SEGUNDA TESE

INVESTIGAÇÃO

DA

PATERNIDADE

ARGUMENTOS : : : : : : : : : : : : : QUE A JUSTIFICAM : : : : : : : : : : : : : : E REPELEM

ADOTOU-A O CODIGO CIVIL COM AS CAUTELAS NECESSARIAS ?

Ruben Almeida

1934
IMPR. OFICIAL
MARANHÃO

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

SEGUNDA TESE

Investigação da Paternidade

ARGUMENTOS
QUE A JUSTIFICAM E REPELEM
ADOTOU-A O CODIGO CIVIL COM AS CAUTELAS NECESSARIAS ?

TESE DE CONCURSO PARA PROVIMENTO DE UMA CADEIRA DE DIREITO CIVIL DA FACULDADE DO MARANHÃO, SORTEADA PELA CONGREGAÇÃO E DESENVOLVIDA PELO CANDIDATO **Ruben Almeida.**

1934
IMPRENSA OFICIAL
MARANHÃO

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

SUMARIO

1.º — *RAZÃO DE SER*

2.º — *GENERALIDADES*

3.º — *PRIMEIRA PARTE — Investigação da Paternidade e seu historico :*

no Direito Anterior

nos Comentadores desse Direito

nos Projetos de Codigo

na Discussão dos Projetos

no Codigo Civil

na Legislação Comparada

4.º — *SEGUNDA PARTE — Argumentos que justificam e repelem a Investigação da Paternidade*

Argumentos que a justificam

Argumentos que a repelem

Balanço dos argumentos

5.º — *TERCEIRA PARTE — Adotou-a o Codigo Civil com as cautelas necessarias ?*

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

RAZÃO DE SER

. . . . . .

"... a outra deverá versar sobre os seguintes pontos, que foram sorteados pela Congregação.

Para o concurso de Direito Civil: "Investigação da paternidade. Argumentos que a justificam e repelem. Adotou-a o Codigo Civil com as cautelas necessarias ?"

. . . . . .

Do Edital da Faculdade de Direito do Maranhão, publicado no "Diario Oficial", com a data de 14 de dezembro de 1933."

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

GENERALIDADES

Antes de entrar na substancia mesma do tema sorteado, procuremos, em ligeirissima resenha, apreciar os personagens que lhe estão direta e implicitamente relacionados.

Sabem todos os estudiosos do assunto que, pelo Direito Romano, duas classes de bastardos eram reconhecidas: a dos *liberi naturales* e a dos *spurii*, outrosim chamados *vulgo concepti*. Compreendia aquela os filhos provindos de concubinato; esta, os originados de união ilegitima. Enquanto para os primeiros era, até certo ponto, possivel arguir a presunção da paternidade, mais ou menos certa, pelos requisitos que a lei exigia no tipo de união, para os segundos era ela de todo impossivel, e, assim, inteiramente incerta a paternidade.

Estabelecia o referido direito sensivel distinção entre o *concubinatus*, que traduzimos concubinato, mancebia, amasiamento, abarregamento; e o *concubium* ou *stuprum*, simples e passageiro comercio carnal, efemera cohabitação (*concubium noctis*), que podemos expressar pelo neologismo *concubio* ou *concubito* ou pelo galicismo *concubinagem*, uma vês que *estupro* passou a ter significado mui diverso do originario.

Era aquele uma como união semi-ilegitima ou quasi legitima, digamos, inferior, é certo, ao casamento civil, porém que a lei, não reprovando, consequentemente permitia. Especie de casamento morganatico, resultante do ajuntamento de um só *vir* (*concubinus*) com uma só *femina* (*concubina*), distinguia-se das *justae nuptiae* apenas porque, não erguendo a mulher á alta dignidade de *uxor*, não lhe outorgava porisso paridade de condição ao *maritus*. E se distinguia, por outro lado, do *concubium* ou *stuprum* —

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

ligação de um só *concubinus* com varias *concubinae*, por umas tantas exigencias que lhe imprimiam certa e relativa moralidade.

Daqui logo se compreende não ser incerta a paternidade dos *liberi naturales*, pelo que permitia a lei imperial caracterizar-se a presunção, concedendo-lhes mais apreciavel numero de favores, isto é: de direitos, entre outros, como de maior alcance, o de poderem legitimar-se pelo casamento, que a tanto autorizou a constituição de Constantino, datada do ano 335. Mais favoravel ainda foi Justiniano, permitindo que pelo rescrito fosse reconhecida a mesma legitimação, para a circunstancia em que a morte ou outra qualquer causa justa impedisse a união legal projetada ou em vias de consumação.

Essa, a parte referente ao comercio dos pais.

Afloremos o que mais importa aos direitos de sucessão, em que era preciso estabelecer fundamental diferença, conforme se tratasse de hereditariedade materna ou paterna.

Na primeira hipotese, fosse *mater* dos *naturales*, fosse dos *spurii*, ambos lhe sucediam e, o que é para notar, com titulo e direitos iguais aos dos *legitimi*, de acordo, anteriormente, com o direito pretoriano, e mais tarde, com o exarado nos *senatus-consulti* Tertuliano e Orfitiano, da epoca dos Antoninos, sem duvida uma das mais esclarecidas, sinão a mais, da historia da legislação romana. Quando se sabe que, no primitivo direito, os *filii*, ainda *legitimi*, eram propriedade exclusiva da familia paterna, completamente estranhos a qualquer laço juridico com a materna, a que não sucediam, força é admirar a equipolencia admiravel determinada por essas duas sabias e altruistas leis, somente explicada, segundo os comentadores, pela tradição, baseadas portanto na primeira economia do *jus familiae* e da *hereditas* dos priscos romanos, uma e outra decorrentes dos liames de afeto e sangue.

Na segunda hipotese, ficavam os *naturales* excluidos. Com o advento, entretanto, das *Novellae*, notadamente a 18.ª de Justiniano, foram êles convocados parcimoniosamente á hereditariedade, designando-se-lhes a sexta da

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

sucessão do pai, quando sem posteridade legitima e sem esposa, e, em caso contrario, concedendo alimentos sobre a mesma sucessão.

Vejamos agora como interpretar a expressão "paternidade", assunto não de todo ocioso, como á primeira vista possa parecer.

Conquanto, na linguagem corrente, paternidade possa ser tomada em triplice sentido: no de "pai", no de "mãe" e no de "pai e mãe" ao mesmo tempo, isto é: "pais", na tecnica juridica e, pois, na tese presente, é sempre no primeiro sentido que deve ser considerada, ou, seja, na accepção romana do *agnatio*: "Agnati sunt per patrem ex eaden familia", como definia Calvino.

Assim, paternidade, do latim *paternitatis*, é, adstrito á etimologia, a qualidade, estado ou o sentimento de pai. Define-a o eminente Clovis Bevilaqua (1): "A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores, quando considerada decencionalmente, do pai para o filho." Com o apoio de Mourlon, (2) após haver definido Filiação "a relação que o fato da procreação estabelece entre duas pessôas, das quais uma é nacida da outra", acrecenta o egregio Lafayette (3): "Considerada com respeito ao filho, esta relação toma particularmente o nome de *filiação;* com respeito ao pai, o de *paternidade;* e com respeito á mãe, o de *maternidade.*" Esta definição, como a de Clovis, é, no fundo, a mesma de Estevam de Almeida, (4) muito aproximadas da de Planiol (5). Daí deduz Dionisio Gama,

---

(1) Clovis Bevilaqua. "Direito da Familia" 5.ª ed. p. 329.

(2) Claude Etienne Frédéric Mourlon. "Répétitions écrites sur le code civil." L. 1. T. 7. n.º 858.

(3) Lafayette Rodrigues Pereira. "Direitos de Familia". 2.ª t § 103 p. 183. "Anotações e adaptações ao codigo civil" por José Bonifacio de Andrada e Silva p. 218.

(4) Estevam de Almeida. "Manual do Codigo Civil Brasileiro". ed. Paulo de Lacerda. vol. 6 n.º 31.

(5) Planiol "Traité E'lémentire de Droit Civil". 6.ª ed. n.º 1.363.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

(6) firmado em Estevam de Almeida: "*Filiação*, de um lado; *paternidade* ou *maternidade*, de outro, são, por consequencia, termos sinonimos, ou que exprimem a mesma relação juridica, sob aspectos diferentes." Donde se vê que, não obstante existir na lingua o termo adequado maternidade, pode o de paternidade substitui-lo, senão por outras razões, ao menos pelo principio de prioridade do masculino.

Tais definições logram arrastar um outro ponto, qual o de indagar: que entender pela expressão *pai*. Certo, não é o do espirito do nosso Codigo abusar das definições. Pelo que não o definiu. Mas definindo filhos legitimos os "concebidos na constancia do casamento...", art. 337,implicita e consequentemente definiu pai (legitimo, acrecentemos), baseado aliás no velho principio "Is pater est quem justae nuptiae demonstrant.". D. 2, 4, fr. 5.

---

(6) Afonso Dionisio Gama. "Tratado teorico e pratico de Direito Civil Brasileiro" vol. II n.º 183.

E' que, no falar do costume, faltam ao português expressões equivalentes ao latim *genitor, generator;* ao grego *genetór* e ao sanscrito *djanitr*, aquele que engendra, o fecundador; como faltam a *genitrix, generatrix, geneteira* e *djanitri*, aquela que pare, a fecundada, vocabulos esses derivados do adjetivo *djanoka* (*gunaikos, genentis*), que gera, do verbo *djadjanmi* (*gennao, gignomai, genere, generare*), gerar. Os nossos usuais pai e mãe (*pater, mater; petér, meter; pitri, mitri*) apenas comportam, etimologicamente, o sentido moral, os que velam, criam ou educam. As verdadeiras expressões, portanto, seriam *genitor, gerador* ou *engendrador* e *genitora, geradora* ou *engendradora*, mas não são do uso. Em todo o caso, vemos empregar, aliás com uma certa dose de ridiculo, *progenitor, progenitora.*

Investigação da Paternidade é, assim, a perquirição das provas que possam estabelecer a relação criada pelo fato da procreação entre duas pessoas das quais uma é nacida da outra. Ou, aproveitando Planiol, a relação que existe entre duas pessôas, das quais uma é o pai da outra,

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Ou, baseado em Estevam de Almeida, o vinculo de parentesco entre procreado e procreador. Tambem se poderia dizer: conjunto de atos tendo por fim descobrir o pai de uma pessôa que não foi reconhecida. Finalmente: conjunto de atos tendentes a determinar o homem autor fisiologico de uma vida. Investigar a paternidade, portanto, é procurar determinar as citadas relações.

Alguns autores costumam agregar ao titulo o qualificativo "ilegitima", inteiramente redundante, porque não se pode conceber, em face da lei, a investigação da paternidade legitima. Da maneira como está redigido o art. 337, parece resultar bem clara essa compreensão.

A Investigação da paternidade comporta, aliás, duas accepções, necessarias de distinção: a juridica e a cientifica. Na primeira, a unica a interessar-nos neste trabalho, é o instituto facultado pelo Codigo Civil para descobrir o pai de alguem, com o objetivo, ou de assegurar a esse alguem os direitos determinados pela Lei, ou de obrigar ao pai aos deveres que lhe imputa a mesma Lei. Na segunda, conjunto de processos tendo por alvo esclarecer o assunto visado pelo instituto.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

PRIMEIRA PARTE

A Investigação da Paternidade e o seu historico

no Direito Anterior
nos Comentadores desse Direito
nos Projetos de Codigo
na Discussão dos Projetos
no Codigo Civil Brasileiro
na Legislação Comparada.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

NO DIREITO ANTERIOR (7)

Não admitindo o Direito Romano a Investigação da Paternidade, será então no Direito Anterior chamado, isto é: no vigente até á elaboração do Codigo Civil, que iremos iniciar, em rapida sintese, a sua resenha historica, com o fito de, acompanhando-lhe as fases, apreciar as vicissitudes por que ha passado a legislação.

"Por direito romano, escreve Clovis, (8) a investigação da paternidade era inadmissivel, em qualquer hipotese". E adiante: "A doutrina romana admitia a investigação da maternidade natural, sem restrição alguma". (9)

NAS ORDENAÇÕES DO REINO

Nesse memoravel trabalho de codificação, adotado no Brasil pela lei de 20 de outubro de 1823 e pelas quais até esse tempo se regêra, não era admitida a Investigação da Paternidade, como hoje a entendemos, isto é: com direito á sucessão, (10) mas tão só a alimentos (11). Assim, e só

---

(7) Esta expressão parece mais adequada do que a de Antigo, porisso que, rigorosamente falando, não existia naquele o instituto, pelo menos como hoje o entendemos.

(8) Clovis Bevilaqua. "Codigo Civil dos E. E. do Brasil comentado" vol. II p. 338.

(9) Autor, obra e vol. cit. p. 342.

(10) "Os espurios não sucedem ao pai nem á mãe intestados." Or. L. 4. T. 93. Lobão, a Melo. L. 3. T. 8 § 13 n. 2 *in* Lafayette, n.º 126.

(11) "Podem pedir alimentos aos pais". Ass. de 9. IV. 1772, § 3. *in* Lafayette, n.º cit.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

para esse fim, era permitido aos filhos ilegitimos virem a juizo (12) pleitear a declaração de sua paternidade, sem para isso designar o meio de prova, pois servia qualquer uma das admitidas em direito, mesmo a testemunhal. Tão rigorosas eram as Ordenações que nem o reconhecimento pelo pai, nem a prova da filiação, os eximina da pécha da espuriedade e suas consequencias, assim como não lhes davam o direito de suceder. Era, porém, permitido ao filho do peão, quando natural, fazer citar o pai ou os herdeiros deste para que o reconhecessem por tal, herdando no caso afirmativo. Fazia uma exceção para os "nobres" contra quem se não consentia intentar a ação, porque, nas suas expressões, "era preciso manter a aristocracia em todo a pureza da sua linhagem".

NA LEI N.º 463, DE 2 DE SETEMBRO DE 1847

Em 11 de julho de 1846 foi apresentado á Camara dos Deputados o projeto n.º 53, de artigo unico, declarando derrogada a Ord. L. 4.º T, 92, na parte em que distinguia filhos naturais de nobres e de peões, quanto á sucessão. Entre os seis nomes que o assinavam estava o de Odorico Mendes. Julgado objeto de deliberação, foi, no ano seguinte, discutido e, aprovado, transformava-se em lei.

Moldada pelas "Ordenações", a lei de 2 de setembro de 1847, trouxe, segundo Lafayette, (13) apenas três inovações para os efeitos sucessorios:

Pelo art. I, "Equiparou os filhos dos nobres aos plebeus para o efeito de poderem suceder a seus pais.

Pelo II. Fez dependente de reconhecimento anterior ao casamento o direito dos naturais de concorrerem á herança paterna com os legitimos do mesmo pai.

---

(12) Manuel Borges Carneiro. "Tratado do Direito das Pessôas." L. I. T. 20 § 180.

(13) A., ob. e vol. cit. § 122.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Pelo III. Limitou a prova da filiação natural para a sucessão a dois unicos meios—escritura publica e testamento."

Rigorosamente falando, a inovação era apenas uma —o direito de suceder — porém, do mesmo passo que o inaugurava, restringia, sem duvida para contrabalançar o beneficio, os meios de prova para o exercicio desse mesmo direito, o que, além de cercear grandemente a liberalidade, tirava o carater de elevação que devia norteá-la.

NOS COMENTADORES DA LEI N.º 463

Em dois partidos, cada qual mais forte, logo se formaram os comentadores da Lei de 2 de setembro de 1847, ambos, aliás, aprovando o instituto quanto ao fim colimado, mas discordando tão só quanto aos meios de provas — o dos que os alargavam e o dos que os restringiam.

"Admitiam alguns de nossos civilistas — escreve Clovis (14) servindo-se, aliás, quasi das mesmas expressões de Coelho da Rocha — que, para o efeito da consecução de alimentos, pudesse a paternidade ilegitima, quer meramente natural, quer espuria, ser provada por todos os meios juridicos, ainda que fossem simples indicios ou conjecturas graves, capazes de convencer o juiz".

Dos primeiros salientou-se Perdigão Malheiros. Comentando a emenda aditiva apresentada pelo deputado Sousa França e concebida: "Para que o filho natural possa partilhar a herança de seu pai conjuntamente com os legitimos, será necessario que obtenha dêle o reconhecimento por escritura publica outorgada em época anterior ao seu casamento" — assim argumentou o ilustre critico: (15) "Entre as diversas razões, produzidas no correr da

---

(14) A. cit. "Direito de Familia" § 70 p. 362.

(15) Agostinho Marques Perdigão Malheiro. "Comentario á lei n.º 463 de 2 de setembro de 1847, sobre sucessão dos filhos naturais e sua filiação", p. 3.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

discussão em sustentação do principio, sobresaiu a da necessidade de evitar que, depois de casado, se apresentassem filhos naturais do marido a concorrer com os legitimos na herança, quando ao tempo do casamento a noiva e sua familia o ignoravam, dando assim lugar a surprezas nas familias, com prejuizo dos filhos legitimos".

O mesmo deputado ofereceu a seguinte disposição: "Nos outros casos se fará a prova de filiação natural por escritura publica, ou por testamento exclusivamente; e neste ultimo caso será a herança considerada a todos os respeitos como legado, podendo o pai natural reduzi-lo e impôr-lhe as condições que lhe aprouver no mesmo testamento". Comentario de Malheiro: (16) "A razão e fundamento principal da primeira parte desta disposição foi a urgente necessidade de evitar que, por ser tão falivel a prova testemunhal e conjectural, continuasse a dar-se o escandalo que muitas veses se deu, de se habilitarem e pedirem heranças, a titulo de filhos naturais, pessôas que o pai não houvesse reconhecido de modo autentico e solene por tais; a paz das familias, a garantia da propriedade, a ordem e moralidade publica assim o exigiam."

Lafayette acompanhava a Malheiro.

Um dos primeiros a insurgir-se contra a restrição trazida pela lei e, portanto, contra a opinião de seus colegas, foi Teixeira de Freitas. (17) Partindo do principio preconizado em sua obra, de que o "... efeito especial, o outro da prestação de alimentos, do mesmo modo que o da sucessão, vêm todos da mesma causa...", causas cujas condições limitava a mesma lei, afirmava ficarem por isso mesmo todos os efeitos dependentes da verificação dessa causa. Reconhecia apenas duas especies de provas legais da paternidade: 1.º—a escritura publica e o testamento, referidos tão só aos filhos naturais; 2.º as sentenças passadas em julgado e provando a filiação. Essas sentenças, é de vêr,

---

(16) A. ob. e p. cit.

(17) Augusto Teixeira de Freitas. "Consolidação das leis civis" 5.ª ed. n.º 7. art. 212.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

não podiam ser provocadas pelos filhos, como no caso do casamento nulo.

De acordo com a lei achavam-se ainda Coelho da Rocha (18) e João Monteiro. (19)

Partidario do alargamento dos meios de provas, dizia o primeiro: "Na falta de perfilhação solene, aos filhos ilegitimos compete ação de filiação contra os pais, ou seus herdeiros, para que os reconheçam por tais. Nesta, a filiação pode provar-se por todos os indicios, ou conjecturas graves, proprias a convencer o juiz; como: o reconhecimento estrajudicial do filho:: — o ter e pai tomado conta dêle ou concorrido para a sua criação: — a amizade, e trato frequente com a mãe ao tempo da concepção: — o ter esta em casa teúda e manteúda: — a fama publica, e outras quaisquer..."

Tal era o modo de pensar do reputado civilista português quando da publicação de seu conhecido tratado, antes mesmo da Lei 463.

E Perdigão Malheiro, dez anos após o seu vigoramento, após fazer, no capitulo primeiro do seu "Comentario", a "Historia da Lei", e apresentado, no segundo, o "Direito anterior e observações preliminares", estuda, no terceiro, 27 "Questões várias", das quais citamos as seguintes: 1.ª "A sentença obtida em ação de alimento, e transitada em cousa julgada, declarando a filiação e paternidade natural, é titulo suficiente para a sucessão, em face da lei?" Não 2.ª — "O assento de batismo é prova legal para o efeito da sucessão do filho natural da herança paterna?" Sim. 3.ª— "A confissão feita em juizo pelo pai em ação de filiação é prova legitima para a sucessão? E pelos interessados herdeiros, por morte do pai?" Não. 4.ª — "O escrito particular, cartas, assentos em livros de familia, são prova legal para a sucessão do filho natural? E si fôrem confessadas pelo pai, ou pelos herdeiros?" Não. 5.ª — "A conciliação

---

(18) M. A. Coelho da Rocha. "Instituições de Direito Civil Português" T. I 2.ª ed. § 300 p. 205.

(19) João Monteiro. "Direito das Ações" n.º 129 n. 33.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

efetuada com o pai, ou os herdeiros, é titulo legitimo para a sucessão do filho natural ?" Não. 6.ª — "A posse ou quasi posse da filiação natural habilita para a sucessão ? E sendo confessada pelo pai ou herdeiros ?" Não. 7.ª — "A declaração em inventario, destituida dos titulos legais, e não impugnada, é suficiente para se deferir a herança ao filho natural ?" Sim, "si ha interessados herdeiros capazes de transigir" Não, caso contrario. 8.ª — "Na expressão — testamento — abranje a lei o nuncupativo mesmo verbal ? e o codicilo ?" Sim.

Como se vê em Carlos de Carvalho, (20) outros meios de prova foram depois permitidos, além dos de 1847, e são êles: 1.º — confissão espontanea do pai; 2.º — declaração no registro civil, sendo o assento do nacimento assinado por êle ou por procurador especial ou por terceiro a seu rogo, por não saber ou poder assinar, com duas testemunhas; 3.º — em qualquer documento autentico por êle oferecido; 4.º — em testamento nuncupativo.

NO REGULAMENTO DE 17 DE ABRIL DE 1863

Procurando conciliar os extremos em que de um lado se colocara juntamente a outros jurisconsultos notaveis, como Andrade Fiqueira, restringindo ao minimo possivel os generos de prova; e do outro, comentadores como Perdigão Malheiro e sobretudo Lafayette, dando-lhes a maxima latitude — Teixeira de Freitas, no Regulamento de 17 de abril de 1863, de que foi autor, ampliava essas mesmas provas, aceitando, no art. 45, § 5, o registro do nacimento, feito pelos escrivães do juiz de paz, como titulo bastante para provar a paternidade natural, nêle confessada.

---

(20) Carlos de Carvalho. "Nova Consolidação das Leis Civis" art. 129.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

NO DECRETO N.º 181, DE 24 DE JANEIRO DE 1890

Consequencia logica do decreto de 7 de janeiro de 1890, estabelecendo a "Liberdade de cultos", o de 24 do mesmo mês, instituindo o casamento civil, não podia deixar de influir no assunto em debate. Sobre a importancia, porém, dessa influencia é que não se acham inteiramente concordes os autores. Assim, enquanto assegura Clovis: (21) "... novas modificações foram introduzidas nesta materia, e o ponto de litigio se esclareceu", contesta Astolfo Rezende: (22) "... não fez modificação essencial nesse regime...". Gira a controversia em torno do art. 7, admitindo que a filiação natural paterna pudesse provar-se ou por confissão espontanea ou pelo reconhecimento do filho; permitindo que a escritura publica bastasse para tal reconhecimento, fosse no ato do nacimento ou qualquer outro documento prestado pelo pai. E no art. 8 concedendo ao pai restringir os efeitos de sua confissão espontanea á simples determinação de um impedimento matrimonial. Apreciando os termos desses dois artigos, conclui o preclaro civilista "... é claro que deixou, incontestavelmente, firmada a doutrina de que o reconhecimento dependia da vontade do pai, e que podiam ser reconhecidos quaisquer filhos ilegitimos, fossem simplesmente naturais ou espurios". A verdade, porém, é que, ao mesmo tempo que baseava o ato do reconhecimento na vontade paterna, deixava a lei margem a que, em determinados casos, ficasse essa vontade na dependencia de fatos juridicos, o que redundava, até certa medida, em tirar-lhe o carater de absolutidade. Interesse-nos, entretanto, a conclusão tirada pelo critico in-

---

(21) Clovis Bevilaqua. "Direito de Familia" § 70 p. 363.

(22) Astolfo Rezende. "As mães solteiras, sua proteção e dignidade — Pesquisa da paternidade — Penalidade pecuniaria na fecundação extra-legal", *in* "Pandectas Brasileiras" vol. VI, p. 118.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

signe: "... era inconcusso que o nosso direito não autorizava a investigação da paternidade ilegitima."

"Em sintese, resume Soares de Faria (23) — ultimando o capitulo I de sua monografia — o direito anterior ao C. Civil permitia a investigação da paternidade por qualquer meio de prova, para fins que não fossem sucessorios: dava, tambem, aos filhos naturais a ação de investigação, mas limitava a prova de tal forma, tornando-a sempre dependente da vontade do pai, que bem se pode dizer que a não admitia".

NOS PROJETOS DE CODIGO

Razoavel nos parece que, depois de haver, mesmo perfuntoriamente, examinado o instituto no Direito Anterior, vejamos, antes de o fazer no proprio Codigo, como foi êle apreciado pelos diversos jurisconsultos brasileiros encarregados de sua confecção. Não incluiremos naturalmente Cardoso da Costa, Visconde do Seabra e Nabuco de Araujo.

Começaremos, assim, pelo mais antigo, e de Augusto Teixeira de Freitas. (24)

Este profundo comentador, que na monumental "Consolidação das Leis Civis", acabára de expender suas idéias sobre o instituto, subscreveu-as, como era de supor, no seu "Esbôço", opondo certas dificuldades á Investigação, quando tendo por objeto a sucessão, sem contudo apresentar embaraços á prestação de alimentos.

Felicio dos Santos (25) vedava o instituto, de acordo com o Codigo Civil Francês.

---

(23) Soares de Faria. "Investigação da Paternidade ilegitima" 1.ª ed. p. 8; 2.ª ed. p. 7.

(24) A., ob. e ed. cit. nota 7, art. 212, ps. 154, a. 159. "Esboço" 1872. art. 1549.

(25) Felicio dos Santos. "Apontamentos para o Projeto do Codigo Civil Brasileiro", 1881 art. 252.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Antonio Coelho Rodrigues, (26) apezar de restringir os casos, garantia os direitos dos ilegitimos. Eram disposições suas: "A investigação da paternidade natural é proibida fóra dos casos de concubinato e co-habitação sob o mesmo této: do defloramento ou rapto, quando a data destes fatos corresponder ao tempo da concepção da mulher teúda e manteúda, deflorada ou raptada." Apreciando esse artigo, diz João Luis Alves (27) que "preferiu, á inspiração liberal e humana da maioria das legislações cultas, o preceito da legislação francêsa, com as ampliações do Direito Italiano e Português."

Clovis Bevilaqua (28) "procurava — nas suas proprias palavras — resolver este caso, harmonizando os interesses dos filhos com a dignidade das familias." Quatro foram os casos por êle apresentados permissiveis de ação: 1.º posse de estado; 2.º concubinato; 3.º estupro ou rapto, coincidindo com a época da concepção; 4.º existencia de um documento. (29).

NA DISCUSSÃO DO PROJETO DE CLOVIS BEVILAQUA

O primeiro a fazer-se ouvir sobre o conteúdo dos artigos do "Projeto" que nos interessam foi o conselheiro Manuel Antonio Duarte Rodrigues de Azevedo, quando ainda na fase preparatoria. Manifestou-se favoravel aos pontos de vista de Clovis, propondo um 5.º casa — a presunção juridica da paternidade, execção feita da confissão religiosa, com o pretenso pai. Justificando-o, escreveu o seguinte: "Si o simples concubinato, assim como a posse de estado de familia, autoriza a indagação, como não permitir a paternidade, pelo casamento não contraido pela fórma

---

(26) Antonio Coelho Rodrigues. "Projeto", 1893, art. 2152.
(27) *in* Soares de Faria. Ob. cit. p. 8.
(28) "Projeto primitivo" art., 417 e 431.
(29) A. e ob. cit. art. 427.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

do Codigo, mas que é, no dizer de Gabba, prova documentada pela paternidade ilegitima ? Com isto se repararíam, no interesse dos filhos, que é o interesse que ora procuramos, desordens muito frequentes ocasionadas pela falta do Casamento Civil." (30)

Levado o "Projeto" á Camara, a Comissão da Faculdade Livre de Direito criticou o art. 450, com estas palavras: "Para que esta inovação, quando não só a atual lei escrita, como as nossas tradições juridicas, vedam a pesquisa da paternidade ? A' sombra da reforma, vão surgir os escandalos, os processos a que a lei de 2 de outubro de 1847 quiz pôr côbro, taxando a fórma pela qual o reconhecimento paterno póde ter lugar." (31) Como se vê, Candido de Oliveira, Paula Ramos Junior, Fróis da Cruz e Mario Viana eram francamente contra as idéias do "Projeto".

Eis a maneira por que respondeu o autor, com o apoio das maiores autoridades: "O projeto atendeu suficientemente á honorabilidade, á paz e ao recato das familias, não permitindo reconhecimento forçado sinão em casos especiais. Não podia, porém, por esse fundamento, desconhecer: que, perante a natureza, biologicamente, todos os filhos são iguais, quer procedam de justas nupcias, quer de simples ajuntamentos furtivos; que o crime dos pais não deve ser punido na pessôa dos filhos e que é profundamente injusto tornar o pai inaccessivel aos reclamos do filho, pela razão unica de ser o pai culpado, quando a culpa não pode servir de defesa a ninguem". (32)

José Monjardim, na qualidade de relator da Comissão Especial de 21 membros da Camara, incumbido de dar parecer sobre os artigos 412 e 575, mostrou-se favoravel ao "Projeto" e contra a estreiteza dos representantes da Faculdade. Segundo sua critica, as nossas tradições juridicas não vedavam, como afirmára a Comissão, a pesquisa da paternidade, antes pareciam autorizá-la. Terminava sua

---

(30) *in* Soares de Faria 2.ª ed. p. 10.
(31) *in* Soares de Faria ed. cit. p. 10.
(32) idem, p. 11.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

defesa do seguinte modo: "O artigo 450 do projeto do nosso Codigo Civil, estabelecendo prudentemente os casos em que o nosso direito passa a admitir a ação da investigação da paternidade, preenche uma das mais sensiveis lacunas do nosso direito e virá exercer notavel influencia sobre a moralidade publica. Em um governo baseado sobre a liberdade, como disse Cambacères, os individuos não podem ser vitimas das faltas do seu pai." (33)

Andrade Figueira foi o opositor mais forte que encontrou o "Projeto" de Clovis, na parte concernente a Investigação da Paternidade. As suas objeções representam os mais importantes argumentos contra o instituto, e porisso deixaremos a sua apreciação para a 2.ª parte deste trabalho. Da mesma maneira, a resposta de Clovis, que constitui os melhores argumentos favoraveis.

Outros muitos jurisconsultos participaram da discussão: Francisco Tolentino, secundando a intransigencia de Andrade Figueira; e Alfredo Pinto, Salvador Muniz e Oliveira Figueiredo, diminuindo o raio de ação proposto pelo autor.

Tão poderosa era a influencia de Andrade Figueira, que modificou a anterior opinião de José Monjardim, relator, cujo parecer final resultou favoravel á supressão dos ns. 1 e 2 do art. 450 e á rejeição dos restantes.

Não obstante, foi aprovado o instituto da Investigação da Paternidade, apenas observadas as emendas de Salvador Muniz e Alfredo Pinto; aquela, excluindo do direito de ação os incestuosos e adulterinos; esta, mandando eliminar os ns. 1 e 2 do art. 450: a posse de estado do natural e o direito de reconhecimento pelos pais quando casados tão só religiosamente.

"Travado o debate na Camara — resume o proprio autor do "Projeto", (34) insurgiu-se contra a reforma o sr. Andrade Figueira, e, da sua critica, resultou que desapare-

---

(33) idem, p. 12.

(34) Clovis Bevilaqua "Cod. C. dos E. E. U. U. do Br. comentado" vol. II, p. 339.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

cesse um dos modos de provar a filiação ilegitima, a posse de estado, que, no sistema do Codigo, só obteve consagração legal para prova de casamento, em proveito dos filhos."

NO CODIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 363. Os filhos ilegitimos de pessôas, que não caibam nos arts. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I Si, ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai.

II Si a concepção do filho, realmente, coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.

III Si existir escrito daquele, a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a, expressamente.

NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Concedem a Investigação da Paternidade, alguns ainda mais amplamente do que o nosso, os seguintes codigos: 1.º—*Alemão*, art. 1.717 e 1718, para prestação de alimentos. 2.º—*Argentino*, 325, admitindo todas as provas; 3.º—*Austriaco*, 163. 4.º *Espanhol*, 5.º *Inglês*, competindo á mãe intentar a ação, uma vês que não gosa o ilegitimo do direito de sucessão. 6.º *Lei portuguêsa de proteção ao filhos*, 34, 36, excluindo incestuosos e adulterinos. 7.º *Luisiano*. 8.º *Russo antigo*. 9.º *Sovietico de Familia*, 140—144 10.º *Suiço*, 317. 11.º *Venezuelano*, 242.

Vedam-na: 1.º *Francês*, art. 340, exceção do caso de rapto. Pela lei de 16 de novembro de 1912, foram aceitos os de estupro, sedução, prova por escrito do pai, concubinato, sustento e educação paterna. 2.º *Italiano*, 189, rapto e estupro. 3.º *Mexicano*, 343, 344, 358, idem. 4.º *Peruano*, 242. 5.º *Uruguaio*, 241.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Cotejando-se as legislações acima enumeradas, logo ressalta que as favoraveis estão em maioria ás desfavoraveis.

As modificações introduzidas em alguns paises que antes o negavam, e tendentes á sua sempre crecente amplitude, são bem uma prova de que o Instituto da Investigação da Paternidade tende a generalizar-se. O exemplo partiu da França e hoje todas as legislações dos povos cultos procuram admiti-lo com os mais amplos favores.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

SEGUNDA PARTE

Argumentos que justificam e repelem a Investigação da Paternidade

ARGUMENTOS QUE A JUSTIFICAM

Em nome da Mulher
Em nome da Criança
Direito á Vida
Direito á Paternidade
Direito á Sociabilidade
Direito á Sucessão

ARGUMENTOS QUE A REPELEM

Receio de escandalos
Perigo das explorações
Pretensão da lei
Espectativa de abusos

BALANÇO DOS ARGUMENTOS

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Argumentos que a justificam

EM NOME DA MULHER

Para defender a tese presente, podemos pedir argumentos a quasi todos os conhecimentos. Comecemos, então, pelo proprio dominio da ciencia que agora a estuda.

Feito pelo homem, o Direito quasi somente dêle se preocupa. Si dos seus deveres, sobretudo dos seus direitos; si das suas obrigações, principalmente das suas regalias.

Baseou-se no principio verdadeiro da sua superioridade fisica, e assim mesmo, entenda-se, no que apenas concerce a força, para pressuroso tirar, como consequencias imediatas, dois outros principios, estes falsos, da sua superioridade intelectual e da sua superioridade moral, sem se recordar, na insensatês do seu orgulho, de que na ilusão dos contrastes estabeleceu a Natureza uma das suas mais sábias e formosas leis, que é a lei do equilibrio. Raciocinio transdutivo, infantil, mais baseado em associar de sensações do que em juizos amadurecidos. Alogico, em vês de logico; aprioristico, em lugar de aposterioristico. Sem analisar, dividir e comparar, não quiz atentar nas verdades intermediarias, evidentes ou demonstradas, e porisso, na pressa da conclusão, chegou a um resultado totalmente absurdo. Não foi a fraqueza da inteligencia que o conduziu a esse desastrado ultimar, nem a complexidade do objeto, mas a incapacidade de dintinguir as relações que entre todos os seres existem e sempre nos escapam ao primeiro superficial olhar, a pessima interpretação, a precipitação, a presunção e, mais que tudo, os preconceitos. Nem dedução, nem indução, nem analogia, porém simplesmente falso silogismo. De premissas, em parte verdadeiras, falsas na generalidade, a conclusão só podia ser falsa tambem. Em lugar da verdade, encontrou o erro. Em resumo: não raciocinou — sofismou.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Certo, o homem, como, afinal, todos os animais do seu sexo, foi dotado de maior força, mas, ao envês de servir-se dessa mesma força como protetor, antes passou a usá-la como verdugo. E daí e só daí esse aspecto flagrantemente injusto das leis de todos os paises, quanto á igualdade de condições dos dois sexos.

Diz-se constituir esse fenomeno caracteristico dos povos quando em estado selvagem, quando a verdade, não suficientemente esclarecida, é que talvês seja entre êles, pelo menos, na hora atual, entre os indios do Brasil, que ainda se encontre um equilibrio mais ou menos justo e perfeito do homem para a Mulher.

E não é somente o Direito o responsavel por essa erronea concepção. Tambem a Moral, tambem a Religião, sobre que estabeleceu as suas bases, e em que hoje, pleno seculo XX, ainda se quer escudar.

Aquela, querendo fazer da Mulher um anjo, como si por acaso os chamados vicios não se afirmassem os degraus por onde se tem de fatalmente subir a escada da virtude, e não devesse de figurar como a mais digna de nossa admiração a Mulher que mais houvesse pecado todos os pecados possiveis, por amor de um ideal.

Esta, creando a lenda estranhamente ridicula de uma Eva pecaminosa, em cuja fraqueza e submissão encontra, aliás, o seu mais forte esteio. "Multiplicarei grandemente a tua dôr, e a tua conceição; com dôr parirás filhos: e o teu desejo será para o do teu marido, e êle te dominará." Entretanto, cumulo da irrisão ! é ela que dá origem aos que assim tão cruelmente a anatematizam, e seu simbolo maximo, *Eva Maria*, nada mais representa do que a mesma primeira Mulher, santificada e adorada, depois de amaldiçoada e apedrejada !

E como lhe foi ensinado desde a mais tenra infancia, que essa era a palavra de Deus, a Mulher, sem ao menos refletir no absurdo da afirmativa, porque muito de industria, não lhe davam, como não lhe dão, a instrução e a educação precisas para tanto, tem aceitado, humilima, o terrivel anatema e pelos seculos afóra vem arrastando, vencida, o seu doloroso destino, pobre Judia errante, que

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

ainda não encontrou o seu poeta, imagem viva da gloria espesinhada, do esplendor escurecido, como si de fato houvera merecido toda a enormidade da monstruosa condenação, todo o exicio do seu improbo sacrificio.

Quer dizer. Num tribunal de homens, em que êles são ao mesmo tempo os acusadores e os juizes, a vitima só podia ser a Mulher. Daí, a sua dôr inenarravel, daí, o seu sofrimento sublime.

Estamos, porém, numa éra nova, na transição para um novo mundo, em que a Mulher, após uma serie, que parecia intermina, de oposições de todo genero, conseguiu fosse a sua voz escutada. Instruida, aprendeu a raciocinar; começou a usar da logica como arma insuperavel e, convenhamos — Hipátia raciocinadora vale, e de sobra, por todos os Catões, antigos e modernos, que, obrigando-a, pelo temor, a calar-se, profligam contra a sua lingua os mais vis escarneos, para que, quando livre, possa azorragá-los desvendando os segredos de que é possuidora, se levante a duvida no espirito dos que ouvirem suas terriveis revelações.

Com a só força da dialetica, venceu. Não venceu ainda de todo. Está vencendo. Está começando a vencer. Mas tudo indica que o triunfo será belo e sobretudo definitivo.

"Duas entidades — escreve brilhantemente Astolfo Resende, (35) — depois de anunciar "o limiar de uma época em que se deverá operar a transformação completa do Direito" — duas entidades reclamam com energia o seu lugar no vasto cenario das realidades, e o reconhecimento dos seus direitos indisputaveis — a mulher e a criança. Vitimas seculares do despotismo, aliado á indiferença e á incuria, esmagadas pelos preconceitos, que os homens entre si transmitiram de geração em geração, erguem-se hoje com energia neste momento trepidante da evolução da Humanidade para disputar um pouco daquela igualdade e daquela proteção, a que a sua qualidade de seres vivos e

---

(35) A., e trabalho cit. p. 115.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

pensantes lhes dá direito, mas que as leis, feitas pelos homens, até aqui lhes tem negado."

Um grande sentimento dominou sempre os legisladores no tocante á igualdade dos sexos. Em todos os tempos e em todas as civilizações.

O cristianismo — é voz geral — trouxe, entre outras vantagens a elevação social e moral da Mulher. Falso! Concorreu unicamente para a sua maior degradação. Não só êle, tambem todas as religiões. Pois foram necessarios 18 seculos para que se levantasse a voz de um Saint Simon, constituindo-se seu advogado espontaneo e pleiteando-lhe os direitos, até então criminosamente sonegados. Que é que antes dêle disseram de sua pessôa todos os santos e todos os doutores da Igreja? Vêde a Historia da Filosofia! Todos os insultos soêses, todas as ferozes condenações, todas as insidiosas aleivosias, foram contra ela atirados por aquêles que, no desvario dos seus instintos recalcados, encontravam lenitivo apodando o objeto impossivel, porque defeso, de sua angustia exacerbada.

Tambem de sua parte, sofria a Mulher as mais inquisitoriais torturas. Vestal ou hetaíra, Virgem do sol ou Messalina, porque os extremos se equiparam, passou, entre todos os povos e em todas as épocas, as mais crueis vicissitudes. Aí está a Medicina para ensinar-nos as terriveis consequencias que aguardam os contraventores da natureza, e somente agora, com os trabalhos magnificos da psicanalise é que se pode reconstruir todo esse espantoso martiriologio das mulheres forçadas ao celibato, ou á dissolução por uma serie incrivel dos mais ilogicos preconceitos. Em vês, porém, de como o seu algôs, proferir maldições, recolheu-se na sua dôr, afogou as suas queixas em pranto, e, divinamente incomparavel de resignação, sublimou o seu tormento em bondade, fazendo-se ancila dos responsaveis pela sua miseravel condição, e iludindo-se por vêr num paraiso o inferno avassalante, deixou que se consumisse a malfadada existencia.

O pensador que conseguiu agrupar em torno da sua invulgar personalidade nomes como os de Thierry e Comte, foi, de fato, uma grande voz, somando as vozes de todas

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

as infelizes que até então sofriam a penalidade da mais rude servidão moral. Entre os principios admiraveis que prégava, sobresaía o da igualdade absoluta do Homem e da Mulher. Para obtê-la, aconselhava a modificação do casamento, a abolição da hereditariedade, a filiação convencional em lugar da natural, um culto novo, enfim, que embalde Comte, seu dicipulo, tentou inaugurar.

Sabe-se o esforço admiravel, desenvolvido por Bazard e d'Enfantin, para seguir incondicionalmente as doutrinas do mestre, e o resultado de tão linda campanha, foi o ridiculo, a acusação, o seu arresto á barra dos tribunais e finalmente o dissolver da sociedade.

Fundar uma "nova Igreja"; crear um "novo poder espiritual", chamado "conselho de Newton", formado de toda a sorte de produtores—sabios, industriais ou artistas—e incumbido da organização da ciencia e industria e da universalização do trabalho; melhorar a sorte das classes pobres; associar e organizar os trabalhadores; convergir todos os esforços para um alvo unico,—o bem-estar da sociedade; assentar sobre novas bases a propriedade, a religião e a familia; reformar, enfim, a humanidade—a tanto montava o sonho sedutor e profetico desse Platão do seculo XIX. "As mulheres serão admitidas a subscrever; elas poderão ser nomeadas", era a grande frase com que o pensador do "Novo Cristianismo" resumia todo o seu evangelho, quanto aos direitos e papel futuro da Mulher.

Este, o ponto de vista da escola industrialista.

Dezeseis anos durava já a campanha, dos oitenta e um que haveria de contar, quando apareceu Charles Fourier, o émulo notavel de Réné de Saint Simon. Acusando os filosofos de ignorarem os direitos femininos, cuja opressão, nas suas proprias palavras, destrui a justiça pelas suas bases, sustentou a tese, fulgurante e fartamente documentada, de que os progressos e regressos sociais somente se operam na razão direta dos progressos e regressos da Mulher, na conquista da liberdade. Das relações sexuais tirou os seus oito periodos socioevolutivos, do edenismo á harmonia, passando pela barbaria (após a selvageria e o patriarcado), caracterizado pela servidão absoluta da Mulher. O quinto

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

periodo, o da civilização, seria o casamento exclusivo e as liberdades civis da esposa; o sexto, o garantismo e a corporação amorosa. Eram os pontos capitais da escola economista ou falansteriana.

Já Augusto Comte, continuador dessa obra de renovação, negava a possibilidade de outorgar-lhe deveres e direitos iguais aos do Homem. Negava-lh'os, de um ponto de vista fragilimo: a diferença mental dos sexos—predominio das faculdades ativas no Homem e afetivas na Mulher. Dicipulo, como Thierry, Rodrigues, Bazard e Enfantin, de Saint-Simon, de quem se separou em 1824, depois de haver sido um dos mais calorosos defensores da sua doutrina, a obra do creador do positivismo nada mais resulta do que a tentativa de realizar o que o mestre levára tantos anos a prégar com o auxilio dos seus melhores colaboradores, em cujo numero se encontrava. E essa sua estranha atitude para com a Mulher, que ora degrada, ora eleva á condição de deusa, mesmo sob a alegoria da humanidade, dir-se-ia mais um desejo de distinguir-se do mestre, contrariando-lhe o ponto fundamental da doutrina, do que sincero modo de pensar.

Em identicas considerações estenderam-se Proudhon e Lasalle.

A verdade é que, estudando a condição social da Mulher entre todas as civilizações, antigas como modernas, e em todos os tempos, vemos sempre, em meio á serie incrivel de vicissitudes por que tem passado, a escravidão como base. Na Grecia, flor a desbotar no claustro do gineceu, via escoar a sua vida enfadonha na tarefa da *pedopoiein*, isto é no simples e humilhante papel de reprodutora. Em Roma, matrona de rosto velado, formas ocultas pela estola, cercada de um cortejo de guardas, era uma especie de deusa incognita para quem todos olhavam com respeito mas de quem a ninguem era permitido aproximar-se. Seu retrato está magistralmente traçado na "Politica", de Aristoteles: "O escravo não tem vontade; a criança tem uma, mas incompleta; a mulher tem uma, mas impotente." E na "De dictis factisque mirabilibus", de Valério Máximo, quando nos conta do sucedido por ocasião do estabelecimento da

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

liberdade de testar. Excluidas do direito de herdar, fóra de suas familias, passavam pela nova lei a ser legatarias e assim, contribuindo para a desclassificação da fortuna das familias, necessitaram de uma outra lei que lhes limitasse o legado.

Admite-se em geral, e ensina-se, que quatro fatos notaveis hajam concorrido para o desenvolvimento da condição da Mulher: a organização da familia, a creação dos estados, o advento do cristianismo e a revolução francêsa.

Para demonstrar a primeira causa, apoiam-se os defensores de tal convicção no testemunho de antigos historiadores—Heródoto, Estrabão, Clearco e Teopompo—ao referirem costumes de povos do seu tempo. Tambem se fala bastante na "dura escravidão" a que é sujeita a mulher entre os povos selvagens atuais. Ponto de vista em que se coloca o observador para encarar a questão. Circunscritos aos principios da relatividade, unicos possiveis de uma justa crítica, achamos que, pelo menos entre os indios, onde se diz não haver familia, (o que, parenteseie-se, é uma falsidade inominavel) tem a Mulher muito mais liberdade do que entre os civilizados.

Que vemos na preconizada estrutura da familia, no verdadeiro sentido juridico? A Mulher entrando para o lar, e adquirindo, afirma-se, uma dignidade moral a que não estava habituada, mas perdendo por inteiro a sua independencia. Isto na *confarreatio*, que era a mais sagrada fórma de casamento, realizada perante o *pontifex maximus* e o *flamem dialis*. Quando se conhece o *potestas* absoluto do *pater familias*, sobretudo o *manus*, o acumulo de funções que se arrogava—legislador, juiz, padre—e a igualdade de direitos ou, mais acertadamente, a falta completa de direitos em que eram confundidos mulheres, filhos e escravos, é licito imaginar o que devia de ser essa tão apregoada familia poligamica, para onde a Mulher—objeto de negocio—entrava por compra, como um animal, passando das mãos do antigo possuidor, o *pater*, para as do novo, o *maritus*, e deste para quem determinasse! Acrecente-se o excésso do crime em que era tida a esterilidade, e pergunte-se: em que, assim é, que a organização da familia veio

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

concorrer para a liberdade da Mulher ? E nas outras formas, a *coemptio* e o *usus*, segundo nos descreve Dézobry em "Roma no seculo de Augusto" e que eram, afinal, as mesmas da Grecia ? O matriarcado é, não ha negar, uma formosa concepção de Bachofen, baseada nas lendas primitivas, e segundo dos quatro periodos em que compreende a historia da instituição da familia, após o hetairismo e antes do amazonismo e do apolinismo, mas caida em descrédito com os trabalhos de Westermark.

Menos influencia teve a constituição dos estados, que, no fundo, nada mais representa do que a familia extensificada, pois, si é inegavel que na Grecia e em Roma gosou a Mulher de grande prestigio, tambem é necessario confessar que esse prestigio era apenas para uma casta privilegiada, de vês que, passando o regime de patriarcal ao despotico, o *tyrannus*, tipo dilatado do antigo *patriarcha*, dilatou ao infinito o seu poderio, erigindo-se então o *haremismo*, de que Salomão é o protótipo ao mesmo tempo celebrado e deificado.

Para confirmar a cooperação do cristianismo, argumenta-se com a doutrina espiritual que destinou á Mulher, por ela até então desconhecida, porque as doutrinas antigas, altamente especulativas, não chegavam ao alcance da sua inteligencia. Sim. O cristianismo inaugurou o culto de uma mulher ideal, toda virtude, a quem chamavam de Maria imaculada, sem decer ao esoterismo do mito, em que é apenas o simbolo da Materia, como todas as divinas Virgens universais, e ao mesmo tempo a evolução de Eva, a quem figuram cheia de ignominia e degradação ! E prégando intransigentemente o acetismo, veio tacitamente desacreditar a mesma doutrina nobilitante, concorrendo dessarte para a sua maior degradação.

E a Revolução francêsa ? A Revolução francêsa, pela voz de Cambacères, esforçou-se por modificar os inconvenientes do bastardismo. Mas os decretos da Convenção Nacional exigiam tantas condições para o reconhecimento da paternidade, que a tornavam quasi impraticavel. Segundo Abel Pouzol, a investigação foi, em absoluto, vedada. E a

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

conclusão a tirar é a mesma de Astolfo Resende: "A Revolução francêsa fracassou inteiramente neste terreno."

Assim, é o nosso modo de julgar que os quatro grandes fatos supra feridos, e comumente apontados como os determinadores da elevação da Mulher á posição que só agora começa a desfrutar, em nada contribuiram para esse glorioso soerguimento e alures deve ser investigado. O "eterno feminino" que, na frase de Goethe, nos atrai para o céu, é que talvês a tenha elevado do chão do servilismo para o firmamento da independencia.

E, auge do escarneo ! o mesmo apelativo passou a ter significado pejorativo, que anteriormente absolutamente não comportava. *Foemina*, entretanto, forma de *fovemina*, é o proprio *bhavayamana*, que no sanscrito é titulo nobilissimo por excelencia, pois quer dizer Mãe, aquela que produz.

As mulheres governam-nos—reçordava Sheridan—esforcemo-nos por torná-las felises. E como se tem procurado seguir o conselho do critico de "The school for Scandal" ? Aplicando-lhe os mais insultuosos nomes inventados para estigmatizá-la, e, para alguns elogiosos, enobrecedores, quantos pejorativos e alvitantes !

Ao lado disso, uma refinada hipocrisia, manifestada sob mil formas de galanteios e sedução. A idealização do principio feminino, do modo por que o concebeu o autor do "Fausto", oposto ao principio másculo, o simbolo encantador da atração dos sexos apurado e enobrecido, transformou-se numa obra de puro rebaixamento moral. Margarida inocente transformava-se, por sortilegio de Fausto conjurado a Satan, na mais corrupta das Frinés. Oh !—clamava Vitor Hugo, cheio da mais alanceadora piedade—não insulteis jamais u'a mulher que cai ! E esse grito doloroso ficou perdido na imensidade da indiferença do Homem.

Hoje, como sempre, tem ela os seus advogados, como os seus caluniadores. Agripa, Bursati, Dardano, Machon, Pont-Aymerie são do primeiro grupo. Fierville, Olivier, Vigoureux, do segundo. E ha ainda um terceiro grupo—o dos que, como Marconville, indiferentemente a defendem e atacam. Em meio, porém, a tão empolgante serie, poucas

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

obras tão fortes como "Guerre des males contre les femelles", de Nicolas Cholières, o famoso advogado feminino no parlamento de Grenoble.

Não. Digamos com Beauchêne: Quando não se amam todas as mulheres, não se é digno de amar nem uma !

EM NOME DA CRIANÇA

A outra entidade a reclamar um direito até aqui criminosamente recusado é a Criança. Entenda-se: a criança fruto de relações extra-conjugais.

Pagina tristissima da historia do Direito é essa da distinção extrema por êle estabelecida para os *illegitimi. Natulares, spurii, adulterini, incestuosi,* são outras tantas denominações humilhantes com que desde o berço ficava para todo o sempre estigmatizado aquele cujos pais não haviam querido submeter-se á intervenção da lei em atos que, no seu entender, independiam de qualquer sanção divina ou humana.

Qui sine patre erant, assinalava a expressão deprimente com que Calvino os compendiava a todos quantos não provinham de *justae nuptiae,* os mesmos *nati ex damnato coitu vel nefariis nuptiis,* da velha legislação romana, que, através as Ordenações Filipinas, chegou até aos nossos dias, pezar de um tanto mitigada. Eram os mesmos *unehelich* dos germanos, os *nothoi* que a lei ateniense excluia da *epistion* e sucessão paterna. Sem ao menos o direito de pedir alimentos, aguardava-o a repulsa do Estado após a da familia, a condenação ao pariato em seguida á da fome. Dois algoses contra êle se levantaram implacaveis—o direito temporal e o religioso, o civil e o canonico, para atirar-lhe a pécha maxima de infames. Mau grado a maxima "Natura non facit diferentiam inter conjuctos legitimos ac inter illegitimos", sempre se mostrou a Igreja verduga implacavel, contrariando, assim, no seu velho vêso, a pratica mesquinha, e a teoria sublime dos seus ensinamentos. Bem sabemos das razões, sobretudo de ordem religiosa, que norteavam esse principio. Eram perfeitamente explicaveis

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

e perdoadas num tempo em que o Direito era simples arma da Religião. Mas hoje, quando faz empenho em proclamar-se incondicionalmente independente, não ha mais desculpas para tão erroneas concepções.

Que é, afinal, a criança ? E' o infante, e o seu proprio nome o está definindo—aquele que não sabe falar. Não sabendo falar, porque ainda não póde, tambem não sabe nem póde reclamar, e porisso aceita indiferente tudo que lhe fizerem em seu favor ou em seu detrimento. E' uma pessôa que se ignora, definiu-o Paul Janet, mas por isso mesmo lhe devemos o maior respeito, no conselho de Juvenal.

Como a Mulher, tem ela os seus apologistas, os seus adversarios e os seus indiferentes. Desde Euripedes e Safo de Mililene a Vitor Hugo e Augier, quem não conhece tudo quanto de bem dela se tem dito ? E de mal, não estão aí os conceitos profundamente estranhos de About, Balzac, Dumas, La Bruyère, Montaigne, e até mães, como Sevigné e Necker ? Entre os indiferentes, podem ser citados Esopo e Stahl.

"Os homens superiores—conceituou o sabio Michelet, são todos os filhos de sua mãe: reproduzem-lhe o cunho moral tão bem quanto os traços." Perfeitamente. Mas si a Mãe, que é a Mulher, é aviltada, si não lhe dão os direitos a que faz jus, si a repudiam quando, fóra de toda convenção, realiza a sua grande finalidade, como obter que perpetui nos filhos essas qualidades de perfeição ? Referem Plutarco e Nepos o sórites curioso usado por Temistocles, mostrando o filho a seus amigos. "Este menino que vêdes é o árbitro da Grécia..." E diante o espanto da afirmativa, explicou: "...porque governa sua mãe, sua mãe me governa, eu governo os atenienses, e os atenienses governam os gregos." E' será permissivel concluir dessas judiciosas palavras do inconcusso vencedor de Salámina, que as crianças sejam despotas, como têm feitos varios comentadores? De modo algum, senão que a Criança, com a sua afeição é capaz de gerar um mundo de poderes que inteligentemente se concatenam.

"Os seculos — são profundas palavras de Astolfo Re-

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

zende — têm, como os individuos, u'a missão a cumprir; cada época deve executar a sua tarefa resolvendo os problemas que o passado lhe deixou, e contribuindo para completar ou corrigir a obra imperfeita das gerações anteriores. Uma das grandes tarefas do seculo atual é exatamente a de tornar realidade os grandes principios de igualdade dos sexos, e da igual proteção da lei a todos aqueles que, homens, mulheres ou crianças, contribuem para a perpetuidade de especie, através do tempo e das idades."

Pois bem, são estas duas entidades — a Mulher e a Criança — que agora vêm reclamar em seu nome direitos que até ha pouco lhe eram expressamente negados e ainda hoje não lhes são concedidos com a largueza que merecem — o direito de ter Pai para merecer chamar-se Filho. O de Esposo é secundario e a Mulher, sempre altruista, o dispensa, para juntar a sua voz á voz do filho pequenino que, ainda sem palavras, ergue aflitamente os braços, corre inquieta os olhos, em procura de alguem que lhe falta, alguem que o ampare, alguem que o eduque, alguem que o faça Homem. São elas que agora, uma com a palavra, outro com o gesto e o grito, ambas com o pranto, eloquentes ambas, pedem, reclamam, exigem o direito de investigar a Paternidade com a maxima amplitude possivel.

Ouçamos a essas preces, que são imperativas; atendamos a essas queixas que são ordens: demo-lhes esse direito que tal é o nosso dever.

DIREITO A' VIDA

Varios e poderosos inscrevem-se os argumentos que justificam a Investigação da Paternidade, isto é: a outorga de direitos aos filhos ilegitimos. E entre êles deve ocupar o primeiro lugar, por sua importancia intrinseca e por ser aquele de que dependem, como corolários, todos os demais, porque a sua falta acarretaria fatalmente a falta dos outros — o Direito á Vida, que é o mesmo dizer — o Direito a Alimentos.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

"Diz a razão — palavras de Clovis (36) — que aquele que vem ao mundo, pelo simples fato de nacer, tem direito á existencia; e a justiça proclama que tem obrigação de prover á subsistencia do filho quem o chamou á vida." Em verdade, incontestavel é ser a Vida um direito eminentemente sagrado que, em unanimidade de pensar, proclamam Direito e Religião, Moral e Filosofia. Dois codigos garantem-na ao mesmo tempo — o Penal e o Civil. Aquele, estabelecendo, além de outras, as rigorosas penalidades condizentes aos "crimes contra a segurança de pessôa e vida"; êste, erigindo em lei o principio admiravel contido no artigo 4.º, no dizer do qual "A personalidade civil do homem começa do nacimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nacituro."

Manda a verdade, porém, reconhecer que êsse direito, conquanto, em regra, proclamado por todas as legislações antigas, nem sempre escapou a algumas odiosas exceções. Já vimos que o *nothoi* ficava, pela lei ateniense, inibido de solicitar alimentos. Da mesma maneira, o *nothus* romano. Duas leis, a Julia e a Pápia, iniciaram as concessões a favor do *concubium*, enquanto o *stuprum* continuava a merecer implacavel repulsa por parte do Estado e da Religião. Quer dizer: os *naturales* e, em parte, os *vulgo concepti*, passaram a sentir a proteção da Lei. Mas os *spurii* ou *bastardii* (*incestuosi, sacrilegi* ou *adulterini*) continuavam fóra do seu favor. O proprio Justiniano, que tão prodigo sempre se mostrou no terreno das concessões, negou-lhes o direito a alimentos. E mau grado as constituições subsequentes, essa indiferença continuou pela Idade-média, sempre envôlta nos mais deprimentos pejorativos aos individuos visados.

Registra o egregio Clovis: (37) "O direito moderno ainda mantém resquicios dessas idéias de injusto desconceito, com que se estigmatizam os bastardos. A ilegitimidade é ainda tambem, para a conciencia média da sociedade

---

(36) A. cit. "Cod. Civil Com. " p. 339.

(37) A. cit. "Direito de Familia", § 67, p. 344.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

moderna, um labéu afrontoso. Sente-se que ainda se lhe não afigura anacrônica a sentença do velho jurista (Justiniano) : — *spurii et bastardi en jure commune viles et infames.* Mas é outra, não obstante a orientação, que a conduz e a vai, em breve, pojar em terreno mais livre de preconceitos. Na generalidade dos Codigos civis, embora não subsistam os exageros de outróra, aferram-se ainda principios que provocaram a revolta muitas veses fremente do ilustre Cimballi. Mas, já muito se tem feito em bem da logica e da justiça, e legislador houve que sentiu necessidade de afirmar que a ilegitimidade não prejudica a estimação civil (Cod. Civil d'Austria), e que elidiu toda distinção entre ilegitimos, sejam adulterinos, ncestuosos ou simplesmente naturais."

As Ordenações Filipinas, já ficou referido, autorizavam todos os meios de prova para a concecussão de alimentos, e o ligeiro historico do Instituto, por nós tentado, deixou bem claro que, não obstante, maiores ou menores restrições a essas provas, jamais houve duas opiniões quando a esse direito.

DIREITO A' PATERNIDADE

E' o segundo argumento de vulto que justifica o Instituto.

Baseada no velho principio, estatuido no Digesto, de que "mater semper certa, etiam si vulgo conceperit", a antiga legislação romana fez decorrer outros principios, que aliás procurou advogar. Assim, os espurios, "qui matre quidem certa, patre autem incerto nati", eram os "qui sine patri erant" ou os *"vulgo concepti"*, de Calvino. Daí a conclusão: "matrem sequitur ou sequatur".

Analisemo-los sucintamente, a esses principios.

Do mesmo passo que é coartadora, pois, em ultima instancia, todo direito nada mais resulta do que uma coação, a Lei tambem é garantidora, e será sob esse duplo aspecto que deveremos procurar a razão de ser do Instituto que motiva a presente tese.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

O principio de defesa, aliás, já se encontra implicito no de restrição, pois restringir, numa pessôa, qualquer liberdade, que sempre se supõe ilimitada, equivale, em bôa lógica, a garantir a outra pessôa a parte restringida dessa mesma liberdade.

Foi, assim, com o pensamento de amparar ou proteger que as legislações admitiram o Instituto da Investigação da Paternidade.

Mas, amparo e proteção de quem ? Dos filhos. E contra quem ? Contra os proprios pais.

Que o filho, de qualquer especie juridica que se considere, tem o direito de ser amparado pelo pai, mais do que norma social, é lei natural, e o Direito e a Moral, estabelecendo-o, nada mais fizeram, afinal, do que erigir em forma de regra humana um dos grandes instinto ou sentimentos animais, sancionando dessarte um fato creado pela natureza.

O Instituto visa, portanto, proteger o filho.

Toda proteção supõe, porém, u'a ameaça. Contra quem, então, protege a Lei o filho ! Contra o proprio pai. E contra o proprio pai, como pena, por se haver êle esquivado ao cumprimento de uma das suas mais santas exigencias — a do Casamento, como a Lei o entende e requer.

Ora, si o legislador, na profundeza de sua sabedoria, procurou garantir o naciturno, pondo-o sob a proteção da Lei, desde o momento de sua concepção, como podia, agora que veio á vida, desampará-lo no desejo muito humano e muito justo de satisfazer a uma nobre ambição, qual a de saber a quem deve a vida, qual o seu pai ?

Como se vê, o Direito á Paternidade é uma decorrente logica e imediata de que chama Clovis "O principio da responsabilidade dos pais."

Si a Lei se esforça por vêr um crime na união ilegitima que, porisso, não sanciona, forçoso é que ela reconheça tambem nos pais o principio de co-autoria, e seria amargamente entristecedor que, na distribuição da responsabilidade, somente a quizesse imputar a um dos co-réus, deixando o outro inteiramente impune. Esse co-réu castigado foi durante muito tempo a Mãe. Cumpre que tambem seja o Pai.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Não permitir a Investigação, seria, não só deixar impune, mas até de certo modo incentivar o homem não cumpridor de seus deveres, já não diremos sociais, nem morais, nem religiosos, mas simplesmente animais.

Pois quê ! Gera um ser a outro ser, e depois se furta a proclamar-se pai ou pelo menos permitir-se chamar assim; isto é: envergonha-se desse titulo, arrepende-se ? E ainda a Lei, a suprema rehabilitadora, não encontra um meio de chamá-lo á responsabilidade de seu ato ?

Desconhecer ou negar a paternidade é reconhecer tão só a maternidade, é sobrecarregar a mulher de uma obrigação que deve ser partilhada, porque tambem o foi o prazer que a originou, é como fingir ignorar a cumplicidade do homem, enfim favorecer um principio altamente imoral e sobretudo profundamente deshumano.

O da Investigação da Paternidade é como que o reverso de um outro instituto: o do Reconhecimento. Si este é voluntario, aquela deve ser obrigatoria. E, si a Lei concede ao pai a faculdade de reconhecer o filho ilegitimo, equitativo é que, por outro lado, conceda a esse filho investigar a sua paternidade.

"Filho sem pai, cão sem dono!" são as idéias que sempre se associam quando vemos uma criança entregue ao seu proprio destino, sem alguem que lhe norteie os passos na vida. E a quem deve competir esse dever ? A' mãe apenas ? Nesse caso, deixaria de desenhar-se, no "crime", a figura da co-autoria para surgir apenas a de um unico responsavel, o que em hipotese alguma póde ser aceito. Não, a logica imperturbavel exige reconhecer no ato sexual, extra juridico, mesmo sem o mutuo consentimento, senão um crime, ou delito, ou uma infração, pelo menos um contrato ou simples ato ilicito de que resultam as necessarias obrigações para as partes contratantes.

Depois, para quem o encargo maior nesse repartir de responsabilidades ? Para o pai, cuja atuação sempre se apresenta um encargo suave, ou para a mãe, cuja gestação de si mesmo, já é um longo sacrificio, sem contar os muitos outros sofrimentos que lhe formam o inenarravel cortejo ?

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

As sentenças de Clovis (38) jamais serão ouvidas com enfado. Citemo-lo portanto aqui estudando o presente aspecto do problema: "Si o filho nace de união ilegitima, nem por isso deixa de existir o vinculo de sangue entre êle e os que o geraram. Fechar os olhos á ação do pai, e somente reconhecer o parentesco materno, aos filhos naturais, como fazia o direito romano anterior ás Novelas... é absurdo e injusto. Absurdo porque, si o amor sexual é uma corrente que prende dois seres, a lei que, nas relações naturais, não vê sinão a mãe, imagina uma concepção unilateral, para a qual a mulher contribuiu sosinha, sem o concurso do homem. Injusto porque, sendo a culpa de dois, excusa um dos co-autores, e faz recair a responsabilidade, precisamente, sobre a mulher, que, de ordinario, dispõe de menos recursos do que o homem, coagindo-a, muitas vêses, a enjeitar o filho."

O direito de ter pai é, afinal, o direito de ter nome! De incluir-se no ciclo da geração, como élo ou sequencia natural, e não como um quisto repelente, um motivo de vergonha.

DIREITO A' SOCIABILIDADE

Animal sociavel por excelencia, no esplendido conceito de Aristoteles, depois repetido por Bossuet e Rousseau; ou em virtude de uma disposição natural á especie humana, no pensar de Pillon; ou efeito de uma inclinação natural, no de Cuvier — o certo é que o homem tem sêde de sociabilidade. Esta, na frase formosa do excelso Proudhon, é como a atração dos seres sensiveis, e na frase ainda mais formosa de Toussenel, é a femea o laço dessa sociabilidade.

Consequencia do principio instintivo de solidariedade, para defesa comum e divisão do trabalho, a sociedade, entre os povos cultos como entre os incultos, é o meio natural em que deve o homem exercer a sua atividade.

---

(38) A. cit. "Cod. civ. com." p. 339.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Na qualidade de garantidora imperturbavel dos direitos individuais e coletivos, cumpre á Lei ser a primeira voz a erguer-se para que esses direitos sejam a todo transe respeitados.

Mas, expulsando os ilegitimos do ciclo da familia, e inferentemente do Estado, na Germania, na Grecia e em Roma, a Lei por isso mesmo lhes vedava a admissão da sociedade, privando-os, do mesmo passo dos favores da *societas* e da *civitas*. Proibindo-lhes o acésso ás funções publicas, dificultava-lhes os meios de subsistencia, forçando-os a procurar mistéres humilhantes.E todo esse rigor por que ? Simplesmente porque os pais não haviam sagrado sua aliança com as ceremonias regulamentares. Imitando a Religião, que responsabiliza os filhos por uma imaginada culpa do casal primitivo, o Direito tambem os estigmatizava por uma falta de natureza identica. Ambas fruto de desobediencia, em um só ponto divergiam — em ser uma proxima, outra remotissima, porque a autoridade desobedecida era, afinal, a mesma Divindade, ali em pessôa, aqui representada pela figura do sacerdote ou juiz.

O que chamamos agora Direito de Sociabilidade é o que Clovis (39) intitula "O interesse social", e apresenta como o 3.º "principio fundamental" que deve dominar o reconhecimento dos ilegitimos. "O interesse da sociedade— justifica o incomparavel civilista—favorece as uniões legais e, ao mesmo tempo, condena as desclassificações dos espurios." Não só dos espurios, acrescentemos, ainda dos ilegitimos, a quem concede a Lei a Investigação.

DIREITO A' REPARAÇÃO

Investigando a Paternidade, reconhecendo-a, proclamando-a, presta a Lei um duplo serviço: dá o Pai ao Filho que não o tinha e o Marido á Mulher que o perdera. E é precisamente este ultimo aspecto que constitui, a nosso vêr, um argumento justificador do Instituto.

---

(39) A. cit. "C. Civil com." p. 33.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Que é, em ultima instancia, a mulher "solteira" ? E' aquela que foi solta pelo homem que a conquistou. Deixemos a Dumas (40) a afirmativa de que "Não ha mais seduções na hora presente, ha simples arrastamentos." Seduzida ou arrastada, a verdade, diariamente verificada, é que a Mulher solteira, é, em regra, a que foi solta em vesperas do parto. E como vai essa infeliz, a quem a familia já expulsou do lar, quando ela mesmo, corrida de vergonha, já não o deixou, criar o filho ? Aí está a palavra de Bertillon mostrando que "a miseria das mães solteiras constitui um dos factores principais da mortalidade de seus filhos. Sua miseria fisiologica e a longa serie das privações por elas sofridas constituem o fator mais importante, e preponderante da superioridade da mortalidade ilegitima".

Vencida a Mulher, passa a ser imediatamente, sinão uma serva, ao menos uma colaboradora material e moral do homem. E não ha nisso em absoluto influencias de legislação, mas tão só uma lei natural, resultante da cohabitação. O homem passa a ser o seu protetor na vida. Logo que este, porém, se esquiva a esse compromisso, a quem recorrer ? A' familia, que já a repudiou ? Aos amigos que não mais a conhecem ? A' caridade publica ? Intervem, então, a Lei, em busca do fugitivo. Força-o ao cumprimento das obrigações contraidas. E' a reparação, tardia ás vezes, é certo, mas sempre benefica, mas sempre reparação.

DIREITO A' SUCESSÃO

Desprovida, ao entrar para a nova familia, da integral independencia anterior, assimilada ao filho e ao escravo, indigna de fidelidade quando esteril, incapaz de possuir qualquer bem, propriedade absoluta do marido, devia a Mulher, nesta ultima qualidade, participar da sua sucessão,

---

(40) Dumas. "Prefacio" da obra "La Recherche de la Paternité", de Gustave Rivet *in* "Direito de Familia", p. 373.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

passando ao poder dos herdeiros: do primogenito, ou do pai, irmão ou do tio, na ausencia de posteridade, os quais tinham a faculdade de vendê-la a outro marido, para indenização da quantia paga pelo morto; ou elegê-la mulher, para conseguir posteridade. Si entre os orientais se modificou esse amplo poder para simples tutela, entre os ocidentais continúa a vigorar com toda a intransigencia antiga. E uma vês que tamanha era a implacabilidade das legislações para com a Mulher, avalie-se para o filho ilegitimo.

No capitulo intitulado "Generalidades", encontramos oportunidade de referir que os filhos naturais, e em alguns casos os espurios, com o mesmo titulo que os legitimos, tinham direito á sucessão materna, de acordo com o direito pretoriano e com os *senatus consulti* de Tertuliano e Orfitiano. Quanto á hereditariedade paterna, só mereceram esse direito com as Novelas, sendo-lhes determinada a sexta da sucessão do pai, quando não contasse posteridade legitima e esposa. A Ord. 4,93 estabeleceu que os espurios, como os acendentes maternos e colaterais da mesma linhà, podiam suceder aos demais parentes, menos a sua mãe. Tambem mostramos, no capitulo em que resumimos o historico da Investigação como a lei 463 dava aos ilegitimos (naturais em especie) o direito de sucessão por dois meios de prova: escritura publica de reconhecimento ou testamento.

Segundo Clovis, são estes os principios norteadores do assunto: 1.º o reconhecimento dos filhos ilegitimos feitos por outro qualquer modo que não a escritura publica e o testamento, não estabelece direitos sucessorios; 2.º o filho natural havido na época da viuvez é inhabil para suceder em concurso com os legitimos preexistentes; 3.º o do viuvo é apto para entrar em concorrencia com os legitimos de um casamento posterior ao seu nacimento, si tiver sido reconhecido por escritura publica em tempo anterior ao novo enlace do pai; 4.º o f. n. reconhecido por escritura não anterior ao casamento ou por ato de ultima vontade, é excluido pelos decendentes legitimos, mas exclui os acendentes ainda que legitimos.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

O art. 363 do Cod. Civ., proibindo aos espurios a Investigação, conseguintemente os excluia da sucessão. Na 3.ª parte, voltaremos ao assunto.

Argumentos que a repelem

RECEIO DE ESCANDALOS

Si varios e ponderosos, como se acaba de vêr, foram os argumentos levados em consideração pelo legislador no elaborar do Instituto da Investigação da Paternidade — num só, é possivel assegurar, podem ser condensados os argumentos expendidos pelos que o atacaram e atacam, e esse é o da sua imoralidade, imoralidade, aliás, apressemo-nos a declarar em seu favor, não do Instituto em si, como êles proprios parecem querer ressalvar, mas das suas consequencias.

Enumeremo-los, entretanto, pela ordem em que foram sendo apresentados.

O primeiro argumento contrario foi emitido pela Comissão da Faculdade Livre de Direito do Rio, composta dos drs. Candido de Oliveira, Paula Ramos Junior, Fróis da Cruz e Mario Viana. Apreciando o art. 450 do "Projeto" de Clovis Bevilaqua, que ordenava o Instituto, por ela taxado de "inovação", que "não só a atual lei escrita, como as nossas tradições juridicas vedam", previu a Comissão: "A' sombra da reforma, vão surgir os escandalos, os processos a que a lei de 2 de outubro de 1847 quiz por cobro". O argumento, como afinal todos os que se seguiram, não era novo; provinha da velha escola Francêsa e já havia influido na confecção do codigo daquele país. Apoiado nos mais notaveis civilistas italianos e francêses da nova Escola, respondeu Clovis (41) ao argumento, como já vimos. São ainda do mesmo autor as seguintes considerações: "A

---

(41) A. cit. "Direito de Familia", p. 366.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

investigação da paternidade, dizem os que a condenam, dá ocasião de se ferirem pleitos imorais e escandalosos, que fazem estremecer e vacilar a base mesma em que assenta a organização da familia. Mas esse proprio escandalo se oferece na pesquisa da maternidade, respondem outros, quando, com a quebra do recato e do decoro, que é a atmosfera dentro da qual vivem as familias, se verifica ser a mãe natural uma senhora casada, que, tendo um desvio na quadra descuidosa da juventude, ocultára as consequencias de seu mau passo, e conseguira casar-se, vivendo honestamente, sendo reputada imaculadamente virtuosa e honrada por seu marido, pelos novos filhos e pela sociedade. Portanto, não é suficiente, não convence o argumento dos pleitos imorais e escandalosos para motivar a proibição legal da indagação da paternidade."

Defendendo a lei 463, disse Andrade Figueira: (42) "O legislador entendeu que a experiencia do passado já era bastante para fazer arrepiar carreira num sistema de provas indefinidas de filiação. Especulações abundavam. Pessoas, que nunca se conheceram, eram proclamadas pais pelos tribunais. As familias não tinham tranquilidade. No caso, em que o marido tinha tido filhos naturais, e queria casar-se, as familias, onde êles se introduziam, eram perturbadas, e sua fortuna delapidada. Foi em vista deste estado que o legislador entendeu dever abandonar a antiga tradição portuguesa sobre a investigação da paternidade de filhos de plebeus, e voltar ao sistema francês, exigindo que a paternidade fosse reconhecida pelo pai por meio solene, para que ficassem advertidos terceiros com que o pai tivesse relações, as novas familias nas quais quizessem casar, e a sua parentela materna."

Como se vê, era fraquissima a argumentação do severo conselheiro. Defender a tranquilidade das familias contra os delitos causados por um novo membro, sem lhe impôr penalidade, nem dar á ofendida meios de reparação,

---

(42) Andrade Figueira. "Trabalho relativo á elaboração do Codigo Civil", vol. 5.º

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

é cometer uma flagrante injustiça. Si havia, de parte das familias, toda a facilidade em aceitar um novo membro antes de fazer as costumadas indagações acerca de sua vida anterior, por esse desinteresse não podiam ser culpadas as vitimas, nem o responsavel se eximir de sua responsabilidade. Pretendendo ampará-las, amparava igualmente aos delinquentes, isto é: favorecia-lhes os delitos. Exigir o reconhecimento voluntario, era abrir uma porta facil á filiação ilegitima. Em suma, trazer a intranquilidade ás familias, que não deviam ficar menos alarmadas por saber que o novo coparticipe possuia prole ilegal, do que por ver que a Lei o vinha obrigar a reconhecer essa mesma prole. Agora, si era a fortuna o que mais importava, neste caso valia mais do que a honra ofendida. O receio de escandalo não pode em absoluto prevalecer, até porque é êle uma caracteristica inerente a todo pleito. Qual a contenda judiciaria que não comporta a sua dose de escandalo ? Não é na repressão — observa Telemont (43) — que se acha o grande escandalo, e sim no crime, sobretudo na impunidade do crime.

Vejamos a resposta de Clovis (44) ao seu opositor: "Acho exquisito que a sociedade se apavore diante desse escandalo de se declarar que tal pessôa é pai de tal outra, e não veja que assim comete a mais revoltante injustiça, e estimula a libidinagem no presente e no futuro. No presente, porque os pais, livres dessa obrigação, se entregarão facilmente ás relações ilicitas; e, no futuro, porque os filhos dessas relações, não podendo ter o cuidado necessario na educação, hão de ser pouco escrupulosos, hão de ser, si pertencerem ao sexo feminino, destinados a fazer o mesmo que fizeram suas mães, e cairem nos mesmos laços em que elas cairam."

Baseava-se Clovis na opinião de especialistas de fama, como Enrico Cimbali, autor de "La nuova fase del diritto

---

(43) Telemont. "E'tudes religieuses et philosophiques", in Soares de Faria, p. 22.

(44) A. cit. "D. F.", p. 366.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

civile"; Rosmini, "Filosofia del Diritto" e Laurent. (45) São deste judicioso critico dos legisladores do codigo civil francês os seguintes conceitos: "Não devia detê-los o exemplo, pois os que se queixam são as mais das vêses os culpados. Esqueceu ainda a legislação que si ha mulheres desavergonhadas, tambem ha sedutores infames; á força de proteger as pessôas de bem, dá êle um premio de estimulo aos que não têm fé nem lei."

E ainda se louvava em autoridades como Foucher de Carcil, segundo quem "O verdadeiro escandalo, aquele contra o qual se insurge a conciencia publica, é o desses abandonos, dessas miserias imerecidas, da segurança garantida ao culpado."

Encerrou a discussão o relator da Comissão Especial, deputado José Monjardim. (46) Apoiando o Instituto contra o argumento do escandalo, que, em seu modo de ver, era o mais forte de quantos estavam sendo apresentados, pronunciou os seguintes comentarios: "... na França, onde os mesmos argumentos foram produzidos em defesa do art. 330 do Codigo Civil dessa nação um dos mais eminentes dicipulos da Faculdade de Direito de Paris refuta-os vantajosamente na sua tese sobre a investigação da paternidade, demonstrando que os escandalos não podem absolutamente vedar a livre manifestação do direito. Ora, o direito natural não pode ser restringido pelas formulas, que são as leis, que concretizam o direito e devem ser o verdadeiro reflexo da igualdade natural que não plantou essa odiosa distinção entre os filhos irresponsaveis pelo seu nacimento. Portanto, admitida perfeitamente a solução do importante problema juridico pela adoção do novo instituto na codificação das leis da Republica, não se justificam os receios dos escandalos, nem de atentado á segurança da familia tanto mais quanto êles não se têm dado entre os

---

(45) Laurent. "Principes de droit civil." "Avant projet" in Soares de Faria, p. 18.

(46) A. ob. vol. cit., p. 22.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

povos cultos que têm consagrado em seus codigos a investigação da paternidade."

"Aliás — conclui Soares de Faria de quem muito nos temos socorrido neste trabalho — a aceitar-se esse argumento, teriamos tambem de eliminar do Codigo, por escandalosas, as ações de pesquisa da maternidade; as ações de desquite e nulidade de casamento, e do Codigo Penal os arts. que punem o adulterio, o infanticidio, o rapto, o estupro e outros que sempre dão lugar a revelações escandalosas e cenas refeitas de escabrosidades."

PERIGO DAS EXPLORAÇÕES

Nas sentenças atrás citadas de Andrade Figueira: "Especulações abundavam", "... e a sua fortuna delapidada", vislumbra-se o segundo argumento apresentado como infenso á Investigação, e que, no fundo, é uma simples modalidade do primeiro. E' o perigo das *chantages*, das especulações, das extorsões, das explorações. Ainda neste trecho da critica do mesmo conselheiro, quando combateu a inclusão do primeiro caso do art. 427 do "Projeto", podemos lobrigar o mesmo temor: "... o abuso se introduz facilmente, sobretudo quando por êle se chega á fortuna... uma pessôa poderá provar muito facilmente que é tida e havida na posse de estado do filho, para fazer-se reconhecer." Finalmente na critica do art. 450: "... sobretudo, quando esse sentimento pode ser explorado, miseravelmente como costuma ser sempre que o legislador facilita esta prova artificial". Respondeu Clovis (47) ao argumento, chamando de vão ao perigo assás temido pelo conselheiro, e opinando que maiores adviriam no caso em que se mantivesse a lei que a impediu. "O receio das *chantages* —pleiteou ainda—não pode justificar essa injustiça. Deverá apenas premunir o legislador, para estabelecer o direito á investigação com os resguardos, que impeçam uma providencia justa de se corromper e degenerar em indigna extorsão."

---

(47) A. cit. "Cod. com.", p. 340.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

PRETENSÃO DA LEI

Quando o "Projeto" de Clovis subiu a discutir-se diante a Comissão Especial, o conselheiro Andrade Figueira inaugurou a sua critica acerba com o seguinte argumento: "... é suspeita toda lei que pretende ter mais amor paternal, do que pelas leis naturais, deve ter o pai, é suspeito todo zelo que quer substituir ou suprimir um sentimento natural no coração humano..."

Deixava-se, assim, o velho magistrado conduzir mais pela teoria do que pela realidade diuturna. Si é verdade, como afirmava e todos o reconhecem, que o da paternidade é "um sentimento natural no coração humano", tambem é certo que as obrigações de ordem social apresentam um tão intrincado liame de respeito humano, que supera muitas veses esse natural sentimento. Donde o motivo, pois, para não compreender "como o legislador pode ter mais amor paterno do que este homem, como é que a lei pode se substituir a este caso individual, em que sem egoismo, sem delito, deixa-se de reconhecer o filho" ? São de todo dia os exemplos, e nós os encontramos na Historia, como na vida contemporanea, em todas as raças, em todas as épocas. Constituem, sem duvida, exceção. Mas está no dever do codificador não despreza-las. Não se trata, portanto, de legislador que deseja, em regra, mostrar-se, digamos, mais paternal do que o proprio pai, sinão de legislador que, nas exceções, avoca a si esse desejo para obrigar o pai a cumpri-lo. Pois, si esse sentimento chega, em determinadas circunstancias, a faltar ás proprias mães que, mais do que ninguem, o têm inato, quanto mais aos pais, cuja intervenção no caso é apenas efemera ? Demais, as razões, em materia de Direito, como já era entendido pelos espiritos superiores na época da elaboração dos projetos de codigo, eram mais de ordem social e pratica, do que mesmo de ordem moral. E depois, esta varía com as latitudes, e o Direito, para merecer este titulo, tem de ser universal.

Concluia por aceitar que a paternidade não era reconhecida "por motivo muitas veses de delicadeza para com a propria mãe !"

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

EXPECTATIVA DE ABUSOS

Entre os abusos decorrentes da aceitação do Instituto, sobresaiam os criticos o dos casamentos clandestinos, para os quais como que vinha abrir uma porta.

A lei não pode evitar os abusos. E' principio elementar, quasi axiomatico, de Filosofia que a mecanica nos ensina e a experiencia diaria confirma, corresponder sempre a toda ação uma reação igual e em sentido contrario. Sabe porisso perfeitamente o legislador que a toda coação, que a tanto equivale a lei, vai corresponder outra com o intuito de burlá-la. Mas si fôramos a argumentar com essa angustiosa previsão, jamais seriam as leis elaboradas. Sim, os abusos têm de ser sempre forçosa e naturalmente verificados, sejam quais forem as leis e em que parte do mundo se erijam, até porque, numa sociedade perfeitamente concia de suas obrigações, elas seriam quasi perfeitamente dispensaveis.

Apoiam-se os que invocam esse argumento nas estatisticas de Mayr, citado por Tarde (48), segundo as quais com a negação do instituto, conseguiu a França baixar o numero dos nacimentos ilegitimos para 7 ou 8 por ano, enquanto, na Baviera, país que a faculta, era de 22. E' o caso de responder-lhes com as estatisticas de Bertillon, mostrando que uma das causas da mortalidade dos filhos era a miseria fisiologica das mães solteiras, agravada com o sofrimento moral do abandono.

Balanço dos argumentos

Acabamos de passar em revista, bem que perfunctoriamente os argumentos até agora invocados, ou possiveis de sê-lo, que justificam e repelem o Instituto da Investigação da Paternidade.

---

(48) Gabriel Tarde. "La philosophie pénale", in Clovis. "D. F." p. 368.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Como a cada um, mesmo aos não versados em assuntos jurídicos, é lícito verificar, não há um só argumento de peso entre os segundos. Resultam todos, como se viu, de falsas concepções ou princípios mixoneistas, quando não de profundos sentimentos hipocritas, não compatíveis ao século. Vejamos como Cimbali (49) os destruiu com suas palavras candentes, verdadeira explosão dum espírito sincero contra a dissimulação dos legisladores: "Estranha em verdade a lógica desta sociedade, e a injustiça destes legisladores, que, com imprudente cinismo, subvertem por completo os mais sagrados princípios da responsabilidade humana, fazendo do réu a vítima, e da vítima o réu, condenado a expiar, inexoravelmente, a pena de um crime que não cometeu..."

São varios e fortes os argumentos que justificam a Investigação. Resumem-se num só, pode-se afirmar, todos quantos procuram apresentar em sua repulsa — e esse é o da imoralidade, ora nos escandalos, ora nas explorações, ora nos abusos.

Não, não pode absolutamente ser taxada de imoral uma lei que visa amparar a Mulher e a Criança, duas entidades fracas, que porisso merecem toda a proteção do Homem.

---

(49) Enrico Cimbali. "La nuova fase del Diritto Civil", in Clovis. "Cod. civ. com.", p. 332.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

TERCEIRA PARTE

Adotou-a o Codigo Civil com as cautelas necessarias ?

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

Para a época em que foi elaborado o Codigo Civil, pode-se, até certo ponto, responder afirmativamente, isto é: que êle adotou o Instituto da Investigação da Paternidade com as cautelas necessarias. E assim se pode responder, levando em conta as idéias altamente retrogradas ainda dominantes, as incriveis oposições que as novas tiveram de suportar, e a especie de fetichismo exercido por alguns dos seus combatentes, — um sobre todos, Andrade Figueira, "cujas idéias foram muitas veses vencedoras", como observa Eduardo Espinola (50).

Na opinião do proprio autor do "Projeto", foi "timido" o passo avançado pelo Codigo. Essa timidez, explica, reside na particularidade de haver sido rejeitado o primeiro caso do art. 427, a "posse de estado". Já Soares de Faria (51) pensa que, em vês de timido, o passo foi "decisivo". "A redação final — adianta — a que o Congresso deu o seu apoio, tirou o Codigo do sistema intermedio ou restritivo para lança-lo no sistema de ampla investigação da paternidade." E Astolfo de Rezende (52) opina: "O Codigo Civil Brasileiro não deu solução completa e satisfatoria a este grande problema social, posto tenha avançado muito, instituindo em moldes liberais e humanos, o reconhecimento forçado da paternidade." E' que dezoito anos estão decorridos da publicação do majestoso monumento, e á luz dos novos criterios, sente-se que o Instituto, pezar do muito de avanço que representa, já não satisfaz integralmente ás hodiernas aspirações.

Aos quatro casos enumerados no art. 427 do "Projeto",

---

(50) Eduardo Espinola. "Sistema do Direito Civil Brasileiro", 2.ª ed. vol. I, p. 17.

(51) A. e ob. cit. p. 24.

(52) A. e tr. cit. p. 117.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

acrecentara Duarte Rodrigues de Azevedo sob n.º 2, um quinto, a presunção juridica da paternidade. Incluida no "P. revisto", sofreu violenta oposição de Andrade Figueira, que a estigmatizou de "ignobil" é "impolitica", e obrigou a sua rejeição.

O 1.º caso, referimo-lo, tambem desapareceu, com a finalidade colimada, aceito apenas como prova de casamento, em favor dos filhos.

Passivel de censura, entretanto, é a funda restrição imiscuida no art. 363. Coerente, aliás, ao art. 358, que reza: "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos", o Codigo parenteseou a expressão "... de pessôas que não caibam no art. 183, ns. I a VI...". A proposito, escreve Clovis: (53) "O *Projeto primitivo* e o *revisto* não consagravam a injustiça que se introduziu no Codigo Civil, colocando-o em situação menos liberal do que a legislação filipina. Devemos esse regresso da lei civil á influencia reacionaria de Andrade Figueira e outros." Esses outros foram Salvador Muniz e Oliveira Figueiredo, da Comissão especial da Camara dos Deputados, os quais intercalaram no art. 426 "de pessôas que não estão compreendidas no art. 262, n. 1 a 5". Sob o n. 375, sofreu a emenda de Sá Pacheco, por sinal que em unidade de vista com o proprio autor, mandando incluir o n.º 6 do art. 226 "E' ilogico—argumentava—conceder a investigação da paternidade em casos em que não é permitido o reconhecimento voluntario." Mostrou haver contradição entre o art. 365 e o § unico do art. 360, o que "Alem da incoerencia é uma porta aberta a quem queira frustar a lei." E finalizava dando o seu ponto de vista: "Não nos parece justa a proibição proposta pela ilustre comissão incumbida da redação final do projeto; mas si a a sua idéia for vencedora, a emenda que formulamos impor-se-á." O art. em apreço, já sob o numero 371, foi vivamente combatido por Augusto de Freitas, Esmeraldino Bandeira, Fausto Cardoso e Vergne de Abreu. Nada obtiveram, infeliz-

---

(53) A cit. "C. C. com." p. 332.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

mente, mau grado a sua brilhante dialetica. Mais forte do que a razão era a influencia de Andrade Figueira, e o art. na redação final de Rui Barbosa, ficou vitorioso tal como se encontra no Codigo n.º 363.

Não, nesta parte, manda a justiça proclamá-lo, não se mostrou o Codigo á altura do seu merecimento.

Vejamos o argumento com que Andrade Figueira (54) verberou a amplitude do "Projeto primitivo" e mesmo do "Revisto", art. 420, reconhecendo indistintamente a todos os ilegitimos sob certas cautelas, como a proibição de referencia, no ato do reconhecimento do adulterino ou incestuoso, de qualquer assunto possivel de inferir o ato ilicito. "No ponto de vista moral, sobretudo, é que esta doutrina devia ser inventada, si ela não existisse, porque, em verdade, reconhecer o fruto do adulterio, a infração de todas as leis morais e divinas, é animar essses atos, ao passo que negar-lhe todo o efeito é desanimar os delinquentes para tirar-lhes a probabilidade de legitimar aquilo que a lei declarou essencialmente nulo."

Brilhante foi a maneira por que Clovis retrucou a esse ponto de vista acanhadissimo do seu opositor. Começou por mostrar que "a proibição de reconhecer os espurios não se justificava perante a razão e a moral". Mostrou ser iniquo deshonrar os filhos pela falta de que unicos responsaveis são os pais. "A indignidade — profligou — está no fato do incesto e do adulterio, e a lei prcoeede como si ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas." Citou Cimbali em suas candentes objurgatorias. Enumerou os principios justificadores da medida, e que são outrosim as mesmas para os simplesmente naturais. A seguir, observa que , não permitindo a investigação nem o reconhecimento espontaneo dos espurios, deixou a lei a faculdade de determinar esse reconhecimento em virtude de confissão paterna, tendente a assinalar impedimento para matrimo-

---

(54) "Trab. relat. á elaboração do Cod. C." ed. 5, in Soares de Faria.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

nio; sentença de anulação de casamento ou denegatoria da paternidade legitima.

Mas a verdade é que continuam a vigorar em nosso Codigo os mesmos retrogrados principios de gregos, germanos e romanos. Não se compreende, de fato, que, sugestionados pelo mixoneismo de Andrade Figueira, reeditando as velhas teorias de que constituiam os espurios "uma especie oriunda de um delito punido, além de um atentado á moral e aos bons costumes tradicionais de nossa sociedade" — voltassem os legisladores brasileiros á formula ridicula do "spurii et bastardi ex jure commune viles et infames" das eras ominosas de Justiniano. Como muito bem diz Clovis, era colocar o Codigo Civil "em situação menos liberal do que a legislação filipina", era enfim, ainda em suas palavras, o "regresso da lei civil". E isto, não o esqueçamos, numa época de excepcionais conquistas no dominio do Direito, em que autoridades como Cimbali, Rosmini e Laurent, já haviam demonstrado á saciedade o imponderavel de tais argumentos, anacronicos e sobretudo eivados de refinada hipocrisia.

Uma analise superficial pelo art. 363 mostra que somente aos filhos naturais é concedido o direito de investigar a paternidade. Somente a estes, porque as pessoas que não cabem nos ns. I a VI do art. 183 são as constitutivas das outras duas classes de espurios — incestuosos e adulterinos.

Os herdeiros, apezar do parecer en contrario de especialistas, como Baudry-Lacantinerie e Huc, não podem promovê-la, apenas continuá-la, no caso em que, iniciada pelo filho, não tenha sido ultimada; ou no caso do falecimento do filho menor ou incapaz, sem que o tutor ou curador a tenham iniciado. O tutor ou curador, portanto, pode realizá-la em nome do tutelado ou curatelado, enquanto durar a menoridade ou incapacidade. Para que a mãe intente a ação, é necessario que o faça como tutora e em nome do filho, sem que a esse direito posa renunciar. Os credores tambem não podem intentá-la.

Todas essas restrições — é bem de ver — partem do carater de absoluto personalismo que deve revestir o Ins-

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

tituto. Na Investigação da Paternidade há, em verdade, dois interessados — Mãe e Filho. Mas a lei somente a este reconheceu direito, dando-lho privativamente. E' uma injustiça que não pode passar sem reparo. As duas entidades que, no pensar de Astolfo Rezende, por nós incondicionalmente aceito o defendido, "reclamam com energia o seu lugar no vasto cenario das realidades, e o reconhecimento dos seus direitos indisputaveis" são "—a mulher e a criança", isto é—a Mãe e o Filho. Negar-lhe, áquela, o direito de Investigação, é negar-lhe o direito á Reparação. E' fingir desconhecer em sua pesoa a figura de vitima, para somente a reconhecer no Filho, quando a verdade é que ambos se encontram desamparados pela lei. Num país cuja porcentagem de analfabetos é imensa, e onde o Direito se circunscreve ás cidades, jamais fazendo sentir a sua influencia nos centros reconditos do seu vastissimo sertão, quantas as mães capazes de encontrar, dentro das exigencias do Codigo, amparo aos filhos desprotegido ? Argumentar-se-á, talvês, que o Codigo Penal estatuiu uma serie de penalidades contra a honra ultrajada.

Mas é que esse Codigo, tambem só encontra sanção nos meios cultos, e, ainda assim, quantas vêses não é êle burlado ! Achamos, porisso, que á Mãe, tanto quanto ao Filho, devia a lei dar os mais amplos poderes para se socorrerem do Instituto. Vitimas ambos, têm direito á reivindicação e á rehabilitação.

Tendo visto, conquanto sumariamente, a quem cabe o direito de ação e por conseguinte quem pode ser autor, examinemos agora contra quem é permitida ou, seja, quem pode ser réu.

Em principio, a ação deve ser intentada apenas contra o pai.

Surge aqui uma questão de relevo, qual a de saber si tambem pode ser intentada contra seus herdeiros. Por outras palavras: si a lei a permite após o falecimento do pai. Clovis julga-a inadmissivel, não só no seu comentario, mas ainda em opiniões posteriores, como num parecer publicado no vol. XXVI da "Revista dos Tribunais", no qual, interpretando, admiravelmente como sempre, o Instituto, de

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

sua autoria, confessa não ter sido seu pensamento, nem o do Codigo, admiti-la depois da morte do pai.

Contrariando em absoluto esse opinar, faz Soares de Faria, no judicioso trabalho por nós tantas vêses invocado, porque com ser o primeiro, ainda é o unico de valor, pode-se dizer, que, no genero e atinente ao nosso direito possuimos, um completo retrospecto historico, por êle achado "bastante" para rebater a interpretação proposta" e, mostrar "de modo irrefragavel, que foi pensamento do legislador dar ação não só contra os pais, mas tambem contra seus herdeiros". Socorre-se das interpretações favoraveis á sua maneira de entender, de eminentes autoridades nacionais, como Estevam de Almeida, (55) Hermenegildo de Barros (56), Pedro Lessa (57) e Eduardo Lins, (58) e ainda: o Codigo Civil Português, e o Espanhol, a Lei de Proteção aos Filhos, François Brun, Albert Wahl, Louis Rigaud, Henri Lavollée.

"Enquanto, pois,—continua o critico—vigorar o art. 363, tal como se acha redigido, admitir a interpretação do sr. Clovis Bevilaqua seria violar o preceito legal e transformar a justiça no arbitrio organizado."

E recorrendo, em ultima analise, ao art. 7 do Codigo, ainda ali se encontrará apoio á sua maneira de ver.

A expressão "ou seus herdeiros" não se encontrava sem duvida, no "Projeto primitivo". Por proposta de Augusto de Freitas é que a locução "ou herdeiros destes" foi apensa á palavra "pais", do art. 371. Rejeitando a Comissão especial da Camara dos Deputados os dois primeiros grupos dos trêis em que distribuiu as emendas, para unicamente aceitar o terceiro das emendas "que respeitavam somente ao pensamento legislativo", pelo fato mesmo nele ficou incluida a de Augusto de Freitas. Não reside a controversia, como á primeira visita pudera parecer, porque

---

(55) "Manual do Codigo Civil", vol. 6, p. 164, n.º 182.
(56) "M. do C. C." vol. 18, p. 440, n.º 270.
(57) "Revista do Supremo Tribunal", vol. 14.
(58) Idem.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

seria infantil, em apurar si a frase "ou seus herdeiros" se refere a "filhos ilegitimos" ou a "pais". E' que "tais expressões — palavras de Clovis — não podem ser entendidas sinão como significando que tais ações, uma vês propostas, não cessam com a morte dos pais."

Ponto dificilimo de deslindar, pois, si é evidente que esse devera ser o pensamento do autor, quando aceitou a emenda, uma ves que o herdeiro do filho não o pode intentar, mas tão sómente continuar e concluir, tambem é evidente que da maneira como ficou redigido o artigo, desde a proposta de Augusto de Freitas á de Rui, só pode ser interpretada favoravelmente. Entre a intenção e a realização, houve, como se vê, notavel divergencia.

Assim, é nosso modo de julgar que a ação pode ser intentada contra os herdeiros do pai.

Quanto aos casos enumerados em lei, achamos que o Codigo não deu a precisa amplitude ao assunto. A posse continua de estado de filho que figurava á testa do art. 427 do "Projeto" de Clovis; a presunção juridica da paternidade, para a circunstancia de casamento religioso, proposta pelo conselheiro Duarte Pereira, ambos eliminados, trariam maiores garantias aos filhos, sem nem um dos inconvenientes que neles quizeram lobrigar seus ferrenhos combatentes, em extremos sugestionados por influencias clericais.

A expressão "concubinada" não deve ser interpretada no seu exato senso juridico, como quer Soares de Faria, mas com a largueza de vistas de Estevam de Almeida e do proprio Clovis. Já á expressão "rapto" julgamos que mereça o mais amplo significado.

Por que esta condicional: "Si a concepção do filho, realmente, coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela" ? Quantos casos apresenta a pratica de raptos que tenham fim diferente do que lhe atribui o Codigo penal ?

A expressão "relações sexuais", com que Rui substituiu a palavra "estupro" favorece, sem querer, aos naturais, como ensina Hermenegildo de Barros.

Em resumo, admitindo todos os meios de prova, e pelo

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite

reconhecimento judicial de absoluta autoridade, produzindo os mesmos efeitos que pelo voluntario, como queria Monjardim, mesmo quando na sentença que condena o pai, estabelece o juiz certas modificações quanto aos filhos que em geral não se verificam para os legitimos; fazendo que os efeitos do reconhecimento retroajam até ao instante da concepção, quando necessario — adotou o Codigo com as cautelas necessarias o Instituto da Paternidade.

Restringindo, porém, á metade da herança do legitimo ou legitimado a parte destinada ao natural, mesmo reconhecido, o Codigo foi injusto. Uma vês que o principio norteador do Instituto é equiparar ás duas classes de filhos, não se compreende haver prioridade em direitos sucessorios. Em compensação, tirando ao pai natural o usofruto e a administração dos bens adquiridos pelo filho anteriormente ao reconhecimento, seguiu doutrina sã.

BPBL
Biblioteca Pública Benedito Leite