o adultério e o incesto, destruindo-lhe até mesmo a própria memória (...)”.

Esse rigorismo foi sendo amenizado com o tempo. Assim, com relação aos filhos adulterinos, primeiramente o Dec.-lei 4.737/42 admitiu o reconhecimento após o desquite; a Lei 883/49 chancelou essa lição, acrescentando a possibilidade para os casos em que fosse dissolvida a sociedade conjugal, indo mais longe com o advento da Lei do Divórcio, que o possibilitou, ainda que na vigência do casamento, mas desde que através de testamento cerrado; depois através da Lei 7.250/84 quando provada uma separação fática do casal por mais de cinco anos; até que a nova ordem constitucional, como se disse, encerrou com a proibição discriminatória.

Como primeira efetiva vitória sobre a lição legal preconceituosa, resultaram os reiterados julgados que, em frente às modificações então trazidas pelo advento das alterações no texto da Lei 883/49 (primeiramente através da Lei do Divórcio — “qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições” —, depois, por intermédio da Lei 7.250/84 — “permissão do reconhecimento desde que separados de fato há mais de cinco anos”), passaram a indicar que o reconhecimento de filho adulterino, mesmo que feito na constância do casamento, pelo pai adúltero, era possível, sendo gerador efeitos legais, apenas ficando sua eficácia sobrestada enquanto perdurasse a sociedade conjugal (v.g., *RT* 509/244, 510/124, 524/217, 525/224, 534/111, 538/074, 556/105 etc.).

Nessa direção, exemplificativamente, excelente artigo foi publicado na *RT* 605/253, da autoria do Promotor de Justiça paulista João Francisco Moreira Viegas, no qual, ao defender tal posicionamento, lembrava que “(...) não mais se admite como verdade absoluta que o ato nulo não possa ser validado (...) uma coisa é nulidade absoluta, resultante da violação de norma tutelar de interesse público, que deve ser pronunciada de ofício pelo juiz, em qualquer grau de jurisdição; e outra é a nulidade relativa, decorrente de violação de norma cogente de interesse da parte (...)”. Conclua seu artigo asseverando que, com a dissolução da sociedade conjugal ou com a efetivação da separação fática por cinco anos, o assento questionado não restaria mais maculado de vício qualquer, pois que desapareceria a nulidade, existente na hipótese contrária, quando perquirido o ato durante a vigência dessa sociedade.

Exemplos da aceitação desse posicionamento não foram poucos, como por exemplo:

“Filiação ilegítima. Adulterino. Reconhecimento no registro de nascimento. Eficácia” (*RT* 533/092) — (caso em que, em inventário do pai, aceitou-se o reconhecimento feito em vida, na constância do casamento, por entender que seria incivil remeter o adulterino às vias ordinárias da investigação de paternidade, quando esta foi solenemente declarada por quem podia fazê-lo).

“Filho adulterino. Registro pelo pai. Inocorrência de nulidade. Hipótese de insuficiência do ato. O registro de nascimento noticia um fato cujos os

efeitos jurídicos devem submeter-se ao ordenamento legal. Não se pode declarar a nulidade de um fato, mas, simplesmente, conceder-lhe a eficiência que lhe possibilita o Direito Positivo” (RT 582/094).

“Filhos adúlteros havidos na vigência da sociedade conjugal e registrados pelo pai. Pretendida nulidade dos registros. Ação ajuizada pela esposa. Improcedência. Casal separado de fato há 20 anos. Estando o casal separado de fato há 20 anos e registrados os filhos adúlteros pelo próprio pai, improcede a ação de nulidade ajuizada pela esposa vários anos após os registros, embora conhecedora da situação existente” (RT 569/049).

Nosso Tribunal de Justiça, em várias oportunidades, também assim se manifestou, acolhendo o entendimento de que a nulidade não seria de rigor, ficando, tão-só, sustada a eficácia do ato:

“Nulidade de registro de nascimento de filho adúltero, promovido no próprio registro civil das pessoas naturais. Assunto polêmico que vem desde o art. 358 do CC, passando pelo Decreto-lei 4.732/42, 883/449, 6.015/73, 7.250/84, sem se esquecer da circular 33/57 da eg. corregedoria-geral do Tribunal de Justiça, procurando uma definição clara, no sentido da pronta possibilidade do reconhecimento do filho ilegítimo. Situação desmembrada entre a efetivação do registro direto, quando conterà o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, se ambos, ou um deles, for o declarante, e outra que posterior ao desfazimento da sociedade conjugal ou separação de fato do casal. Dúvidas que levam a conclusões de que o registro nunca será nulo ou anulável, podendo entender-se que, quando muito, teria sua eficácia sustada pela antecipação. Provimento negado” (Ap. Cív. 587047903, 2.ª Câ. Cív., rel. Des. Manoel Celeste dos Santos, TJ/RS).

“Ação de petição de herança cumulada com nulidade de partilha. Filhos adúlteros *a patre* registrados na constância do casamento. Prova do concubinato e da paternidade. Nulidade e eficácia em face do ordenamento jurídico. Embargos infringentes rejeitados por unanimidade, 1. Prova segura sobre separação de fato do marido, residente numa cidade onde tinha domicílio conjugal, com filhos legítimos, o marido transferiu residência, sozinho, para outra cidade, onde estabeleceu novo domicílio, vivendo em concubinato não infirmado pelo conjunto probatório. 2. Filhos dessa união — tida pela lei como ilegítima —, foram registrados pelo próprio pai no cartório do registro civil do seu novo domicílio, sem menção a legítimos ou ilegítimos, sem impugnação alguma. O reconhecimento voluntário dos filhos adúlteros, feito no próprio termo de nascimento, seria nulo porque o casamento subsistia documentalmente. 3. A Lei 883/49 dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. A Lei 6.515/77 introduziu no art. 1.º da Lei 883/49 um parágrafo, permitindo o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado. Posteriormente, a Lei 7.250/84, acrescentou outro parágrafo ao art. 1.º, concedendo direito ao reconhecimento pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos. 4. Por dois motivos poderiam, já agora, os dois filhos adúlteros, o reconhecimento por sentença, da paternidade: o término da sociedade conjugal, pela morte, e a separação de fato por tempo muito superior a cinco anos. Mas isto seria intolerável formalismo. O reconhecimento voluntário no termo de nascimento

foi válido. A norma jurídica da Lei 7.250/84 tem seu espírito revelado no plano ontológico da Lei 883/49, afastando, com isso, a nulidade do ato jurídico de reconhecimento voluntário da paternidade, deferindo sua eficácia para o momento em que as condições previstas na lei, e já comprovadas neste processo, pudessem originar o ato sentencial” (Apel. Cív. 586016073, 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Des. João Aymoré Barros Costa, TJ/RS), e assim vários outros, como Apel. Cív. 587060427, 6.ª Câm. Cív. TJ/RS, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier; Apel. Civ. 587036567, 6.ª Câm. Civ. TJ/RS, rel. Des. Adalberto Libório Barros; Apel. Civ. 588022970 e 588003996, ambas também da 6.ª Câm. Cív., rel. Des. Luiz Fernando Koch.

Ressalte-se, neste diapasão, corroborando tal tese, a anuência de grande parte da doutrina, como v.g., Orlando Gomes (*Direito de Família*, 5.ª ed., Forense, p. 334), Caio Mário da Silva Pereira (*Reconhecimento da Paternidade e Seus Efeitos*, Forense, 1977, p. 86) e Mário Aguiar Moura (*Tratado Prático da Filiação*, Aide, 1984, v. 1, p. 313).

Outra vitória foi o entendimento então esposado por parte dos doutrinadores, quando pela Lei do Divórcio, em 1977, no art. 2.º da Lei 883/49, foi reconhecido o direito à herança em ocasião em que se proclamou a revogação do severo art. 358 do Código Civil, como indicou o Prof. Ruy Luiz Burin em sua monografia “Temas de Direito de Família e a Constituição Federal de 1988” (*Estudos MP 4*, Escola Superior do MP/RS, 1990, pp. 31/33), citando o acompanhamento de Mário Aguiar Moura (*Filiação Legítima e Ilegítima*, Aide, 1984, pp. 198-199) e Pinto Ferreira (*Tratado de Heranças e Testamentos*, 1983, Saraiva, pp. 112/115), *in verbis*:

“(…) já nesse momento (em 1977) havia quem sustentasse a revogação pura e simples do radical art. 358 do C. Civil — ‘Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos’ — e foi entre eles que me incluí, depois de comparar a seqüência de leis e a *mens legis* que me pareceu correta (...) sempre entendi que a dúvida dos opositores estava mais no campo da instrumentalização do reconhecimento, do ‘como fazer’, do que, propriamente, do poder ou não poder se fazer o reconhecimento. Sempre afirmei que se a lei material afirmava não se poder fazer diferença entre os filhos, ‘qualquer que fosse a natureza da filiação’ (art. 2.º, Lei 883/49), não importava não houvesse disposição instrumental expressa a esse respeito. O ‘como fazer’, e ‘onde’, é matéria de direito processual, de formalização instrumental, que não pode cercear o direito e não pode impedir que se cumpra a autorização para aquele que demandasse o reconhecimento (...) ademais, desde há muito a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4.º, determina que ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’ (...)”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que garantiu aos filhos, sem distinção qualquer, os seus direitos naturais (art. 227, § 6.º: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”), houve verdadeira euforia nos meios jurídicos, em real congratulação pelo abandono da hipocrisia da legislação anterior, que, em nome de princípios estapafúrdios, de investigação/reconhecimento da paterni-

dade dos então denominados filhos "ilegítimos". Culminou, por fim, com a edição da Lei 7.841/89, que regulamentou o tema.

A situação ora analisada não deixa de se constituir, em frente a um caso concreto — e embora o que não permitem os princípios norteadores da aplicação da lei no tempo, que vedam a retroatividade —, numa espécie de repetição do dilema existente entre o que positivava a lei antiga e o que indica a lei moderna, e, com o devido respeito pelo colega Procurador de Justiça que entendeu procedente o pedido da autora (fls.), não há como se aceitar deva prevalecer a lição de que o cancelamento do registro de nascimento é de rigor, unicamente porque, ao tempo do ato, a legislação proibia o reconhecimento, não havendo qualquer implicação decorrente da alteração do direito provocada pela nova ordem constitucional.

Certo é que — creio que todos em sã consciência são acordes — não poderia persistir a legislação anterior — e muito menos qualquer conclusão hoje que a sustente! —, que negava ao filho espúrio o seu próprio *status* familiar, o que lhe afetava a própria dignidade, por uma situação que, rigorosamente, não lhe incumbia qualquer responsabilidade, isso sob o pálio da mais severa moralidade, o que, ao revés, na realidade, só sinalizava a mais cruel das posturas, consagradora de preconceitos absolutamente ultrajantes, ultrapassados e descabidos.

E, nessa seara, no entender do Promotor de Justiça signatário, o ordenamento jurídico atual possibilita, sem maiores elocubrações, que se afirme a validade e a eficácia plenas do reconhecimento de filho adulterino havido sob o regime anterior, sem que se ofenda, ao revés do que aventa a autora, qualquer princípio atinente a aplicação temporal da lei. Vejamos:

Primeiramente, cumpre dizer, como o mais simples dos argumentos contrários à tese da suplicante, que o pedido da presente ação não pode ser atendido porque, mesmo sob a égide da legislação ultrapassada, poderia hipoteticamente a criança obter a declaração judicial da paternidade com base na separação de fato do casal existente há mais de cinco anos (art. 1.º, § 2.º, Lei 883/49), circunstância essa que é incontroversa nos autos, como os próprios envolvidos, em suas manifestações, reconhecem, parecendo ser de total falta de bom senso remeter-se o filho às vias ordinárias, em nome de um formalismo exacerbado que só retrataria uma situação de flagrante injustiça (vide, aliás, o aresto colacionado na RT 569/049, antes referido).

Em segundo lugar, em uma interpretação mais favorável aos interesses do reconhecido, poder-se-ia afirmar também que a pretensão da demandante não tem condições quaisquer de prosperar porque, já com a edição da Lei do Divórcio, em 1977, com a alteração trazida ao art. 2.º da Lei 883/49, que consagrou a igualdade de direitos à herança dos filhos de qualquer natureza, estava revogado o "xiita" art. 358 do Código Civil, o que a nova ordem constitucional só fez reeditar de modo expresso, como sinaliza, ainda que indiretamente, o Prof. Burin (Op. cit., p. 32): "(...) a Constituição Federal atual seguiu exatamente o teor da norma do art. 2.º da Lei 883/49 (...) já que expurgou qualquer possibilidade de 'designação discriminatória' (...)".

Cabe ressaltar, outrossim, que o objeto do ato jurídico em questão não era (à época) ilícito, porquanto que, àquele tempo, o reconhecimento da filiação, se considerado em relação a si mesmo, em face da legislação então vigente, era possível, já que realizável após a dissolução do casamento, ou

mesmo durante a existência desse, desde que praticado através de testamento cerrado — e mesmo porque não seria imaginável pudesse o testamento conter um ilícito! — (vide RT 547/66-69, antes citado, fazendo menção à lição de Bulhões Carvalho em *Sistema das Nulidades dos Atos Jurídicos*, Forense, pp. 4/11), o que, hoje, é indisputável, já que indubitável a sua licitude, uma vez que autorizado pela Carta Magna de 1988 — tendo, inclusive, havido regulamentação através da Lei 7.841/89 —, o que configura mais um motivo para que não se possa dar abrigo à postulação da autora.

Se o objeto atualmente é de indiscutível recepção legal, não há como não se convalidar o ato em tela, eis que, se não era nulo de pleno direito, se não se podia declarar sua nulidade porque *impossível a invalidade de um fato*, como já indicava a jurisprudência anterior, mister é reconhecer-se que o ato, no máximo, *estava com a eficiência obstada* (como nos inúmeros arestos citados: à espera da dissolução da sociedade conjugal, da declaração judicial da separação fática do casal, da morte paterna), *eficácia esta que, com a licitude consagrada pelo novo direito positivo, resta plenamente estabelecida*. E, sendo assim, mais uma vez consigne-se não pode ter guarida a pretensão da demandante.

Por derradeiro, no sentir deste órgão, a proibição do reconhecimento dos filhos adulterinos já no direito anterior — e agora muito mais! —, era de absoluta inconstitucionalidade, eis que atentatória à própria dignidade humana, eis que restavam os filhos resultantes de tais circunstâncias (adulterio), verdadeiramente proscritos, sendo fácil visualizar-se o absurdo, real causa de estupefação, de impossível solucionamento, que poderia resultar aos defensores de tal vertente, quando se deparassem com o dilema resultante de uma criança que eventualmente fosse fruto de adulterinidade bilateral (como no caso concreto levantado em artigo publicado na RT 614/258 — “Reconhecimento de Filho Adulterino ‘A Patre’ Na Constância do Casamento”, de Osmar Brina Corrêa Lima): o nascimento da criança, sua existência, não poderia sequer ser formalizado, seu nascimento não poderia jamais ser registrado, pois que filho adulterino *a matre e a patre* ... Seria cabível, tão-somente, a aplicação da então letra fria da lei? ... *Quid juris?*

Por tais motivos, opina o Ministério Público no sentido da improcedência da presente ação, como medida de inteira Justiça.

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de março de 1995 — RICARDO MOREIRA LINS PASTL, Promotor de Justiça.