

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

APELAÇÃO CÍVEL N.º 72.871

5.ª Câmara Cível

Apelantes: Mário Abreu de Souza e outra.

Apelados: Alice e Carlos, respectivamente, assistida e representado por sua Tutora, Yolanda Guimarães Domingues.

SUMARIO: Não provimento do agravo no auto do processo. Omissão da petição inicial decorrente do próprio fim da ação. Conexão de ações de investigação de paternidade e de alimentos. Aplicação do art. 138 do Cód. Proc. Civil. *Legitimatío ad causam* como preliminar do mérito. *Pas de nullité sans grief*. Ao contrário do disposto no Código Civil, com o advento da Lei n.º 883, dissolvida a sociedade conjugal, é facultada ao filho, ilegítimo ou espúrio, a ação para que se lhe declare a filiação. Por outro lado, o reconhecimento da paternidade, *in casu*, já constitui *coisa julgada*, por decisão irrecorrível, do mesmo Tribunal, em processo conexo, apenso, sobre o mesmo fato. Posição ativa do M.P. nas lides forenses para que se promova a Justiça.

PARECER

Preliminares

1. Contra o *despacho saneador* de fls. 81/82, com fulcro no art. 851, inciso IV do Código de Processo Civil, os réus, ora apelados, tempestivamente, interpuseram agravo no auto do processo que, *ex-vi* da disposição do art. 852, há de ser conhecido, como preliminar no julgamento da presente apelação.

2. A matéria do agravo no auto do processo envolve a das preliminares das contestações de fls. 48/49 e 62/64 que, em síntese, corresponde ao alegado sobretudo contra a admissão dos autores, ora apelados, como partes legítimas no feito.

3. A primeira preliminar é de todo improcedente: *quantum satis*, às fls. 130/131, encontram-se juntas aos autos as respectivas certidões de nascimento dos menores autores-apelados, onde constam tão somente os seus prenomes — ALICE e CARLOS — e se declara serem filhos de “pais ignorados”.

Ora, em *ultima ratio*, o objetivo da ação proposta é, precisamente, para que, julgado procedente o pedido, seja, em consequência, declarada a paternidade do falecido MARIO DA SILVA E SOUZA, com as decorrentes anotações nos citados assentamentos de nascimento dos apelados do nome do seu pai e dos seus sobrenomes a que, nesse caso, teriam direito.

Por seu *quid proprium*, a ação de investigação de paternidade visa, finalmente, suprir aquela falta dos patronímicos. Como, aliás, consta do pedido inicial (fl. 3, *item b*, *in fine*) e da sentença apelada (fls. 150 *item* 5).

A omissão tão criticada pelos réus-apelantes se confunde, assim, na sua natureza, essência e fim, com a pertinência do pedido que, *ex-vi-legis*, configura a *propriedade da ação*, bem proposta.

4. As três outras preliminares, das quatro que são objeto do agravo no auto do processo, não merecem também qualquer provimento.

4.1. As certidões de nascimento reclamadas foram, como determinado no despacho saneador (fl. 81 item 3), juntas aos autos (fls. 130/131). E, ademais, estavam *antes* inseridas à fls. 6 dos autos do processo em apenso (n.º 27.612), conforme respectiva certidão, aí exarada, e em atendimento ao despacho de fl. 11, dos mesmos autos, foram desentranhadas para serem anexadas ao processo principal (fls. 130/131, *cits.*).

4.2. A conexão entre a ação de investigação de paternidade proposta e a de alimentos em apenso é manifesta e indisfarçável. A simples possibilidade de julgamentos contraditórios entre esta ação, de caráter declaratório e mandamental, e aquela — de alimentos — em que o parentesco consanguíneo foi o pressuposto fundamental dos alimentos reclamados e julgados devidos, já então por decisão confirmada por esta egrégia 5.^a Câmara Cível e transitada em julgado, tornava aconselhável, por elementar prudência, o processamento por dependência. Princípio que, do mesmo modo, firmou a competência desta egrégia Câmara para o julgamento do presente recurso de apelação.

Por sinal, o disposto no art. 138 do Código de Processo Civil, com clareza solar, determina a competência censurada pelos agravantes-apelantes.

4.3. No que concerne à quarta e última preliminar objeto do agravo no auto do processo — imoralidade e ilicitude do interesse dos apelados — bem andou o ilustre Dr. Juiz prolator do *despacho saneador* (fls. 81/82) deixando-a para apreciação na decisão do mérito do pedido, ao qual, *per se*, estava intimamente ligada.

Decidir, no *despacho saneador*, dessa *legitimatío ad causam* envolveria prejulgamento do mérito, por todos os motivos descabido ante a natureza e fins próprios da ação de investigação proposta.

Útil e pertinente lembrar, neste passo, a lição do preclaro PONTES DE MIRANDA de que “nada que é mérito pode ser objeto de saneamento processual” (“*Código de Processo Civil*”, vol. II, ed. Forense, 1947, pág. 404). Reafirmada, mais adiante, com objetiva aplicação a este caso concreto, ao prevenir que “a legitimação *ad causam* é mérito e ainda constitui resquício da concepção privatística do processo o tê-la como requisito da relação jurídica processual” (obra *cit.*, pág. 405).

5. A última das preliminares suscitadas pelos apelantes não se prende ao *agravo no auto do processo*. Foi levantada como matéria prejudicial em face da juntada, feita às fls. 130/131, das certidões de nascimento dos apelados sem audiência especial dos réus, ora apelantes.

Improcedente, como as outras, esta preliminar. As certidões referidas foram desentranhadas do processo de gratuidade em apenso, a que já aludimos. Delas tinham, necessariamente, conhecimento os réus-apelados. Antes,

muito antes da sua juntada. Em verdade, mero ato formal, quase cartorário, de transferência de um processo para o outro. Do apenso para o principal. Certidões, por sinal, expressamente citadas na réplica (fl. 73, parte final) e no despacho saneador (fl. 81, item 3).

Não houve, portanto, para os réus-apelantes qualquer surpresa com a mudança dessas certidões de um para outro processo. É, muito menos, qualquer prejuízo, certo que além de as conhecerem eram o *punctum saliens* da demanda, objetivando a sua complementação quanto à paternidade e aos apelidos do pai, nelas omissos e, por isso mesmo, ensejando a propositura da ação investigatória, que, como se disse, é de caráter *declaratório* e *mandamental*.

Hodiernamente, só há declaração de nulidade em havendo prejuízo à parte contrária. Todo o Direito Processual funda-se hoje no magno princípio — *pas de nullité sans grief*.

Desde que, ainda que por outra foram e em outro processo (apenso), os réus-apelados tinham conhecimento dessas certidões, nenhum prejuízo sofreram com o seu desentranhamento de um para juntada em outro. A nulidade argüida é, dessarte, improcedente. E, pois, não merece provimento algum a pretensão dos apelantes da sua decretação, em grau do recurso, para tornar sem efeito jurídico-processual todos os atos posteriores ao despacho de fl. 129.

Mérito

6. É pacífico, desde o advento da Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, o direito de ação do FILHO, ilegítimo ou espúrio, qualquer seja, para que se lhe declare a filiação. A *conditio sine qua non* restritiva única é que a SOCIEDADE CONJUGAL ESTEJA DISSOLVIDA.

6.1. Enquanto, sob o influxo talvez do princípio bolorento do antigo direito francês, — “*la recherche de la paternité est interdite*” — o nosso Código Civil dispensava tratamento diverso aos filhos *legitimi* e aos *spurius* (adulterinos e incestuosos), só àqueles facultando direito de demandar para o reconhecimento da filiação (Cód. Civil Bras., art. 363), a legislação nova, supra referida, consubstanciada na citada Lei 883, de 1949, revogou, clara e indiscutivelmente, a limitação dessa faculdade AOS FILHOS ILEGÍTIMOS. Tanto que, sem qualificar O FILHO, como o fazia o Código Civil, para o exercício do direito da ação de reconhecimento da sua filiação, deu-lhe êsse direito de ação. Direito outorgado AO FILHO. Assegurado a QUALQUER FILHO. Bastando, *ipso jure*, a simples condição de FILHO para legitimar a demanda. A *contrario sensu*, não apenas aos FILHOS ILEGÍTIMOS, como antes, no Código Civil.

Nesse sentido, com evidência diáfana, *in expressis verbis*, dispõe a Lei referida, de n.º 883, em seu art. 1.º:

“DISSOLVIDA A SOCIEDADE CONJUGAL (o grifo é nosso), será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio E, AO FILHO (grifo nosso também), a ação para que se lhe declare a filiação.”

6.2. Do texto claro dessa disposição legal vigente, em contraposição à condição de arreio de ação assegurada tão somente ao FILHO ILEGÍTIMO, pelo art. 363 do Código Civil, duas conclusões se impõem, inconcussas, na aplicação desse direito novo ao caso concreto *sub judice*:

1.^a o direito de ação cabe AO FILHO, não se exigindo mais a sua qualidade de ILEGÍTIMO, donde força convir o *espúrio*, ou o *adulterino* ou *incestuoso*, porque, quer um quer outro, tem a *condição de filho*, não se pode negar a *legitimatío ad causam* para o exercício desse direito de ação de reconhecimento e declaração de filiação;

2.^a a única restrição imposta, *ex-vi-legis*, para o exercício desse direito de ação, facultado a *qualquer filho*, é que a *sociedade conjugal esteja dissolvida*.

6.3. Assim sendo, *legem habemus* para, aplicando o Direito ao Fato, sendo reconhecida a paternidade investigada pelos apelantes, menores ALICE e CARLOS, se lhes declare a filiação nos respectivos assentamentos de seus nascimentos, mediante a competente averbação de que são, ambos, filhos do falecido MARIO DA SILVA E SOUZA, como com acerto e juridicidade bem sentenciou o Dr. Juiz *a quo*.

6.4. Na interpretação da Lei n. 883, em seu conteúdo, extensão e profundidade, as mais recentes decisões do colendo Supremo Tribunal Federal pontificam que não há como se falar em *illegitimatío ad causam* quando, dissolvida a sociedade conjugal, o filho adulterino *a matre* investiga a sua paternidade.

Em incisivo acórdão, por unanimidade de votos, no recurso extraordinário n.º 56.892, de 18 de maio de 1965, o Pretório Excelso, confirmando decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proclamou que

“o filho adulterino *a matre* não está impedido de investigar a paternidade, segundo deflui a Lei 883 (art. 1.º)”;

e, mais, endossando o acórdão recorrido do referido Tribunal do Estado do Rio, salientou:

“... aqui abraçamos a teoria dos autores invocados, por irrefragável o cunho de realidade que o caracteriza”;

concluindo:

“Os adulterinos *a matre*, à vista do exposto, “são titulares do estado de legitimidade”.

“Não é desnecessário lembrar o fator moral a influir nas soluções das delicadas questões do direito de família: “o filho reconhecido, *embora adulterino* (o grifo é nosso) não mais viria

perturbar a vida do casal, porque a *sociedade conjugal desapareceu com a morte* (grifo nosso) ou com a ausência prolongada e comprovada do marido.

O direito é condição de existência e solidariedade humana".

"No caso dos autos, a decisão recorrida reconheceu como provado que o investigante nasceu de relações adúlteras de sua genitora com o investigado. Dentro do *sentido inovatório, e dos generosos propósitos da Lei 833*, não há como negar a possibilidade do reconhecimento do filho adúltero *a matre*, mesmo sem que haja contestação de legitimidade por parte do cônjuge varão" (in "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 33, julho de 1965, pág. 164 e "Revista de Direito" (do M.P. deste Estado), vol. 2, 1967, págs. 174/176).

7. Todavia, tão só *ad argumentandum e ex absurdo*, admitamos que se não tenha como permissível o exercício desse direito a quaisquer filhos, por hermenêutica de apêgo ao rigorismo literário daquela lei velha, de mais de meio século, em todos os sentidos e sob todos os aspectos superada, sobretudo quanto ao Direito de Família.

7.1. Ainda assim, o caso concreto tem características *sui generis*, a nosso ver. Não apenas decorrentes de razões de fato, mas de Direito. *Razões de fato e de jure* que nos levam a opinar pelo não provimento do apêlo e, em consequência, pela integral confirmação da sentença apelada, que se nos afigura perfeita, de fundo e de forma.

8. Ocioso nos parece insistir, *in casu*, no fato reiteradamente comprovado, de modo irrefutável, de que os apelados são, em verdade, filhos do falecido MARIO DA SILVA E SOUZA.

Existe, nesse sentido, escrito idôneo e inequívoco de investigado que gera certeza e convicção quanto à paternidade investigada.

9. A respeito, porém, de Direito não se pode ter outra conclusão. Máxime neste Tribunal, onde em judicioso acórdão prolatado no processo em apenso (apelação cível n.º 40.696 na ação ordinária de alimentos em que são autores os mesmos menores ora apelados), de que foi relator o eminente Des. Moacyr Rebêlo Horta, à unanimidade, foi decidido que há "declaração escrita do próprio punho do réu-apelante (o falecido Mário da Silva e Souza, ora investigado), como êle próprio o reconhece em seu depoimento pessoal de fls. 68-verso, fazendo certa a paternidade dos referidos menores (ora apelado), como se vê de fls. 5 dos autos em apenso" (*in verbis*, fl. 121 do 5.º apenso da ap. cível n.º 12.871). Acórdão que vale como uma *sanctio juris* à filiação reconhecida aos menores ora apelantes.

Logo, tendo êsse acórdão reconhecido judicialmente os apelantes como filhos certos do ora investigado, não há mais como nem porque discutir-se sobre tal decisão. Porque, transitada em julgado, só em ação rescisória poderá ser negada e tornada inoperante. Sem essa via, *de jure* os apelantes são, por declaração judicial competente, filhos reconhecidos do investigado.

espúrios pouco importa, mas FILHOS COM DIREITO À PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS.

10. Ante essa situação juridicamente constituída de *coisa julgada* é possível, sem por via competente de ação rescisória daquele citado acórdão, desta egrégia Câmara, negar-se como pretendem os apelantes, uma paternidade que já foi judicialmente proclamada e já produziu e vem produzindo efeitos? Em nome de que? Do rigorismo da inteligência de sentido literário de texto legal do Código Civil, de 1.º de janeiro de 1916, em desacôrdo com a realidade atual e gritante de costumes radicalmente opostos aos daquele passado, onde o Direito se socializou e a Ordem Pública e a Justiça Social vivificaram a Lei, através da Jurisprudência dominante?

Esta é, a nosso ver, a questão que lateja nessas interrogações que emergem das páginas sensíveis destes autos. Mais sensíveis ainda porque integrante de um processo de Justiça Gratuita, onde *dois filhos sem nome* pedem ao Judiciário, que já lhes reconheceu a VERDADE quanto ao pai, em luminoso acórdão desta egrégia Câmara, deixem de ter em seus assentamentos de nascimento a FALSA DECLARAÇÃO de que são *filhos de pais ignorados*.

Desfocalizar o litígio dêsse prisma humano, de inegável Justiça Social, é não só negar o Direito declarado naquela *coisa julgada* — o que seria aberração jurídica senão despautério flagrante — como, com *decisão contraditória do mesmo Tribunal*, desprestigiá-lo, com tal pronunciamento antagônico sôbre o mesmo fato, o Poder Judiciário na coerência e uniformidade jurisprudencial que devem promanar das suas manifestações.

11. A sentença apelada louva a si mesma, pelos seus próprios fundamentos jurídicos e humanos. Merece integral confirmação. Mais que isso: referências elogiosas. O seu brilhante prolator proferiu decisão admirável, de forma e de fundo, em seu conteúdo e efeitos, mais que de alcance individual de extensão social.

As contra-razões dos apelados honram à Defensoria Pública do Ministério Público dêste Estado, e, por seus próprios e jurídicos fundamentos, as fazemos parte integrante e complementar dêste parecer.

12. Dar provimento ao apêlo seria, *contra legem*, revogar os jurídicos efeitos da *coisa julgada* daquela ação de alimentos. Ação de alimentos, porém, de indesligável e íntima conexão com a presente. Tanto que, negado o direito ao reconhecimento da paternidade já declarada por via judicial, envolverá denegar, de plano, o direito dos menores apelantes de serem alimentados com os recursos deixados por seu falecido pai. Recursos que não são de ordem pròpriamente patrimonial, mas de pensão *post mortem*, que tem sentido nìmiamente assistencial e previdenciário. Onde cabem os alimentos como, com rara felicidade, tão bem resolveu o ilustre Dr. Juiz signatário do despacho de fls. 200/204, que também merece o endôso e aplauso desta Procuradoria.

13. Salvo melhor juízo, sem entrarmos *de novo* no mérito do fato que constitui a base irrecusável do pedido da ação *sub judice*, pelos fundamentos

expostos, afigura-se-nos que, *realisticamente*, a confirmação da sentença apelada é corolário natural e lógico do aludido acórdão desta egrégia Câmara. Que, anteriormente, já declarou, embora para efeito de alimentos, que, em depoimento pessoal e expresso reconhecimento de escrito de seu próprio punho, o investigado, êle próprio, confessou a paternidade que os seus herdeiros ora apelantes alegam inexistir.

É justo que os inocentes menores apelantes continuem sendo identificados, pela vida afora, apenas como ALICE, ela e CARLOS, êle, *quando a Justiça em decisão transitada em julgado* já decidiu, soberanamente, que êles não são filhos de "*pais ignorados*" (como está nas certidões de fls. 130/131) mas têm um *pai confesso, conhecido e reconhecido*, que é o investigado, MARIO DA SILVA E SOUZA?

Em nome de filigranas e subtilezas de legislação ultrapassada?

Não cremos nessa hipócrita subserviência legal. Especialmente à lei modificada, em grande parte, por outras posteriores, de caráter jurídico-social. E, sobretudo, pela Jurisprudência, essa Lei Maior que, por sua ação dinâmica e perseverante, reforma tôdas as outras e as vai, cada dia e cada vez mais, reavivando, polindo-lhe as arestas e aprimorando os seus textos não revogados ainda por lei nova, mas já divorciados da Equidade e da Realidade. Lei que, em face da conjuntura, se tornou ou vai tornando letra morta por força do consenso geral das consciências juridicamente formadas. Útil e pertinente citar, aqui, nesse sentido do valor dinâmico da Jurisprudência, o acórdão prolatado em 26 de setembro de 1967 no caso semelhante julgado pela egrégia 8.^a Câmara Cível, na apelação cível n.º 54.230, onde, *in verba magistri*, com sinceridade foi superiormente sentenciado:

"Quando a lei em sua imutabilidade se distancia do fato social, cabe à Jurisprudência a função de harmonizá-los, de acôrdado com a evolução do direito" (*in* "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara", vol. 21, ano VIII, 1969, pág. 138).

14. A posição do Ministério Público — de "Magistratura de pé" — não pode ser a de um mero espectador na trama das lides forenses. É a de Promotor da Justiça. Da Justiça que a tudo sobrepára. Que não é, nem pode, nem deve ser um ideal de contemplativo. Porque a consecução dêsse ideal exige, pelo contrário, milícia ativa.

Por isso, neste caso concreto, onde há muitos precedentes judiciários bem citados, opinamos pela integral confirmação da decisão apelada. Principalmente, porém, porque em favor dos menores apelantes *legem habemus* — a Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, que radicalmente alterou as obsoletas disposições do Código Civil.

* * *

Pelo não provimento do apêlo é, enfim, o parecer que, *sub censura*, temos a honra de submeter à douda apreciação dos eminentes Desembargadores dessa egrégia Câmara.

Rio de Janeiro, GB, 15 de abril de 1971.

ARNALDO RODRIGUES DUARTE
5.º Procurador da Justiça

USUCAPIÃO. AÇÃO NÃO CONTESTADA MAS JULGADA IMPROCEDENTE

Ação de usucapião. Decretação da sua improcedência, embora a lide não tenha sido contestada. Inexistindo aquisição *a non domino*, o titular da propriedade regularmente transcrita no Registro de Imóveis não pode pretender mais a declaração por sentença de domínio pela posse qualificada.

1. Embora sem contestação, a ação de usucapião foi, pela sentença de fls. 210-211, julgada improcedente por falta de objeto: "... a ação de usucapião não tem objeto. As autoras são proprietárias incontestadas do imóvel usucapiendo (Rua Sebastião Lacerda, 70). Pertence-lhes, não só o domínio útil, como o domínio direto, estando o seu e os títulos dos seus antecessores regularmente transcritos desde 1908 (fls. 120). Declarar-lhes a propriedade, como pretendem, seria dar à sentença, por absurdo, caráter homologatório do domínio já adquirido, material e formalmente."

2. Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em acórdão de 26 de setembro de 1936, do qual vale destacar, pela inteira aplicação ao presente caso, o voto proferido no julgamento pelo preclaro Ministro OROZIMBO NONATO, então Desembargador (v. "Revista Forense", vol. 69, pág. 121):

"A questão dos autos consiste em saber se, apesar de título transcrito, pode alguém pretender mais a declaração por sentença de domínio pela posse qualificada sobre determinado imóvel.

Penso que o Juiz decidiu bem, inclinando-se a resposta negativa.

A pretensão de ser dono pelo usucapião descombina com o título transcrito, pois a transcrição é também modo de adquirir a propriedade. E não se pode adquirir o já adquirido.

Quanto ao usucapião ordinário, fala, é certo, a lei em justo título. E se êste é, na definição lapidar de LAFAYETTE, o título hábil, em tese, para transferir o domínio, a transcrição, se se trata de aquisição derivada, é elemento claramente exigível. LAFAYETTE: