

Filiação Legítima*.

Antônio Chaves

Professor titular e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Filiação: conceito. Tornou-se independente do congresso sexual dos pais.* 2. *Quando começa a vida legal do "bebê de proveta".* 3. *Diferentes espécies de filiação.* 4. *Importância.* 5. *Filiação legítima. Elementos.* 6. *Filiação presumida legítima.* 7. *Casos em que não pode ser contestada a legitimidade do filho.* 8. *Prova da filiação legítima.* 9. *Condição jurídica dos filhos legítimos.* 10. *A filiação legítima no Projeto de Código Civil de 1975.*

1. Filiação: Conceito. Tornou-se Independente do Congresso Sexual dos Pais.

A palavra filiação, na acepção que nos interessa, designa o vínculo que a natureza estabelece entre progeneritura e descendência; é o laço de parentesco entre os pais e seus filhos. Indica quem são os pais da pessoa considerada, e, portanto, o mais próximo grau de parentesco possível: aquele que vincula um ser humano ao homem e à mulher que lhe deram a vida.

A especificação de que isto decorreria de união sexual, que até ontem parecia óbvia, passará dentro em breve a deixar de sê-lo, pois, embora excepcionalmente, dela nem sempre depende, em vista da revelação, feita em meados de julho de 1974, pelo Prof. DOUGLAS BEVIS, da Universidade de Leeds, Grã-Bretanha, de que três pessoas concebidas em laboratórios vivem normalmente em lugares não revelados da Europa.

O assunto voltou a ter inteira atualidade à vista do nascimento, cercado de grande publicidade, ocorrido no começo de agosto de 1978, de Louise, filha de Lesley e de John Brown. No dia 10 de novembro anterior, num hospital de Oldham, foi extraído um óvulo do ovário de Lesley, fecundado em tubo

*. Palestra proferida no dia 10.11.1978, na Biblioteca Municipal "Martinho Prado" de Araras, dentro do I Ciclo de Estudos sobre Temas Jurídicos da Atualidade, promovido pela 50.^a subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo.

de ensaio por esperma de John, e sete horas depois colocado no útero da mesma.

Há que lembrar, de resto, que um ano antes, Kim Casali, artificialmente inseminada com esperma que seu marido, já incuravelmente doente de câncer, depositara num banco de sêmen, em Londres, deu à luz, decorridos dezesseis meses do falecimento do esposo.

No terceiro volume de nossas *Lições de Direito Civil, parte geral*, já analisamos os problemas da disponibilidade do sêmen humano e do corpo da mulher para a inseminação desta, fazendo ver que se não há resistência com relação à inseminação artificial homóloga, o mesmo não ocorre com relação à heteróloga, embora já admitida em vários países, nos quais se contam às dezenas de milhares os impropriamente denominados filhos de provetas.

2. Quando Começa a Vida Legal do “Bebê de Proveta”.

Dentre os vários problemas que têm sido aventados, está o de se saber quando começaria a vida legal: no ato da fertilização na proveta, no momento da implantação do óvulo no útero, ou no instante em que o feto começa a movimentar-se.

Não vejo razão para a dúvida. Fazendo uma contagem regressiva, para evitar especulações com experimentos que não sejam bem sucedidos, depois de nascida a criança com vida, o que assinala o início legal desta é a penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, uma vez que o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 4.º, segunda parte).

A diferença de sexos também poderá deixar de ser elemento indispensável para a ocorrência da filiação: experiências recentes revelam que retirando-se o núcleo do óvulo e substituindo-o com uma célula da mulher de quem provém, a fecundação ocorre do mesmo modo, uma vez que cada célula contém todos os elementos indispensáveis para a sua multiplicação.

Quanto à determinação da maternidade é certamente de se atribuir à mulher que deu à luz a criança, ainda que o óvulo fecundado provenha de outra. É o fenômeno que, *mutatis mutandis*, ocorre com a inseminação heteróloga, e até mesmo com a adoção e a legitimação adotiva, de crianças que juridicamente deixam de ser filhos da mãe de sangue.

O problema repete-se com relação à determinação da paternidade, não podendo haver dúvida que não será o pai do ser humano produzido *in vitro* o manipulador dos elementos vitais, nem o doador do sêmen, quando seja heterólogo.

Na prática, de resto, graças ao sigilo que é guardado, não sendo feito nenhum registro de nomes nos “bancos de esperma”, não haveria mesmo, decorridos alguns meses da retirada do óvulo ou da entrega do esperma, de se identificar os doadores.

De qualquer maneira é válida a observação do Prof. MIGUEL REALE, *O “bebê de proveta” e o Direito*, Folha de São Paulo, 4 ago. 1978, de ser mister que, em atos desse tipo, conste o acordo do marido e da mulher de documento sigiloso, cercado de naturais garantias, como as requeridas para a validade de um testamento cerrado, para que, falecido o companheiro, possa a esposa receber e gerar o “bebê de proveta” sem o risco de ser-lhe contestada a paternidade pelos interessados na herança.

Postos de lado estes problemas ainda excepcionais, reconhece a doutrina que, da forma que as palavras *crédito* e *débito* expressam a relação de obrigação, do ponto de vista respectivamente do credor e do devedor, assim também de um lado, *filiação*, e, de outro, *paternidade* (compreendendo a maternidade) apontam o mesmo vínculo contemplado do ponto dos filhos ou dos pais.

Se, em natureza não pode haver liame mais claro nem mais simples, trasladado o conceito para o âmbito jurídico, a coisa se complica, em virtude de milenares preconceitos sociais e religiosos, estabelecendo não apenas uma nítida diversidade entre os filhos oriundos de justas núpcias e os que são concebidos fora do matrimônio, como ainda, toda uma gradação de tratamento entre as diferentes espécies deste gênero.

Daí dizer BARTOLOMEO DUSI que a filiação é uma relação da natureza regulada juridicamente: a natureza a cria, a lei a regulamenta e disciplina no interesse tanto da família, como da sociedade e do Estado:

“Também aqui, como sempre, a lei nada mais faz senão anexar a um fato da vida real o nascimento de uma relação jurídica: a lei se apossa, por assim dizer, do fato natural da procriação e da também natural dependência dos filhos aos pais e sujei-

tando aquele fato e esta dependência ao próprio soberano império, faz dela uma outra instituição jurídica e social.”

Prossegue demonstrando que, como o casamento e todas as demais instituições fundamentais da nossa sociedade, a filiação reflete a duplicidade da natureza humana, uma vez que é ao mesmo tempo algo de corpóreo e algo de incorpóreo.

Pertence ao mundo físico, como derivação orgânica e fisiológica do gerado e do gerador. Ao mundo moral, como relação pessoal entre pais e filhos, que implica em recíprocos direitos e deveres:

“A lei considera e regula somente este segundo aspecto da filiação, e mesmo esse não inteiramente: uma vez que tais relações entre pais e filhos permanecem sempre por sua natureza incoercíveis, subtraindo-se assim do setor do puro direito, para permanecer na esfera do sentimento, do costume e da moral.”

3. Diferentes Espécies de Filiação.

Pelo menos oito espécies de filiação se diferenciam, em nossa lei, por características próprias:

1. a legítima, resultante da união sexual de pessoas ligadas por casamento válido ao tempo da concepção;
2. a legítima, resultante de uma união dessa natureza, que veio posteriormente a ser anulada, mas em que pelo menos um dos cônjuges estava de boa fé;
3. a legitimada, provinda de uma união de pessoas que após o nascimento do filho considerado vieram a unir-se pelo casamento.
4. a natural, procedente de pessoas que não são casadas, sem que sofressem qualquer impedimento;
5. a reconhecida, ato espontâneo pelo qual o pai ou a mãe confessam ou declaram essa qualidade com relação ao filho; ou decorrente de investigação judicial promovida pelo filho;
6. a ilegítima, proveniente de pessoas que não podem, ou que não querem unir-se pelo casamento: expressão genérica que inclui tanto os filhos naturais, ou bastardos, como os

adulterinos e incestuosos, formando estes últimos a categoria dos espúrios;

7. a adotiva, em que é estabelecido artificialmente um vínculo entre uma pessoa ou um casal e outra, até então considerada estranha;

8. a decorrente da adoção plena, vínculo também artificial, mas a que dá a lei eficácia mais acentuada, muito embora sejam todas, na generalidade dos sistemas legislativos, consubstanciadas em apenas três figuras principais: 1. filiação legítima; 2. filiação natural reconhecida; 3. filiação natural não reconhecida.

4. Importância

Encarece aquele mesmo autor a importância decisiva que tem a classificação dos filhos nas várias categorias em que o legislador os distribui para a correta interpretação e aplicação das disposições da lei: elas mudam radicalmente de categoria para categoria, não somente sob um ou outro aspecto, mas sob o ponto de vista de todos os elementos de que consta o regulamento legal da relação de filiação: meios de sua verificação, ações para proteção do estado pessoal decorrente da filiação, finalmente, efeitos múltiplos e importantíssimos que desse estado decorrem, seja no setor das relações puramente pessoais, seja no das relações patrimoniais.

A rigor, o simples fato de alguém chamar ao mundo uma criatura que não solicitou a sua vinda, deveria estabelecer, com o vínculo de responsabilidade, aqueles conseqüentes deveres e direitos conscientes a que os próprios animais se rendem, por instinto.

Mas a verdade é que, como que acoroçoando a falta de senso de muitos pais, o legislador, longe de coibir semelhante imoralidade, só reconhece o dever de manter, educar e amparar, mesmo após a morte, os filhos da maneira mais completa possível aos indivíduos ligados pelo vínculo do casamento, relacionando-o, pois, ao instituto jurídico da família legítima.

Daí a razão por que, preso ao preconceito de que deve prestigiar a instituição do casamento, muito embora inúmeras vezes advertido de que faz com que os inocentes paguem pelo pecado dos pais, violando o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, estabelece uma discriminação absolutamente incompatível com as normas de progresso e de igualdade social que caracterizam a nossa época.

Prestigiada como é pelo Código, não poderia deixar de ser a filiação legítima aquela que, com mais perfeição, dá origem ao maior número de relações, tanto de natureza pessoal entre o filho e os pais, como de natureza patrimonial, resguardando-lhe ao máximo o direito de receber o quinhão hereditário, situação a que recentemente deu remédio, apenas quanto ao ponto de vista sucessório, a Lei n. 6.515, de 26.12.1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, ao modificar, pelo artigo 51, o artigo 2.º da Lei n. 883, de 21.10.1949 para admitir, qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança, em igualdade de condições.

Dispensável, nestas condições, encarecer a importância de determinação das várias espécies de filiação para situá-las numa das diferentes categorias previstas pelo Código Civil ou pelas leis complementares que se esforçam por atualizá-lo, reconhecendo as mais amplas regalias ao filho legítimo, e diminuindo essa proteção à medida que vai passando para as demais categorias, a ponto que mal parecia ter intenção de admitir o próprio direito à existência dos incestuosos.

5. Filiação Legítima. Elementos.

A exemplo dos demais Códigos Civis, só reconhece o nosso como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé (art. 337).

Está pois de acordo com a doutrina, que proclama ser o casamento a única fonte da legitimidade, o grande benefício com que podem os pais aquinhoar seus filhos, verdadeiro passaporte legal para, com plenitude de direitos, entrar na família, e, por meio dela, na sociedade.

A observação é de BARTOLOMEU DUSI, que encarece não ser a relação de filiação legítima uma relação jurídica simples, mas complexa: a mais complexa, mesmo das várias relações de filiação:

“não somente pressupõe o fato fisiológico da procriação natural, isto é, da paternidade e da maternidade, mas exige também, e nisto exatamente se distingue da filiação ilegítima, que aquele fato seja precedido, ou, pelo menos, acompanhado da existência legítima do casamento entre os pais.”

Do fato desses dois elementos principais se decomporem em outros particulares deduz que a relação da filiação legítima resulta de cinco elementos essenciais: a) o parto da mulher; b) a identidade do filho com o que ela deu à luz; c) a paternidade do marido; d) a concepção durante o casamento; e) a jurídica existência e validade deste;

Mais rigorosa, no entanto, a construção de ANTONIO CICU, apontando quatro elementos essenciais, num esquema que iremos acompanhando:

a) *Casamento dos pais*. Deve ser anterior não somente ao nascimento, como à própria concepção do filho. “A família legítima” — assinala — “tem por base o matrimônio: primeiro pressuposto da legitimidade é que o filho seja procriado por pais unidos em casamento que tenha valor legal”.

Em se tratando de casamento civil, será o que tenha sido celebrado de acordo com as formalidades determinadas pelos artigos 192 — 201 do Código Civil: para o casamento religioso, obedecidas as previstas na Lei n. 1.110, de 23.5.1950, produzindo, no entanto, a inscrição os efeitos jurídicos a contar do momento da celebração do casamento, como determina seu artigo 7.º:

“A filiação legítima procede do casamento e encontra no vínculo conjugal, como é consagrado pela religião, pela moral e pela lei” — diz com precisão BARTOLOMEU DUSI — “um ambiente *preconstituído*, no qual ela pode surgir e desenvolver-se em perfeita correspondência e harmonia com as mais altas exigências da ética social e com os mais delicados interesses da família e do Estado.

O matrimônio, que precede e quase prepara a filiação legítima, aduz a estas vantagens importantíssimas, jurídicas, morais e sociais. A afirmação normal e regular das relações de maternidade e mais especialmente de paternidade: a segurança e estabilidade do estado familiar das pessoas, do qual decorre tanta quantidade de direitos e deveres: a possibilidade de uma sã e ótima educação moral dos filhos, facilitada pela convivência e pela cooperação afetuosa dos pais: e finalmente a formação daqueles fortes e puros laços de família, que irradiando-se para fora dela constituem também o mais sólido cimento da sociedade civil e política, — constituem as mais salientes daquelas vantagens.”

Não é o nascimento que induz a certeza da legitimidade do filho e sim a concepção desta criança durante a existência deste casamento válido. No que toca à paternidade, poderia ocorrer a circunstância de a mulher, por ocasião do casamento, já conter em si o germe do futuro filho, não provindo, no entanto, daquele que se apresenta como seu marido. A legitimidade não é inerente ao casamento, tanto assim que não obstará a legitimidade o fato do filho ter vindo à luz depois de dissolvido ou anulado o casamento, nem o fato de ter nascido durante a vigência do mesmo, embora concebido antes de ter sido celebrado.

b) *O parto da mulher, ou maternidade*, fato certo, é o ponto de partida de qualquer consideração, tendo ainda a vantagem de ser de fácil prova, correspondente mesmo à alegria com que é em geral recebida uma criança.

Bem por isso proclama LUIS DA CUNHA GONÇALVES ser o parto um fato material cuja verificação é sempre possível: “sua prova é sempre mais fácil em relação à filiação legítima, porque a mulher casada não procura ocultar a sua gravidez, e o nascimento de um filho legítimo nunca é conservado em segredo, pelo contrário, é imediatamente anunciado às pessoas das relações da família e, às vezes, até ao público pela imprensa.”

Se aquela mulher, que alguém pretende seja sua mãe, jamais deu à luz, consigna BARTOLOMEU DUSI, desaba todo o edifício da legitimidade, pelo menos com relação *àquela* mulher e, conseqüentemente ao marido da mesma.

Por aí se vê que se o parto é certo, pode não ser certo que o filho seja justamente aquele que a mulher deu à luz. Por essa razão é necessário que o filho prove ser o mesmo que ela gerou. Se na filiação legítima o resultado é alcançado através o registro civil, há que considerar também a possibilidade da impugnação do mesmo, mediante prova de suposição ou substituição de parto.

Como a da paternidade, a prova da maternidade, pela certidão de nascimento, alcança o duplo objetivo de documentar não só o nascimento, mas outrossim a filiação, muito embora passiva de ser impugnada a própria existência do parto, que pode ser fictício.

c) *Concepção durante o casamento*. Também neste passo é clara a lição de BARTOLOMEU DUSI, quando faz ver que, se por um lado, o casamento é a única fonte da legitimidade dos

filhos, e, se, por outro, a condição destes deve ser deduzida da dos pais ao tempo da sua concepção (porque esta assinala o momento primordial da existência humana, e todo o desenvolvimento ulterior outra coisa não é senão uma consequência evolutiva daquele primeiro misterioso germinar da nossa vida), deduz-se logicamente, que não podendo nunca a causa ser posterior ao seu efeito, para que o filho, ao nascer, possa encontrar-se na *plena posse* da sua legitimidade, é preciso que ele tenha sido *concebido* pela mulher por obra do marido *depois* da celebração do casamento.

“Daí decorre que o filho, que tenha sido sim gerado por duas pessoas, que agora são marido e mulher, mas que tais não eram, nem no momento em que ele foi concebido nem no momento em que nasceu, não pode aspirar a uma *legitimidade de origem (ex tunc)*. Ele pode somente entrar na categoria dos filhos legitimados, desde que os seus pais o tenham já reconhecido ou o reconheçam depois de contraído o casamento: mas de qualquer modo a sua condição de filho legítimo não começa a operar juridicamente a não ser a partir do momento em que a legitimação é perfeita: e portanto ele não tem senão uma legitimidade, por assim dizer, *super-veniente e posterior (ex nunc)*.”

Adita que entre essas duas hipóteses extremas, do filho *concebido e nascido antes* que o casamento existisse, e daquele *concebido e nascido depois* da sua celebração, existe outra hipótese intermédia, não infreqüente, contemplada pela lei: a do filho *concebido antes e nascido depois* da celebração do casamento.

“Pois bem: também este filho *nasce legítimo*. Mas não se deve igualá-lo completamente ao filho concebido durante o casamento: porque, se é verdade que os dois já nascendo encontram-se na posse da legitimidade, todavia a *segurança* e a eficácia desta posse são essencialmente diferentes num e no outro caso...”

Como, porém, ter a certeza do momento em que ocorreu a concepção?

Diretamente ele não pode ser verificado. Daí a necessidade de deduzi-lo do dia do nascimento, o que somente será

alcançado de maneira aproximada, através de uma presunção, portanto, aceita pelo legislador de todos os países.

Realçando tratar-se de uma presunção *legal*, não *hominis*, que pressupõe legitimidade verificada em juízo, lembra ANTONIO CICU que as presunções legais são ordinariamente baseadas naquilo que constitui normalidade na infinita variedade dos casos (*quod plerunque accidit*).

“A duração normal da gestação sendo de nove meses, a concepção poder-se-ia presumir ter ocorrido num dia pouco anterior ou posterior ao 270.º antecedente ao nascimento. Isto seria justificado se a presunção de concepção valesse apenas para resolver um problema de ônus da prova em juízo.

Aponta, por exemplo, da diferença do início da legitimidade, resultar que, abrindo-se uma sucessão antes do casamento dos pais, sendo deixados certos legados aos *filhos legítimos* destes, os legitimados não poderão recebê-los. Se o pai ou a mãe tiverem filhos legítimos de anterior matrimônio, falecendo um destes e legando os seus bens aos seus *irmãos legítimos*, o legitimado, ainda que perfilhado por ambos os pais, nada herdará, porque não era ainda *irmão legítimo* ao tempo da abertura da herança. Se, porém, o legado ou herança for posterior ao casamento e no testamento houver uma cláusula dando preferência ao *filho varão legítimo*, o filho legitimado excluirá a filha nascida na constância do matrimônio. Nos casos em que o legado é deixado ao *primogênito legítimo*, caso a legitimação se realizar quando já existia um filho legítimo nascido dum casamento anterior, será este o *primogênito*, embora o legitimado seja mais velho em idade. Mas se vários filhos forem conjuntamente legitimados, será *primogênito* o que for mais velho.

“A legitimação equivale à superveniência de filhos legítimos para o efeito da revogação da doação anterior ao casamento; assim como fará cessar a tutela instituída ao filho ilegítimo, porque este passa a ficar sob o pátrio poder como os legítimos. Outro fato que mostra não ficar o filho legitimado inteiramente equiparado ao legítimo é a possibilidade de ser impugnado o reconhecimento feito pelos pais *por todos aqueles que tiverem interesse*; ao passo que a filiação legítima, em regra, não pode

ser impugnada; e, nos casos excepcionais em que a lei admite a impugnação, só a permite ao pai ou aos seus herdeiros, dentro de curto prazo.”

d) *Paternidade do marido*. Como esta não pode ser verificada diretamente, resolve-se o problema pela presunção da paternidade, já estabelecida pelos textos romanos: *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

6. Filiação Presumida Legítima.

Ao princípio traçado pelo artigo 337, de legitimidade dos filhos concebidos na constância do casamento, acrescenta o Código Civil, no dispositivo seguinte, *presumirem-se* concebidos na constância do casamento:

I — Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II — Os nascidos dentro nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Para chegar a essa conclusão precisou o legislador recorrer a dados científicos e biológicos, que lhe permitissem firmar um critério geral isento das incertezas decorrentes da prova e dos pareceres, que podem ser diversificados.

Na impossibilidade de desvendar o momento exato da fecundação do óvulo o critério mais seguro é o de tomar como ponto de partida o nascimento da criança — dado certo —, percorrendo, em sentido inverso, o caminho da natureza.

Compulsando os dados da experiência e da observação científica, verificou-se que a gestação humana não vai além dos 300 dias, não tendo, por outro lado, condições de sobrevivência um feto com menos de 180 dias.

Tomou então esses dados como termos máximo e mínimo dentro do qual deve situar-se o período intermédio, constituído assim por 121 dias inteiros, correspondentes aos primeiros 121 dias do período máximo de gestação, isto é, dos 300 dias anteriores ao nascimento.

Indica BARTOLOMEO DUSI a maneira mais fácil para determinar o período legal da concepção: estabelecido o dia do nascimento e contando retroativamente, sem porém incluí-lo no cálculo, chega-se ao 300.º dia anterior ao nascimento. Será esse o primeiro dia do período da concepção, como o 299.º

anterior ao parto será o segundo, o 298.º o terceiro e assim por diante, até chegar ao 180.º dia anterior ao parto que corresponde exatamente ao 121.º do período legal da concepção, o qual por isso alcança 121 dias *inteiros*, uma vez que no termo é necessário incluir tanto o 300.º como o 180.º dia antes do nascimento.

Do princípio de que todo o período da concepção decorre em vantagem da legitimidade do filho, podendo-se, pois fazer recair a concepção em qualquer dos dias do referido período, como melhor aconselhe o interesse da legitimidade dos filhos, deduz duas importantes ilações:

a) se se trata de estabelecer que o filho foi concebido durante o casamento, para daí tirar a consequência da presumida paternidade do marido, nesse caso basta que o matrimônio tenha existido num qualquer dos 121 dias incluídos no período da concepção;

b) se ao invés se trata da ação de desconhecimento, promovida pelo marido para impugnar a sua presumida paternidade, basta que num só momento do período legal da concepção tenha o marido coabitado ou podido coabitar com a mulher para que a sua ação não possa mais ser acolhida: a impossibilidade sua de ter gerado o filho deve estender-se ao inteiro período da concepção.

Se o filho nascer no 180.º dia depois da celebração do casamento, resulta que, contando-se retroativamente desde o dia do parto, o 180.º dia anterior ao nascimento confunde-se com o da celebração do casamento, confundindo-se também com o 121.º dia do período legal da concepção.

“A existência do casamento vem a coincidir com somente o último dia do período da concepção: mas isto é suficiente, para que o filho se considere *iuris et de iure* como concebido durante o casamento e tenha portanto como pai o marido e nasça na plena posse da sua legitimidade. Pela mesma razão, quando o filho nasça 300 dias depois da dissolução ou anulação do casamento, o 300.º anterior ao parto (excluindo o dia em que este ocorre) coincide com aquele em que o casamento é dissolvido ou anulado e ao mesmo tempo com o primeiro dia do período da concepção: também aqui o casamento coexistiu, embora por um só dia, mesmo por poucas horas, com o período de tempo dentro do qual pode a con-

cepção ser colocada, e isto basta para levar à conclusão da paternidade do marido e à legitimidade da prole.

Evidentemente, por outro lado, o filho nascido *antes* de 180 dias da celebração do matrimônio, como também o filho nascido *depois* de 300 dias da dissolução ou anulação do mesmo, não se podem de modo algum presumir concebidos durante o casamento: uma vez que a subsistência deste em momento algum vem a coincidir com o período legal da concepção.”

Tais filhos, conclui, nunca podem aspirar ao benefício da presunção de paternidade do marido e da sua conseqüente legitimidade.

A lei, complementa LUIGI BORSARI, determina o período no qual começa e termina a presunção da paternidade legítima: aquém e além do prazo, considera-se concebido o filho fora do casamento.

Não terá então o pai necessidade de mover ação alguma para excluir como sua a paternidade: a lei proporciona-lhe uma exceção não menos poderosa do que a regra: caberá a quem pretende ser filho natural a demonstração correspondente.

Acentua CUNHA GONÇALVES o caráter irrefragável que têm essas regras: são de ordem pública, pois o legislador quis com elas assegurar a estabilidade do estado, suprimir litígios e o arbítrio da apreciação dos juizes. Ninguém poderá, em face delas, mesmo com atestados científicos, sustentar que a gestação durou menos de 180 ou mais de 300 dias: a alegação da legitimidade em tais condições, e ainda que se prove que a mãe era um modelo de virtude, será inteiramente inadmissível.

O legislador quis também facilitar a prova da filiação legítima, pois o filho legítimo só tem de provar que sua mãe era casada no período legal da concepção e por uma consequência forçosa, o marido da mãe será o seu pai, independentemente do expresse reconhecimento por este da sua paternidade.

A presunção pode ser havida como regra geral aplicável a qualquer filiação, inclusive natural, no caso de investigação fundada no estupro, rapto, sedução e concubinato notório.

Mas nada tem de absoluto: salvo quanto aos limites extremos do tempo da gestação, não é uma presunção *juris et de jure* quanto à legitimidade do filho ou da paternidade.

Em primeiro lugar, não é aplicável por mais de uma vez ou a mais de um filho. Assim, se uma viúva ou divorciada der à luz um filho dez dias após a data do falecimento do marido ou do divórcio e outro 300 dias depois da mesma data, é claro que este segundo será ilegítimo. A presunção terá que ceder diante da realidade...

Em segundo lugar, fundando-se a presunção na possibilidade da cópula entre os cônjuges no período legal da concepção, é lógico que não é aplicável quando a cópula era *impossível*: abandono, ausência, separação, recusa de coabitação, voto de castidade...

Claro que nem todos os filhos concebidos na constância do casamento provêm verdadeiramente dos indigitados pais, embora dele sejam filhos legalmente, pois, além do eventual adultério da mulher, muitas vezes recorrem os interessados a expedientes ou a estratagemas para apresentar como seus, e como concebidos por eles, filhos, que na verdade, são de outro sangue.

Notícia pitoresca de uma “estranha maneira de combater a esterilidade” foi distribuída no dia 10.8.1965 pela agência noticiosa A.F.P.:

“Uma napolitana inventou um tratamento pouco comum e nada científico contra a esterilidade. Desesperada por não poder ter filhos “emprestou” seu marido a uma vizinha através da qual, “por procuração”, esperava ser mãe.

Mas como em lugar do menino que esperava, sua vizinha lhe deu uma menina, armou um escândalo e a polícia terminou por se inteirar do assunto.

Luísa, a bela napolitana de 34 anos, após ter exaustivamente se submetido a tratamentos médicos contra a esterilidade, propôs a sua vizinha, mãe de 8 filhos, separada do marido, o empréstimo do seu esposo por uns dias, com a condição de que ela lhe desse um filho. O negócio foi tratado, devendo Luísa pagar determinada quantia em dinheiro à futura mãe de “seu filho”. Considerando-se lograda com o nascimento de uma menina, Luísa negou-se a efetuar o pagamento o que provocou uma luta corporal, acabando com a intervenção dos “carabinieri”. O comissário do bairro estuda bastante perplexo este caso, novo nos anais policiais.”

7. Casos em Que Não Pode Ser Contestada a Legitimidade do Filho

Complementando a indicação dos filhos legítimos e dos que se presume concebidos na constância do casamento, levanta o Código Civil, no artigo 339, duas hipóteses em que não admite seja contestada a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias do estabelecimento da sociedade conjugal.

A primeira é a ciência do marido, antes de casar, da gravidez da mulher. Pode ser consequência de ato seu, como também pode ser, por razões de conveniência, de altruísmo, ou outras que sejam, sabendo que não é. Pelo casamento assume a paternidade: não poderá arrepender-se depois, não prevalecendo, nessa hipótese, o prazo de dez dias de decadência de que cogita o artigo 178, § 1.º. Não será nestas condições acolhida em juízo qualquer pretensão sua de contestar a paternidade.

A segunda é se assistiu pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. Se o fato da criança ter nascido cento e oitenta dias após o casamento leva o marido a supor que o filho não era dele, mas mantém-se inerte, deixando que a criança seja levada a registro com a indicação do seu nome, também não poderá alegar, mais tarde, que não é produto de sua diligência.

O artigo 344 outorga somente ao marido o direito de contestar a legitimidade de um filho nascido de sua mulher. Continua sendo o juiz da conveniência ou não de verificar a paternidade. Mas se tanto demorou em tomar uma iniciativa desta natureza que depois de proposta a ação venha a ser colhido pela morte, será essa a única eventualidade em que a ação poderá ser continuada pelos seus herdeiros.

A presunção de legitimidade dos filhos nascidos na constância do casamento, ou no período posterior indicado por lei, justamente por ser presunção, cede diante de prova em contrário.

Em tudo e por tudo é o adultério da mulher que deve ser considerado, confrontado a dois fatos igualmente constantes: o nascimento de um filho: a exclusão da obra geradora do marido.

Poderia parecer uma superfluidade, portanto, dizer que o *adultério provado* por si só não seria suficiente para justificar a recusa, sem o concurso de outras circunstâncias.

Explica, porém, BARTOLOMEU DUSI a razão: se cotejada ao nascimento, a época da concepção fica excluída por impedimento insuperável a obra do marido, resulta patente a infidelidade da mulher. Onde semelhante impedimento não exista, o adultério deve ficar demonstrado com prova específica contra a conjectura de que o presumido pai seja o autor da gravidez, ou pelo menos tenha sido partícipe: daí a razão da dificuldade e da repugnância da lei em conceder a ação de desconhecimento:

“A paternidade, que é a alegria da família, torna-se um peso insuportável quando é atribuída, dir-se-ia, por calúnia, e encerra o mais sangrento dos ultrajes. Dura tarefa do legislador vingar tamanha injustiça sem alterar o princípio. A força invencível, a impossibilidade, eis a base da exceção, onde a verdade jurídica é obrigada a ceder à verdade material, que mais não permite dissimular a desordem que entrou na família.”

Não admite o artigo 340 do Código Civil pátrio seja contestada a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal, a não ser provando-se duas hipóteses:

I — que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho;

II — que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

A *impossibilidade de coabitação* pode decorrer do afastamento do marido, embora sem separação legal, como exige a segunda eventualidade. É a hipótese decidida pelo então juiz de Salvador, ADHERBAL CUNHA GONÇALVES, *R. Forense*, v. 146/7, admitindo a adulterinidade de filho de um casal cujo marido estava ausente do lar conjugal por tempo superior ao de 120 dias previsto no artigo 340, I, embora não bastasse a confissão de adultério para elidir a paternidade.

Pode provir também de má conformação congênita do marido, que impossibilite o coito, ou de impotência, quando em caráter absoluto, como exige o artigo 342, e permanente, de mutilação, ou qualquer outro fato que importe na impossibilidade de gerar por parte do marido.

Se a mulher, sem que tenha ocorrido a hipótese de inseminação artificial, vem a conceber, engravidar e dar à luz, seria

fechar os olhos à realidade querer atribuir a paternidade ao marido.

Hipótese que já suscitou pronunciamento de tribunais estrangeiros é o do marido impotente para procriar, que autoriza a inseminação artificial em sua mulher, com esperma de terceiro. Provada a impotência poderá ele contestar a paternidade do filho havido por sua mulher, embora sem negar a anuência dada à inseminação?

Sua concordância retira-lhe o direito de impugnar a legitimidade do filho havido pela esposa, sem embargo de julgado em sentido contrário.

Trata-se de tema fascinante, que ingressa lentamente na vida do direito, mas que ainda não alcançou sedimentação definitiva.

Quando, na segunda eventualidade o Código usa a expressão legalmente separados, indica tanto a separação de corpos definitiva, no caso de desquite, no de nulidade ou de anulação de casamento, como a separação provisória autorizada pelo artigo 223, preliminar dessas ações.

Claro que os cônjuges podem estar separados, embora não tenham tomado qualquer providência legal. Mas a cautela do legislador provém da circunstância de que, nesse caso, são mais possíveis as visitas recíprocas, de uma delas podendo resultar o engravidamento. Bem por isso acrescenta o artigo 341 não valer nem mesmo a separação legal, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

Não basta o *adultério da mulher*, acrescenta o artigo 343, com quem o marido convivia, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

Não se trata, pondera LUIGI BORSARI, de indulgência que mereça o fato, mas de uma decorrência da dificuldade da prova. Diferentemente das hipóteses de impossibilidade de coabitação por afastamento, impotência absoluta, ou outro acidente, na hipótese do artigo 343 o marido não está fora de cena: convivendo com a mulher, fica agravado com a presunção da paternidade.

“O adultério portanto é a causa que leva a recusá-la. Mas como pode o marido declinar, por assim dizer, a própria ingerência e revertê-la toda sobre um estranho qualquer que usurpou os seus direitos? *Hic labor*: portanto a lei exige justamente provas...”

8. Prova de Filiação Legítima

Prova-se a filiação legítima — declara o artigo 347 do Código Civil, — pela certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil, não admitindo o artigo seguinte vindique alguém estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade.

Deve ele ser feito em obediência às formalidades dos artigos 50-66 da Lei 6.015, de 31-12-1973, que pouco alteram os correspondentes artigos 63-80 do Decreto n.º 4.857, de 9-11-1939. Apenas foi eliminado o artigo 74, determinando fossem omitidas as declarações que devem constar do assento do nascimento de que resultar escândalo, substituído como foi pelo atual artigo, mandando contenha o registro o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante.

O termo de nascimento, instruí BARTOLOMEU DUSI, é a documentação da filiação legítima levada a efeito pelo oficial do registro civil nos registros públicos, com base nas declarações de pessoas que tenham assistido ao parto.

Semelhante termo constitui a *prova rainha* da filiação legítima, mas sua eficácia probante fica subordinada à observação de determinadas formalidades essenciais.

Deve ser redigido na conformidade das declarações das pessoas indicadas na lei do registro público:

“O termo de nascimento destina-se primordialmente a provar o fato do parto e a hora, em que ele se verificou, bem como, secundariamente, a dar alguns elementos para a identidade do filho, como o lugar em que nasceu, a indicação do sexo e a do nome que lhe foi posto. Não resultando a filiação legítima de uma declaração de vontade dos pais, mas de circunstâncias e de relações objetivas, daí decorre que a verificação destes possa ser feita também por meio de declarações de terceiras pessoas que dela tenham um conhecimento direto e imediato.”

Adite-se que a afirmação do Código, de que o estado de filiação é o que resulta do registro de nascimento é verdadeira, mas desde que respaldada pelos pressupostos de legitimidade já examinados.

Por isso mesmo desdobra LUIZ DA CUNHA GONÇALVES a prova da filiação legítima na demonstração de três fatos:

a) o casamento do pai com a mãe antes do nascimento do filho;

b) o parto da mulher casada de quem o filho pretende ter nascido;

c) a identidade entre o filho dessa mulher e o indivíduo de quem se trata.

Embora seja o registro do nascimento a prova primacial da filiação legítima, para que tenha força probatória completa é preciso que seja lavrado com todos os requisitos legais por ele apontados, especialmente:

1.º) deve ser escrito no livro para esse fim estabelecido pela lei e existente na respectiva repartição pública, pois, se fosse lavrado numa folha volante, não provaria a filiação, só por si, embora pudesse valer como prova auxiliar;

2.º) deve ter sido redigido sobre declarações de uma das pessoas indicadas na lei, pois as declarações de diversas pessoas não têm o valor de testemunhos diretos;

3.º) deve ter sido lavrado e assinado por funcionário competente: se o fosse por qualquer amanuense, não teria valor algum jurídico.

Quem é obrigado a fazer a declaração de nascimento?

A Lei n.º 6.015, de 31-12-1973 faz a enumeração pela ordem, no artigo 52: 1.º o pai; 2.º em falta ou impedimento do mesmo, a mãe, prorrogando neste caso o prazo para declaração por quarenta e cinco dias; 3.º no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior e achando-se presente; 4.º em falta ou impedimento do parente referido, os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto; 5.º pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe; 6.º finalmente, as pessoas encarregadas da guarda do menor.

Acrescenta o Código de Menores, artigo 22: a autoridade, a quem for apresentado um infante exposto; o funcionário do recolhimento no qual o infante for abandonado, ao invés de ser aí devidamente apresentado (art. 20).

Finalmente, a própria pessoa, quando alcançar a maioridade, nos termos da Lei n.º 765, de 14-7-1949.

Em todas essas eventualidades a maternidade pode ser consignada à revelia da mãe, à qual, no entanto o artigo 356

do Código Civil, parte final, reconhece o direito de contestar a maternidade, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Nessa hipótese, contrariamente ao que pode ocorrer com relação ao marido, prevalecem as conseqüências jurídicas da verdade dos fatos, anulando-se ou reformando-se o assento.

Dispõe com efeito o artigo 113 da Lei dos Registros Públicos que as questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.

O artigo 54 da mesma lei indica os *elementos* que deverá conter o assento do nascimento:

- 1.º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;
- 2.º) o sexo e a cor do registrando;
- 3.º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;
- 4.º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;
- 5.º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;
- 6.º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;
- 7.º) os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram e a sua residência atual;
- 8.º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;
- 9.º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento.

Mas o registro pode faltar, obtempera CLÓVIS BEVILÁQUA, ou porque os pais não fizeram a declaração, ou porque se tenha perdido o livro, ou pode existir o registro, mas ser defeituoso, como quando o filho é dado com diverso nome, ou se lhe atribui paternidade incógnita. Em todos esses casos permite o artigo 349 se recorra a qualquer gênero de prova, entre as mais comuns, a testemunhal e a posse de estado.

Vale para o nosso direito a advertência do tratadista lusitano de que o parto, como fato material, pode ser sempre provado por testemunha, embora o modo regular e normal dessa prova seja o assento do registro civil do nascimento.

Como o recém-nascido, porém, não pode ser responsável pelas possíveis negligências dos que tinham o dever legal e moral de prestar as declarações ao oficial do registro civil,

podendo mesmo ignorar a data e o lugar em que nasceu, admite o artigo 349 do Código Civil na falta ou defeito do termo do nascimento, seja provada a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito, em duas eventualidades:

I — Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II — Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Reconhece BARTOLOMEU DUSI não ter a posse do estado de filho legítimo, nem pode ter, a força probatória do termo público, por ser um fato privado, por ser a criação de diversas vontades individuais.

Não nega, no entanto, que tal posse, como a que implica o reconhecimento constante e unânime do filho por parte dos pais, das suas famílias e da inteira sociedade, é a consagração efetiva e ao mesmo tempo a prova irrefragável da relação natural jurídica da filiação legítima.

Procurando facilitar o registro dos brasileiros ainda não inscritos, faculta a aludida Lei n.º 765, de 14-7-1949, independentemente do pagamento da multa regulamentar, mediante petição isenta de emolumentos e custas, apenas atestada por duas testemunhas idôneas, ao registrando:

I — maior de dezoito anos de idade ou menor de vinte e um, ou nascido anteriormente à obrigatoriedade do registro civil;

II — maior de dezoito anos e durante o período do alistamento eleitoral, ou se maior de dezessete anos durante o período do alistamento militar, determinados em lei;

III — menor de dezoito anos ou maior de vinte e um, quando apresentado atestado firmado por autoridade competente, desde que considerado pessoa pobre, dispensada, para os maiores de onze anos de idade, petição, mas com atestação de duas testemunhas idôneas.

9. Condição Jurídica dos Filhos Legítimos

Os filhos legítimos são verdadeiros continuadores da pessoa de seus pais, o elo da corrente intérmina que vem desde o primeiro homem e que irá até a geração que for derradeira.

“Quando um homem se vê reproduzido num filho”, — expressou D. ANTONIO DA COSTA — “o que se entrevê é ser ele mesmo que renasce e que sobreviverá a si próprio.”

Por que será, perguntava a si mesmo Robert, personagem do romance *Tempos Passados* (“The Cup of Gold”) de JOHN STEINBEK, que homens como eu desejam filhos?

“Talvez porque o fundo das suas pobres almas abastadas desejam que esses novos homens, que são do seu sangue, realizem o que eles não foram suficientemente fortes ou suficientemente corajosos para realizar. É quase uma nova experiência com a vida, como um novo saco de moedas, na mesa de jogo, depois de se ter perdido a fortuna. Talvez ele consiga o que eu poderia ter conseguido há anos, se tivesse tido bastante audácia.”

Seus direitos são os mais amplos possíveis, os mais completos que possam caber a qualquer categoria de filhos, tanto sob o ponto de vista moral, como sob o aspecto material.

No que diz respeito àquele, os filhos legítimos são destinatários, em primeiro lugar, do direito ao *statuts* de filhos legítimos, e como tais, dos direitos ao nome, à criação e à educação compatível com a condição social de seus pais, de viver em companhia dos mesmos.

No que diz respeito ao aspecto pecuniário, tocam-lhes os direitos hereditários, na qualidade de descendentes a quem o Código outorga, em primeiro lugar, a sucessão legítima (art. 1.063).

Cabem-lhes, ainda, os direitos a alimentos, no mais amplo sentido, e todos os demais decorrentes do pátrio poder e da tutela.

Incumbem-lhes, por outro lado, a obrigação de prestar obediência e respeito aos seus pais, e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 384, VII).

10. A Filiação Legítima no Projeto de Código Civil de 1975

Os artigos 1.629-1.644, quando não idênticos aos correspondentes artigos 337-351 do Código Civil, alteram muito pouco a redação.

Plausível a modificação proposta ao n.º II do artigo 340 do Código Civil, admitindo possa a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ser contestada provando-se “que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente

separados” no sentido das duas últimas palavras serem substituídas pelas “separados de direito ou de fato” (art. 1.633, n. II).

Pelo artigo 1.632, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo de dez meses, depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, para que possa a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro nos trezentos dias a contar da data do falecimento deste; do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já vencido o prazo a que alude o n.º I do artigo 1.773 (que estabelece a presunção de estarem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal).

A intenção é boa, mas não foi traduzida de maneira adequada. O dispositivo proposto refere-se apenas a uma das três hipóteses aludidas no item II do artigo 1.697, a da morte, deixando de lado a da nulidade ou anulação do casamento.

Mais própria e mais simples a redação do anteprojeto FELÍCIO DOS SANTOS, abrangendo essas e quaisquer outras eventualidades, como o casamento de mulher divorciada, ou a daquela cujo marido desapareceu, pois o que se discute é a filiação, e não a validade ou não do segundo vínculo:

“O filho da mulher, que passar a outras núpcias, nascido dentro de 270 dias da dissolução do casamento anterior, presume-se do marido anterior, e nascido, passados os 270 dias, presume-se do marido atual.”

Com pequena modificação ao “caput” do artigo 344 do Código Civil, eliminando apenas o “privativamente” na outorga ao marido do direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, o artigo 1.637 do Projeto propõe o acréscimo de dois parágrafos:

“§ 1.º Decairá desse direito o marido que, presente à época do nascimento, não contestar, dentro em dois meses, a filiação.

§ 2.º Se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, o prazo para repúdio será de três meses, contado do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.”

O artigo 1.638 passa aos herdeiros do marido, contestada a filiação na forma do artigo precedente, o direito de “tornar eficaz a contestação”, de discutível ortodoxia processual.

Dispensável o princípio de que “não basta a confissão materna para excluir a paternidade” (art. 1.639), já implícito no art. 1.636, declarando não ser suficiente o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

Bibliografia

- AGO, Roberto — *Filiazione* (Diritto Civile). In: Nuovo Digesto Italiano. Turim, 1938. v. 5, p. 1.137-68.
- AZZARITI, Giuseppe — *Filiazione legittima e naturale*. In: Novissimo Digesto Italiano. Turim, Utet, 1961. v. 7, p. 315-33.
- CICU, Antonio — *La filiazione*. Turim, Utet, 1958. p. 1-138.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da — *Tratado de Direito Civil*. São Paulo, Max Limonad, 1956. v. 2, parte I, p. 187-304.
- DE RUGGIERO, Roberto — *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1972. v. 2, p. 165-76.
- DUSI, Bartolomeo — *Della Filiazione e dell'Adozione*. Napoles, Marghieri, 1924.