

AVERIGUAÇÃO OFICIOSA
E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ILEGITIMA
(Peças de um processo)

Pelo Dr. Fernando de Abranches-Ferrão

A vida de uma alegação de recurso termina geralmente com a prolação do acórdão. Destinada a apresentar ao Tribunal as razões de uma das partes, realizada essa função esvai-se e é como se morresse. Enterrada, ao lado da contra-alegação da outra parte, nas folhas do processo, não é provável que alguém torne a lê-la.

Não já assim o acórdão. Publicado nas revistas jurídicas, citado como precedente em novas acções, a sua doutrina virá a influenciar a jurisprudência e os autores.

Por isso cabe ao advogado contribuir com a sua alegação para que o acórdão não acolha uma tese errada, tal como cabe aos juizes examinar as teses propostas — por cada uma das partes, pelos arestos precedentes e pelos autores — e escolher aquela que melhor se adapte à lei e à realidade (à realidade dos factos e à das relações sociais — a mais isenta de erro, portanto.

A tese que defendo na alegação que a seguir se publica, tenbo-a como isenta de erro. O Supremo, porém, não a considerou assim e decidiu em sentido contrário. Publicando

a alegação vencida dou a conhecer uma tese que reputo certa, o que pode levar outros advogados a defendê-la, outros tribunais a aceitá-la — e assim terei cumprido o meu dever de advogado, que é servir o Direito e contribuir para que se realize a Justiça.

Não é a primeira vez que me acontece, depois de ser vencido na defesa de uma tese, vencer à terceira ou quarta investida. Mas vencer passando pela porta que dois ou três processos — esses de constituintes vencidos... — abriram.

Foi o caso, por exemplo, de um recurso em que os Venerandos Desembargadores me exprobaram defender doutrina contrária à defendida pelo grande processualista José Alberto dos Reis, escrevendo as seguintes palavras no acórdão em que a minha tese foi, pela terceira vez, vencida (antes tinha-o sido em outros recursos de outros constituintes):

«Resulta inútil e contraproducente a pretensão de demonstrar o erro ou a ignorância do sapiente professor de nós todos e dos outros (...).»

Interposto recurso para o S.T.J., escrevi na alegação:

«Eppur si muove — disse Galileu, vencido (mas não convencido) pelos teólogos e sábios do tempo, ao abjurar, perante o Tribunal da Inquisição, a sua doutrina (verdadeira) do movimento da Terra em volta do Sol.

Guardadas as proporções, o exemplo é de ponderar.

O acórdão agravado peca por muito afirmativo e nada demonstrativo — tal como os sábios e os teólogos do tempo de Galileu. Que se corte a cabeça a um homem — vá! Mas, ao menos, que se lhe diga porque lha cortam — para ele morrer orgulhoso de assim colaborar num acto de boa justiça...

.....

Sim! Resulta «inútil» e «contraproducente» (contraproducente? porquê?) demonstrar o erro de um Mestre! Assim foi quanto a Galileu: desmentido publicamente, obrigado a declarar verdadeira a mentira, posto a ferros até concordar com os sábios do tempo — tudo isso lhe aconteceu. «Ah! Se a esse Galileu não se lhe tivesse metido na cabeça que a Terra anda à volta do Sol, não teria havido tantas desgraças no Mundo!» — dizia a Rainha D. Amélia de Bragança (G. DE SANTILLANA: *Le procès de Galilée*, p. 2).

Teria sido «inútil» e «contraproducente» a luta de Galileu contra o erro dos Mestres? No critério da falecida Rainha, foi. No do Acordão agravado, também. *Eppur si muove* ... apesar da Rainha e do Acordão».

A demonstração do erro do Mestre insigne (e porque não há-de um mestre, mesmo insigne, praticar o seu erro de vez em quando?), produziu efeito: o Supremo revogou o acórdão da Relação, e desde então não voltou a julgar-se conforme o erro do Mestre. (As peças desse processo estão publicadas na Revista da Ordem dos Advogados, ano 26, pp. 92|154. Interposto recurso para Pleno, foi decidido não haver opposição de acórdãos que o justificasse).

Tenho a convicção de que, se a minha tese não foi aceite desta vez pelo Supremo, sê-lo-á na próxima ou numa das próximas. Ao publicar a alegação e ao tentar, por esse meio, acordar a opinião pública jurídica do País, outra coisa não pretendo senão contribuir para a perfeição da Justiça, dando embora ao meu constituinte o lugar de Martim Moniz — entalado na porta pela qual, e por sobre o seu corpo, os outros passarão...

I

Alegação para o S.T.J.

I

A paternidade biológica e a legal

1. Todos nascemos biologicamente da mesma maneira: paridos por uma mulher que foi fecundada por um homem.

O nascimento biológico, porém, nem sempre é bastante — embora essencial — para que no campo do Direito aquela mulher e aquele homem sejam considerados pais do ente de que são progenitores. Desde a criança que aparece abandonada (e é registada, por força das circunstâncias, como filho de pais incógnitos) até à criança que nasce de um matrimónio (à qual uma presunção legal concede desde o nascimento um estatuto de filiação) — há todo um leque de hipóteses que o Direito, com maior ou menor eficácia e com maior ou menor margem de erro, tenta resolver estabelecendo meios de acção e de prova que possibilitem atribuir a cada ser que nasce o pai e a mãe verdadeiros.

Por um lado, a impossibilidade da prova directa da geração torna em certos casos tão duvidosa a determinação da paternidade, que os meios de que os tribunais dispõem para a investigar não lhes permitem declará-la com o mínimo indispensável de certeza.

Por outro lado, razões de ordem social — protecção dos filhos de matrimónio, protecção da família legítima, preconceitos religiosos, etc. — têm levado o legislador, através dos séculos, a dificultar, quando não mesmo a impedir, a atribuição da paternidade aos filhos gerados fora do casamento.

2. O Código Civil de 1867 veio estabelecer a primeira abertura no sistema legal herdado das Ordenações: mantendo, como regra, a «proibição» da investigação da paternidade ilegítima, considerou três casos em que ela era permitida. Esses

casos — escrito do pai, posse de estado, estupro ou rapto — foram escolhidos por serem os que, embora de maneira indirecta, melhor podem revelar a procriação biológica. A proibição continuou, porém, sem qualquer excepção, para os filhos espúrios (os adúlterinos e os incestuosos).

3. O decreto n.º 2 de 25 Dez. 1910, deu o grande golpe na nossa tradição legal ao declarar «permitida» em certos casos a investigação de paternidade que até então fora «proibida absolutamente» ou «proibida com três excepções». Os «casos» de permissão foram alargados a cinco — os do Código 1867 e mais a sedução e a convivência.

Muito se discutiu acerca da natureza dos «casos» do art. 34 do Dec. n.º 2. Uma coisa, porém, é certa: não sendo possível a prova directa da procriação, aqueles «casos» — quer se considerem elementos integrantes, com a geração, da causa de pedir; quer se considerem eles-próprios causa de pedir — exercem sempre uma outra função, essa da maior relevância: são meios — insubstituíveis porque a prova directa é impossível — de provar, com uma probabilidade que vale como certeza, a procriação; são situações de facto a que o legislador confere a dignidade de reveladoras dessa procriação que directamente não pode atingir-se.

4. Quando é promulgado o Código de 1966, a Ciência não avançara no que respeita aos meios de prova da geração. Por isso o Código mantém (art. 1860) os cinco «casos» que tornam possível a investigação, declarando-os expressamente (art. 1866) «presunções de facto» da paternidade, a apreciar livremente pelo Tribunal.

5. É esse Código que introduz no nosso ordenamento jurídico um novo meio processual destinado a promover a investigação da paternidade e/ou da maternidade nos casos em que os progenitores, ou algum deles, recusem a perfição: a «averiguação officiosa da paternidade presumida» ou da «maternidade».

Tal «averiguação oficiosa» não é, porém, uma acção de «investigação de paternidade» de novo tipo, como alguns arestos erradamente têm considerado (p. ex. o douto acórdão em recurso quando escreve que «para a *investigação oficiosa (sic)* de paternidade ilegítima presumida bastará a investigação da paternidade biológica»).

A «averiguação oficiosa» é um processo prévio à «acção de investigação» e tem como *fim único* recolher «indícios» que, se forem suficientemente fortes, justificarão a propositura da acção de «investigação de paternidade».

Falar-se em «investigação de paternidade» e em «investigação oficiosa de paternidade», como se o Código 1966 tivesse introduzido um novo tipo de acção de investigação, ou seja, como se ao lado da «investigação de paternidade» regulada nos arts. 1852 a 1856 e 1859 a 1866 tivesse passado a existir uma outra «investigação de paternidade» menos complexa, denominada «averiguação oficiosa» ou «investigação oficiosa» — é um erro clamoroso que a nossa jurisprudência tem cometido e deu já lugar a situações de extrema injustiça.

6. A «averiguação oficiosa» é uma simples *porta de entrada* para a *acção de investigação*. A esta pode aceder-se por duas vias:

- *directamente*, se a acção for proposta pelo investigador ou por quem o represente (arts. 1858 e 1865);
- *indirectamente*, se a acção for proposta pelo Ministério Público, caso em que, antes da propositura, o Tribunal de Menores terá, obrigatoriamente, de «averiguar» se há elementos que permitam considerar «viável» a acção de investigação a propôr (arts. 1865 e 1845-1 e -2).

Sendo uma simples «porta de entrada» para a «investigação da paternidade», não há que sujeitar a prova, na «averiguação», a um exame profundo. À «averiguação» cabe apenas, como simples inquérito preliminar que é, verificar se há indícios bastantes para intentar a «investigação», isto é, «averiguar a viabilidade da acção» (art. 1848-1). À «investigação» é que compete decidir se o investigador é, ou não, filho do investigado,

e por isso a prova, aí, tem de ser tão aprofundada quanto possível, já que na acção não se pretende apenas apurar indícios da procriação, mas tanto quanto possível a sua certeza.

Foi por isso que o art. 1848-4 isentou a «averiguação» da sujeição aos casos do art. 1860, desse modo definindo o âmbito de ambos os meios processuais:

- a «*averiguação officiosa*» limita-se a verificar se há *indícios* que permitam admitir que a «investigação de paternidade» é viável (tomando, em relação a esta, a posição da «*pronúncia*» relativamente ao «*julgamento*»); e se o for, remeterá o processo ao *Ministério Público* para este propôr a acção;
- a «*investigação de paternidade*» aprecia o *fundo* da questão, de modo a o Tribunal, através da prova de algum, ou de alguns, dos «casos» do art. 1860, formar a sua convicção acerca de se o investigado é, ou não, o pai do investigante.

7. A verdade, porém, é que o n.º 4 do art. 1848 refere-se (1) a «acção de investigação de paternidade ilegítima» e não a «averiguação officiosa da paternidade presumida».

Trata-se de um evidente *lapso de redacção*, pois o art. 1848 intitula-se «Averiguação officiosa da paternidade presumida» e é dessa matéria que exclusivamente trata. No entanto, tal lapso de redacção — que o Dec.-Lei 496/77 veio rectificar por via interpretativa, como diremos adiante — deu origem a uma jurisprudência confusa, contrária ao espírito da lei e ofensiva dos princípios que enformam o instituto da filiação.

É que a jurisprudência entrou a tratar a «averiguação» como se fosse ela própria uma «investigação» de novo tipo, a vigorar ao lado da «investigação» regulada nos arts. 1859 ss. Chegou mesmo em certos casos, como no douto acordão

(1) Pela redacção do Dec.-Lei 496/77, deixou de figurar no n.º 4 do art. 1865 (correspondente ao n.º 4 do art. 1848) a referência à acção de investigação de paternidade ilegítima. Ver, adiante, n.º 8.

recorrido, a dar à «averiguação» o nome de «investigação oficiosa», deixando assim aquela sem conteúdo ou dando-lhe um conteúdo que pertence unicamente à investigação dos arts. 1859 ss.

Dessa errada interpretação resulta que os filhos de pais solteiros (antes denominados «illegítimos») teriam diverso tratamento consoante fosse o Ministério Público a intentar a «investigação» (depois da «averiguação oficiosa», pelo Tribunal de Menores, da respectiva viabilidade), ou fossem eles próprios a propôr a «investigação» sem aquela «averiguação prévia.

Na verdade, a adoptar-se a tese de que a isenção das limitações do art. 1860 concedida à «averiguação» valeria para a própria «investigação» que se lhe seguisse, estabelecer-se-ia a contradição de

- os investigadores que iniciassem a actuação judicial pela «averiguação» do Tribunal de Menores, *teriam de provar apenas* as relações sexuais da mãe do investigador com o investigado e a sua fidelidade a este;
- os investigadores que iniciassem a actuação judicial *directamente pela «investigação»*, teriam de *provar não só* o mesmo que os outros mas, *além disso*, algum dos factos enumerados no art. 1860.

Regressariamos, assim, ao tempo dos Portugueses de várias classes. Haveria filhos portugueses de 1.^a classe (os de matrimónio e os perfilhados); de 2.^a classe (os reconhecidos pela porta da «averiguação»); de 3.^a classe (os que começassem pela «investigação»); e, obviamente, de 4.^a classe ou da p... (os abandonados de quem não se conhecesse pai nem mãe).

8. A esta situação — bizarra, confusa e contraditória — veio pôr termo o Dec.-Lei 496/77 (em vigor desde ante-ontem, 1 de Abril de 1978) (2), lei nova em grande parte, mas lei inter-

(2) Esta alegação foi apresentada no S.T.J. em 3 de Abril de 1978.

pretativa quanto ao art. n.º 4 do art. 1848, hoje n.ºs 4 e 5 do art. 1865.

Na verdade, aos arts. 1845-2, 1848-4 e 1860 do Código de 1966 foi dada nova numeração, com ou sem alteração do texto, e passaram a constituir os arts. 1865-5, 1865-4 e 1871. Assim (sublinhados nossos):

Código de 1966, art. 1845-2:

- «2. Se o tribunal concluir pela existência de provas seguras da maternidade, que abonem a viabilidade da acção, ordenará a remessa ao processo do M.P. junto do tribunal competente, a fim de a acção ser proposta».

Art. 1865-5 (redacção do Dec.-Lei 496/77):

- «5. Se o tribunal concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do M.P. junto do tribunal competente, a fim de ser intentada a acção de investigação».

Código de 1966, art. 1848-4:

- «4. Se o presumido pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, observar-se-á, com as necessárias adaptações, o disposto no art. 1845; a *acção de investigação de paternidade ilegítima não está sujeita, neste caso, às limitações estabelecidas no art. 1860*»

Art. 1865-4 (redacção do Dec.-Lei 496/77):

- «4. Se o pretenso pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção de investigação de paternidade». (*Foi eliminada a frase que sublinhamos no art. 1848-4*).

Código de 1966, art. 1860:

- «A acção de investigação de paternidade ilegítima só é admitida nos seguintes casos: (...)»

Art. 1871-1 (redacção do Dec.-Lei 496/77):

- «1. A paternidade *presume-se*» (seguem-se quatro casos de presunção, que substituem os cinco casos do art. 1860).

9. Não se diga, porém, que o Dec.-Lei 496/77 veio estabelecer uma nova estrutura para a «averiguação oficiosa» ao eliminar a parte do art. 1848-4 que isentava a «investigação» das limitações estabelecidas pelo art. 1860.

Nada disso.

O Dec.-Lei 496/77 limitou-se a *rectificar um erro*, o qual consistia em

- no art. 1848, intitulado «*Averiguação oficiosa da paternidade presumida*»,
- se fazer referência, no seu n.º 4, a «*acção de investigação*»,
- por manifesto lapso, não só porque a disposição trata de «*averiguação*» e não de «*investigação*»,
- como porque, se se applicasse a isenção à «*investigação*» emergente de «*averiguação*» se criaria — como acima demonstramos — uma situação de injustiça que a lei não podia querer.

10. Na parte em que *rectifica* o erro do n.º 5 do art. 1848, o Dec.-Lei 496/77 constitui *lei interpretativa* (C.C., art. 13).

Segundo COLIN & CAPITANT (*Cours*, I, 9.ª ed., n.º 47), são leis interpretativas «aquelas por intermédio das quais o legislador se propõe determinar o sentido duvidoso, obscuro ou controverso de uma lei anterior».

No dizer de DE PAGE (*Traité*, I, 2.ª ed., n.ºs 211 e 232) as leis interpretativas «não constituem uma lei nova, porque não pretendem senão determinar o alcance de uma lei já em vigor, pelo que se applicam aos próprios litígios pendentes, não definitivamente julgados», ou seja, «formam corpo com as leis que interpretam e são, por isso, applicáveis a todas as situações anteriores não definitivamente liquidadas no momento da sua promulgação».

11. Quando a redacção dada pelo Dec.-Lei 496/77 ao n.º 4 do art. 1865 não fosse — mas é — lei interpretativa e devesse considerar-se lei nova, mesmo assim seria de applicar no caso dos autos por regular o estado das pessoas (C.C., art. 12-2). Como ensina DE PAGE (*Traité cit.*, n.º 232), «estas leis applicam-se imediatamente, mesmo no que respeita

às situações nascidas no âmbito da lei anterior», e dá como exemplo, entre outros, a lei francesa de 1912 sobre investigação de paternidade ilegítima, «que foi declarada aplicável mesmo aos investigantes nascidos antes da sua promulgação».

II

O douto acórdão em recurso

12. Baseando-se no erro do n.º 4 do art. 1848 (redacção primitiva), o douto acórdão recorrido (3) sublinha-o, indo até ao ponto de falar em «*investigação oficiosa*» (*sic*), como se a lei previsse dois tipos de investigação: a investigação propriamente dita e a oficiosa! Misturando «*averiguação*» e «*investigação*» (tanto que denomina aquela como «*investigação oficiosa*»!) conclui pela desnecessidade de, nesta (que não existe!), ser provado algum outro facto além da «*paternidade biológica*» (*sic*).

13. É manifesta a confusão da Veneranda Relação, na esteira de outra jurisprudência que também não atentou no absurdo de semelhante interpretação, assente na leitura literal do n.º 4 do art. 1848 desintegrando-o do esquema em que se insere. Isso não lhe permitiu ver, sequer, que o art. 1848 disciplina *unicamente* a matéria da «*averiguação*», e que a *palavra* «*investigação*» surge ali despropositadamente, por *manifesto lapso*.

A confusão é ainda melhor revelada se se lerem, sem intervalos, os seguintes trechos do douto acórdão que nele estão separados (sublinhados nossos):

«(...) Para a efectivação da 'averiguação' não impõe a lei quaisquer formalidades. O inquérito dirige-se à obtenção de todos os elementos que *indiciem*, seguramente, a paternidade e abonem a *viabilidade da acção* (...).

(...) É manifesto que esta *decisão sobre a viabilidade da acção*

(3) Acórdão da Relação de Lisboa de 10-1-1978.

tem *carácter meramente administrativo* e informatório de que há fundamentos sérios para que se *intente a acção* de investigação de paternidade ilegítima. *Não estabelece caso-julgado* nem é susceptível de recurso. (...)

(...) E para a prova da *paternidade que abone a viabilidade* da acção *não é necessária a de qualquer dos pressupostos de admissibilidade da acção* de investigação de paternidade ilegítima.

Até aqui não há reparos a fazer: para investigar acerca da *viabilidade* da acção de «*investigação*», a «*averiguação*» (ou *inquérito*, como também a denomina o douto acórdão) não tem de apurar mais do que a existência de *indícios*. Por isso o douto acórdão diz, e bem, que é uma decisão de *carácter meramente administrativo* e que *não constitui caso-julgado*.

É a seguir que o douto acórdão salta para o absurdo e para o erro quando, citando o n.º 4 do art. 1848 (redacção primitiva), escreve:

«Quer dizer que havendo o reconhecimento judicial de *investigação* de paternidade ilegítima de seguir, normalmente, *duas etapas distintas e sucessivas* — a *averiguação* dos seus *pressupostos* e a da *paternidade biológica* — no caso do n.º 4 do art. 1848, para a *investigação oficiosa (sic)* de paternidade ilegítima presumida bastará a *investigação da paternidade biológica*».

14. O douto acórdão errou, porque seguiu o erro do disposto no n.º 4 do art. 1848, disposição que expressamente cita. Tem essa desculpa...

Mas onde já não tem perdão, é quando, pretendendo fazer doutrina *certa* sobre base *errada*, conclui com este período que, salvo o devido respeito, é um desconchavo:

«O dispositivo legal dos arts. 1845 e 1848 do C.C. visam justamente a protecção mais pronta e eficaz dos filhos nascidos fora do casamento, libertando-os das discriminações de que eram objecto em relação aos havidos de justas núpcias, pelo que não existe qualquer oposição entre aqueles preceitos e o art. 36-4 da Constituição da República. *E todos são iguais perante a lei.*»

Declarar com direito a serem «iguais perante a lei» aqueles mesmos que o douto acórdão acabava de desigualar — só não é de «cabo de esquadra» porque é, com todo o respeito o dizemos, um deslize de desembargador da Relação...

Foi por não se ter dado conta do desacerto em que incorreu, que o douto acórdão se admirou da incompreensão revelada pelo advogado signatário (pelo advogado, pois, como se sabe, os «factos» são da parte, as «teses» são do advogado), na alegação que apreciava:

«*Não se compreende que perante a clareza do n.º 4 do art. 1848 supracitado, tanto se insista nas aliás douts alegações em que para o reconhecimento officioso (sic) da paternidade ilegítima seja necessário, além da exclusividade de relações sexuais da mãe do autor com o pretense pai, durante o período legal da concepção, a provada existência de algum dos pressupostos previstos no art. 1860, também já citado, salvo se se pretenda demonstrar que de jure condendo devesse aquele preceito ser redigido como nas referidas alegações se propugna.*»

15. Antes de mais: «reconhecimento officioso de paternidade ilegítima» é coisa que não há no Código; e o douto acórdão mostra bem o erro em que navega ao supor que há.

Mas foi «bruxo» o douto acórdão: *de jure condendo*, não como lei nova, sim como lei interpretativa, o legislador rectificou o erro. E foi pena que os Venerando Julgadores não tivessem lido com mais atenção o Dec.-Lei 496/77 (4), pois a sua leitura alertá-los-ia para a erradíssima interpretação que, baseados no lapso evidente da disposição do art. 1848-4, estavam a fazer confundindo a «averiguação» com a «investigação».

16. O Dec.-Lei 496/77 — interpretativo do n.º 4 do art. 1848, hoje os n.ºs 4 e 5 do art. 1865 — veio revelar de forma

(4) Leitura que o advogado signatário não podia ter feito porque redigiu a sua alegação para a Relação em Setembro 1977 e o Dec.-Lei foi publicado em Novembro seguinte (dois meses antes da elaboração do acórdão em recurso).

insofismável o erro da jurisprudência que isentava das limitações do art. 1860 — hoje art. 1871 — as acções de investigação propostas pelo M.P., como resulta bem claro do esquema do instituto do reconhecimento judicial da paternidade, que é o seguinte:

- Remessa ao Tribunal da certidão de registo, apenas com a maternidade estabelecida;
- Audiência, pelo Tribunal, do pretense pai:
 - se este confirmar a paternidade, será lavrado termo de perfilhação;
 - se negar, o Tribunal «averiguará da viabilidade da acção de investigação»;
- Convicção do Tribunal quanto a haver provas seguras da paternidade:
 - remessa do processo ao M.P. *para intentar acção de investigação.*

Esta *acção de investigação* que o M.P. proporá, *segue exactamente os mesmos termos* daquela que o investigador, ou quem o represente, poderá propôr. A diferença está apenas em que

- o M.P. parte de elementos obtidos pelo Tribunal de Menores, e é obrigado a propôr a acção,
- enquanto o investigador parte de elementos que ele próprio obteve, e cabe-lhe a decisão de propôr, ou não, a acção.

17. A prova de que a «*averiguação* officiosa» não é, como parece supôr o douto acórdão em recurso, «*uma investigação officiosa*», reside no facto de que, se o fosse, não seria necessário recorrer ao Tribunal comum para intentar a acção: tudo se passaria no âmbito da «*averiguação*» realizada no Tribunal de Menores, já que na pretensa «*investigação officiosa*» não haveria que apurar mais nenhum facto do que aquele que o art. 1865-4 e -5 (antes: 1845-2) determina se apure na «*averiguação*»: a paternidade biológica.

18. Assim, pois, o douto acórdão recorrido, ao decidir que não são de aplicar à «*investigação*» emergente da «*averiguação*»

oficiosa» as limitações do art. 1871 (antes: 1860), julgou mal, salvo o devido respeito, pois aquelas «limitações» — que constituíam «*pressupostos*» da acção e agora são declaradas «*presunções da paternidade*» — então e hoje têm de considerar-se como o *único meio de que o Tribunal dispõe* para, através da prova que desses «casos» se faça, formar convicção acerca da paternidade. E como a acção de investigação é de *um só tipo*, quer parta de uma «*averiguação oficiosa*», quer tenha origem na *vontade do investigador* — os meios para formar a convicção dos julgadores em caso nenhum poderiam ser diversos conforme a via pela qual a acção aportasse ao Tribunal.

III

O presente recurso de revista

19. O art. 722-2 do C.P.C. determina que «havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto, ou que fixe a força de determinado meio de prova», cabe recurso de revista do acordão que pratique a ofensa.

Ora o art. 1860 do C.C., na redacção em vigor na data da propositura da acção⁽⁵⁾, expressamente determinava que «a acção de investigação de paternidade ilegítima *só é admitida*» nos casos que a seguir enumera, um dos quais é ter havido sedução da mãe no período legal da concepção.

Na petição da acção, o digno representante do Ministério Público articula, além das relações sexuais de que resultou o nascimento guardando a autora fidelidade ao réu (arts. 10 a 14), factos que, provados, conduziriam à *sedução*: namoro (art. 4), que revestia aspecto sério (art. 5), com promessa de casamento (art. 6), intimidade entre a mãe do autor e o réu (art. 9).

(5) A acção foi proposta pelo M.P. em 19 de Outubro 1973.

Na nova redacção do art. 1860, que tomou o número 1871, os «casos» que constituíam condições de admissibilidade da acção foram elevados à dignidade de «presunções de paternidade», ilidíveis por «dúvidas sérias» sobre a paternidade do investigado.

Não podia, pois, decretar-se a paternidade judicial sem se ter feito a prova da existência de algum dos factos enumerados no antigo art. 1860 (actual art. 1871); e o facto «sedução» — que constitui as alíneas respectivamente *e*) e *d*) daqueles artigos — foi efectivamente *alegado na petição* através dos elementos que a constituem.

20. É certo que, ao reclamar do questionário que não continha quesitos relativos àqueles elementos da sedução, o ilustre advogado que então patrocinava o réu não pediu a inclusão desses elementos; mas isso deve-se à interpretação do n.º 4 do art. 1848, então generalizada (embora errada), de que na acção proposta pelo M.P. era bastante a prova da paternidade biológica, sem necessidade da prova de algum dos factos do art. 1860.

21. Demonstrado que nenhuma acção de investigação — nem a intentada pelo investigador, nem a intentada pelo M.P. — pode ser julgada procedente sem a prova de algum dos factos do art. 1860 (ou do actual art. 1871) — verifica-se que, na presente acção,

- a paternidade foi decretada *unicamente* com base na *procriação*,
- nenhuma prova tendo sido feita acerca dos factos enumerados naquelas disposições legais.

Estamos, assim, perante a hipótese prevista no n.º 2 do art. 722 do C.P.C.:

- ofensa de disposição expressa que exige, para o reconhecimento judicial da paternidade, a prova da existência de algum dos «casos» referidos no art. 1860 do C.C., além da prova (essa indirecta) da paternidade biológica.

É indiferente que o réu tenha, ou não, reclamado a inclusão no questionário dos elementos enformadores de algum desses «casos». A decisão que declara ser o réu, ora recorrente, pai do menor, sem se apoiar em algum dos factos referidos nos citados artigos, cometeu um *erro de direito*, porque *violou lei substantiva* e pode, por isso, fundamentar recurso de revista.

22. Como escreve JOSÉ ALBERTO DOS REIS, mestre processualista dos maiores:

«É certo que o § 2.º (hoje n.º 2) do art. 722 se refere a certa espécie de prova para a *existência* do acto ou facto, de onde poderia inferir-se que se tiveram em vista unicamente as formalidades substanciais. Não é este o pensamento da lei. Nenhuma razão haveria para coarctar o recurso de revista quando a Relação julgue feita a *prova* de qualquer acto ou facto jurídico sem se exhibir a espécie de documento que a lei exige». (C.P.C. anotado, VI, p. 30).

Foi o que aconteceu nos autos: a 1.ª instância, e depois a Relação, consideraram *provada a paternidade* sem ser através do *meio* que a lei exige. Aplicando a tese do ilustre Mestre: foi declarada a *existência* do facto da paternidade sem se ter feito a prova através dos elementos que a lei impõe. O exemplo apresentado pelo autor do Código sublinha o acerto da tese:

«Se, contra o disposto no art. 1590 C.C., a Relação dá como provado contrato de compra e venda de bens imobiliários de valor superior a 1 000\$, apesar de não estar junta ao processo escritura pública, é claro que esta decisão ofende o art. citado; a admissão do recurso de revista está dentro do princípio geral: *violação de lei substantiva*». (*Ibidem*, p. 31).

Se substituirmos «compra e venda» por «paternidade» e «escritura pública» por «casos do art. 1860» (hoje art. 1871), o exemplo vale para este processo; e fica bem evidenciado o fundamento do recurso de revista em apreciação.

IV

Conclusões

1.^a O reconhecimento da paternidade de filho gerado fora do casamento (antes classificada de «ilegítima») pode efectuar-se por dois meios:

- perfilhação pelo pai (C.C., art. 1825; art. 1847 na red. Dec.-Lei 496/77);
- reconhecimento judicial em acção de investigação (disposições cits.).

2.^a A acção de investigação é, no nosso ordenamento, de um só tipo, quer seja proposta pelo investigador ou por quem o represente, quer o seja pelo Ministério Público no caso previsto no C.C., art. 1848-4 (e art. 1845-2); art. 1865-4 na red. Dec.-Lei 496/77.

3.^a O acesso à acção de investigação faz-se:

- directamente, se é o investigador (ou quem o represente) a propô-la;
- indirectamente, ou seja mediante prévia averiguação da sua viabilidade pelo Tribunal de Menores, se é o M.P. a propô-la no caso acima citado.

4.^a A «averiguação oficiosa» da viabilidade da acção, introduzida no nosso direito pelo art. 1848 do C.C., *não é* uma «acção de investigação» *de novo tipo*, mas simples «inquérito» destinado *tão-somente* a apurar elementos que levem o Tribunal de Menores à convicção de a «investigação» ser viável.

5.^a Tal «averiguação» está, relativamente à «investigação», como em direito penal a «*pronúncia*» está para o «*juízo*».

6.^a A «averiguação» limita-se a apurar «indícios», e por isso o art. 1848-4 a não sujeitou às limitações do art. 1860, ambos do C.C. na redacção primitiva.

7.^a À «averiguação» cabem duas funções:

- a) obter do presumido pai a confirmação da paternidade caso em que será lavrado termo de *perfilhação* (art. 1848-3 e nova redacção, art. 1865-3);
- b) obter, quando o presumido pai negue a paternidade, elementos que convençam da viabilidade da *acção*, que será, nesse caso, proposta pelo M.P. (art. 1848-4 e nova redacção, art. 1865-5).

8.^a A *perfilhação* conseguida nos termos indicados em a), era denominada — numa terminologia errada e que se prestava a confusões — «*reconhecimento officioso*» (art. 1825). Porém,

9.^a Na redacção dada pelo Dec.-Lei 496/77 (lei interpretativa) àquele art. 1825, que passou a ter o número 1847, desapareceu a expressão «reconhecimento officioso» para denominar a *perfilhação* feita pelo pai no âmbito da «averiguação», e determina-se que o reconhecimento do filho nascido fora do matrimónio se efectua:

- a) por *perfilhação*, que pode ser por iniciativa do pai (art. 1827 e art. 1849, nova redacção), ou por termo no âmbito da «averiguação officiosa», se o pretense pai confirmar a paternidade (art. 1848-3 e art. 1865-3 na nova redacção);
- b) por *decisão judicial* em acção de investigação (art. 1848-4 e art. 1865-5).

10.^a A *decisão judicial* só se obtém em «acção de investigação», e esta pode ser intentada:

- a) pelo M.P., depois de determinada pelo Tribunal de Menores, em inquérito prévio denominado «averiguação officiosa», a sua viabilidade (arts. 1845 e 1848-4; e art. 1865-5 na nova redacção);
- b) pelo investigador ou por quem o represente, não se verificando, ncssa hipótese, a «averiguação officiosa», pelo que é directamente intentada a acção.

11.^a A «*acção de investigação*» é de *um só tipo*, não havendo, por isso, o *género* «investigação» e as *espécies* «investigação intentada pelo M.P.» e «investigação intentada pelo investigador».

12.^a A tese da existência das duas espécies de investigação surgiu do *lapso de escrita*, ou *erro*, constante do art. 1848-4, onde se lê:

«; a *acção de investigação* (sic) de paternidade ilegítima não está sujeita, neste caso (caso de ser proposta pelo M.P. no seguimento da averiguação oficiosa), às limitações estabelecidas no art. 1860».

13.^a É evidente que onde se lê «*acção de investigação*» o legislador quiz dizer «*averiguação oficiosa*», não só por o esquema do instituto não admitir decretamento judicial de paternidade baseada unicamente na paternidade biológica (cientificamente inatingível por prova directa), como porque o art. 1848 se intitula «Averiguação oficiosa» e regula exclusivamente esta figura.

14.^a Tal erro, ou lapso de escrita, foi rectificado pelo Dec.-Lei 496/77, interpretativo daquela norma, que eliminou o passo que isentava a acção das limitações do art. 1860.

15.^a Como interpretativa que é, a redacção dada ao n.º 4 do art. 1848 não constitui lei nova, pois pretende apenas determinar o alcance, o sentido exacto de uma lei já em vigor. Por isso,

16.^a A redacção actual é aplicável aos litígios pendentes que não estejam definitivamente julgados, como é o caso dos autos (C.C., art. 13).

17.^a Quando se entenda que o Dec.-Lei 496/77 constitui lei nova, mesmo assim é de aplicação imediata por regular o estado das pessoas (C.C., art. 12-2, 2.^a parte). Ora,

18.^a A acção de investigação de paternidade — quer a proposta pelo M.P. depois da «averiguação» da viabilidade, quer a directamente proposta pelo investigador:

- só pode ser proposta se a maternidade já estiver legalmente reconhecida (art. 1859; art. 1869 na nova redacção),
- e só é admitida em certos casos (art. 1860) que constituem simples presunções de facto (art. 1866), ou presunções ilidíveis de paternidade (art. 1871 na nova redacção).

19.^a A decisão judicial que decreta a paternidade tem, sob pena de nulidade, de averiguar, cumulativamente, a existência de algum dos «casos» do art. 1860 (ou 1871, nova redacção) e a de factos que levem, ou não, a pôr em dúvida a paternidade do investigado.

20.^a O douto acordão em recurso expressamente declara que na acção de investigação de paternidade proposta pelo M.P. é suficiente, para decretar a paternidade, a prova das relações sexuais da mãe do autor com o pretenso pai, em exclusividade. Ora,

21.^a Tal asserção constitui um erro clamoroso, pois sendo cientificamente impossível determinar qual o espermatozoide que fecundou o óvulo, só pode atingir-se o facto «geração» por meios indirectos, exactamente através da prova dos «casos» a que a lei dá o valor de «presunções».

22.^a O douto acordão em recurso, confirmando a sentença que decretou a paternidade com base unjicamente na procriação, violou a lei substantiva que exige, para tal decisão, ao lado da prova das relações sexuais e da fidelidade da mulher, a prova de algum dos «casos» referidos do art. 1860, art. 1871 na redacção actual.

23.^a Como tal, deve ser anulada a decisão recorrida e ordenado que seja proferido acórdão que:

- revogue a sentença de 1.^a instância e, em consequência,
- anule o processado desde o questionário, inclusive, por ser indispensável a formulação de quesitos relativos a algum dos «casos» dos arts. 1860 e 1871 na nova redacção, acerca de um dos quais — a «sedução» — foram articulados, na petição, factos que, se provados, a enformam,
- e mande repetir o julgamento depois de introduzidos os novos quesitos.

O ADVOGADO,
Fernando de Abranches-Ferrão

II

Acórdão do S.T.J., de 13-VII-1978

O M.P. propôs, em 19 Outubro 1973, uma acção de investigação de paternidade ilegítima, subsequente a averiguação oficiosa da paternidade presumida, contra João, para o efeito de o menor Abel, nascido em 21 Outubro 1971 e filho de Maria ser reconhecido como seu filho ilegítimo, acção que veio a ser julgada procedente por sentença que, em recurso do R., a Relação confirmou, pelo que agora recorre do respectivo acórdão para este Supremo Tribunal.

Propugna, em resumo, a seguinte tese: Embora o n.º 4 do art. 1848 do C.C. dispusesse que a «acção de investigação de paternidade ilegítima» não estava sujeita nesse caso às limitações estabelecidas no art. 1860, aquela designação resultava de erro ou lapso de escrita, querendo dizer-se «averiguação oficiosa», pelo que a «acção» propriamente dita proposta pelo M.P. só era admissível, como quaisquer outras, nos casos daquele art. 1860 Isso mesmo promanaria da nova redacção do preceito equivalente do art. 1865, n.º 5, dada pelo Dec.-Lei 496/77, de 25 Nov., que constitui lei interpretativa, mas, mesmo que fosse lei nova, seria aplicável imediatamente, por força da 2.ª parte do n.º 2 do art. 12 do citado Código.

E pede, em conclusão, que se «revogue a sentença de 1.ª instância e, em consequência, anule o processado desde o questionário, inclusive, por ser indispensável a formulação de quesitos relativos a algum dos «casos» dos arts. 1860 e 1871 na nova redacção, acerca de um dos quais — a «sedução» — foram articulados, na petição, factos que, se provados, a enforçam, e mande repetir o julgamento depois de introduzidos os novos quesitos.»

Contra-alegando, o M.P. manifesta-se no sentido da confirmação do decidido e, por entender que o recorrente deduz pretensão cuja falta de fundamento não ignorava, por ser evidente a letra e sentido da lei, e ele mesmo a ter interpretado em sentido oposto ao que agora propugna, tanto na contes-

tação como numa alegação de recurso anteriormente interposto, pede a sua condenação em multa como litigante de má fé, nos termos dos arts. 456, n.ºs 1 e 2, do C.P.C. e art. 208, al. a), do C. Custas.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

Na especificação ficou assente que o menor Abel nasceu em 21 Outubro 1971, sendo filho ilegítimo de Maria.

E, em resposta ao questionário, o Tribunal Colectivo deu como provado que, em Setembro de 1970, o R. e a mãe do menor iniciaram relações sexuais um com o outro, passando desde então a mantê-las periodicamente, sempre que as circunstâncias o permitiam, até ao mês de Abril 1971 inclusive, e que, nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do mesmo menor, sua mãe não manteve relações sexuais com outro homem.

Perante estes factos, julgaram as instâncias provada a filiação investigada, por resultar da exclusividade das relações sexuais da mãe do menor com o R., no período legal da concepção — conclusão de facto, incensurável por este Supremo Tribunal —, e daí deduziram a procedência da acção, por esta não estar condicionada à verificação de qualquer dos pressupostos do art. 186o, conforme a parte final do n.º 4 do art. 1848, do C.C.

Contra isto se insurge o recorrente, imputando ao legislador um «lapso de escrita» ou «erro» que, neste último preceito, o teria levado a escrever «acção de investigação de paternidade ilegítima» em vez de «averiguação oficiosa»...

Mas é de todo infundada esta pretensão.

A lei é clara e inequívoca ao falar na «acção». Seria, aliás, perfeitamente absurdo limitar o âmbito da «averiguação» à simples paternidade biológica, para averiguar da «viabilidade da acção», se esta estivesse sujeita ainda às condições de admissibilidade do art. 186o. E o legislador, na apresentação do projecto do novo Código Civil, esclareceu e justificou adequadamente a solução legal de admitir a investigação oficiosa da paternidade sem obediência a quaisquer pressupostos, pela circunstância de ela dever ser proposta numa época em que se torna mais fácil, pela proximidade dos fac-

tos, apurar a paternidade não confirmada (cfr. *Bol. Min. Just.*, 156, p. 44). Por isso tem sido uniforme a jurisprudência deste Supremo Tribunal nesse sentido (*v.g.* nos acs. de 30-3-1971, 16-4-1971, 1-6-1971, 31-10-1972 e 1-2-1974, no cit. *Bol.* 205, p. 229, 206, p. 89, 208, p. 155, 220, p. 182 e 234, p. 246, e ainda agora no de 21-2-1978, *Bol.* 274, p. 269).

Nem tem melhor fundamento a invocação pelo recorrente do regime introduzido pelo Dec.-Lei 496/77, de 25 Nov.

Esse diploma não é aplicável à presente acção, por disposição expressa do seu art. 177. Mas, ainda que o fosse, o facto de se ter excluído no n.º 5 do novo art. 1865 a menção da parte final do n.º 4 do antigo art. 1848 não teria o significado de se querer sujeitar a acção de investigação a quaisquer limitações, uma vez que estas desapareceram no sistema adoptado por aquele Dec.-Lei, podendo hoje provar-se em qualquer caso a paternidade do investigado (e é o que explica, evidentemente, aquela omissão).

Tanto basta para demonstrar a inanidade da tese em que o recorrente alicerçou o seu recurso — ao arrepio, aliás, da opinião que ele próprio já havia sustentado nos autos de que, nesta investigação oficiosa, se dispensavam os pressupostos (fls. 12) (6) e só era preciso provar a existência e exclusividade das relações sexuais no período da concepção (fls. 60) (7).

A incongruência destas atitudes, de par com a sustentação de um ponto de vista contra a evidência da própria letra da lei e do correcto sentido nela vertido pelo legislador, levou o M.P. à consideração de que o recorrente agiu de má-fé, deduzindo pretensão cuja falta de fundamento não ignorava, num recurso interposto para protelar a eficácia da acção da justiça, retardando infundadamente o estabelecimento da paternidade.

E, de facto, sustentando agora, sem qualquer justificação dessa mudança de atitude, uma opinião diametralmente oposta à que no processo já expusera (8) contrária a uma disposição

(6) É a contestação assinada pelo primeiro advogado do réu.

(7) É a alegação do segundo advogado do réu.

(8) Não é demais lembrar que as teses anteriormente defendidas na

expressa da lei, a que, sem qualquer razão séria, pretende atribuir um sentido discordante do que dela consta, tem de entender-se que deduziu conscientemente uma pretensão infundamentada, neste recurso de efeito suspensivo, com o fim de protelar indevidamente o reconhecimento da filiação investigada, incorrendo portanto no disposto no art. 456 do C.P.C.

Assim, negam a revista e condenam o recorrente nas custas e, como litigante de má fé, na multa de 3 000\$00 (três mil escudos).

Lisboa, 13 de Julho de 1978. — *Abel de Campos; Costa Soares; Alberto Alves Pinto.*

III

Recurso para Tribunal Pleno

João (...), no recurso acima identificado, notificado do douto acórdão de 13-7-1978,

- vem recorrer dele para o Tribunal Pleno, nos termos do disposto nos arts. 763 ss. do C.P.C., por se encontrar em oposição, relativamente à mesma questão fundamental de direito e no domínio da mesma legislação, com o ac. S.T.J. de 28-10-1975,
- pelos fundamentos e para os fins seguintes.

I. O art. 456 do C.P.C. define litigância de má-fé como aquela em que

- se deduzir pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não se ignorava;
- se tiver conscientemente alterado a verdade dos factos ou omitido factos essenciais;

acção, não o foram pelo advogado signatário das alegações para a Relação e para o Supremo, mas sim pelos advogados que o precederam no patrocínio.

— se tiver feito do processo um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, de entorpecer a acção da justiça ou de impedir a descoberta da verdade.

2. O acórdão do S.T.J. de 28-10-1975 (*B.M.J.*, 250, p. 156) decidiu:

«O nosso legislador considerou como requisito essencial da má-fé o dolo, afastando-se, assim, de outros sistemas jurídicos que punem, por essa forma, a culpa grave no pleito e a lide temerária.

A discordância na interpretação da lei, e na sua aplicação aos factos, é faculdade que não pode ser coarctada aos litigantes em nome de uma certeza jurídica que seria, na maior parte dos casos, uma falaz ilusão».

3. No acórdão de 13-7-1978, nos autos, decidiu-se:

— É «de todo infundada» a pretensão do autor de a procedência da acção «estar condicionada à verificação de qualquer dos pressupostos do art. 1860, conforme a parte final do n.º 4 do art. 1848 do C.C.»;

— «Não tem melhor fundamento a invocação pelo recorrente do regime introduzido pelo Dec.-Lei 496/77, de 25 Nov.»;

— «Este diploma (o Dec.-Lei 496/77) não é aplicável à presente acção, por disposição expressa do seu art. 177»;

— «Mas ainda que o fosse, o facto de se ter excluído no n.º 5 do novo art. 1865 a menção da parte final do n.º 4 do antigo art. 1848, não teria o significado» que na alegação do recorrente se lhe atribuiu;

— «(...) inaniidade da tese do recorrente (...) ao arrepio, aliás, da opinião que ele próprio havia sustentado nos autos (...) a fls. 12 (...) e a fls. 60»;

— «(...) sustentando agora, sem qualquer justificação dessa mudança de atitude, uma opinião diametralmente oposta à que no processo já expressara, contrária a uma disposição expressa da lei, a que, sem qualquer razão séria (*sic*) pretende atribuir um sentido discordante do que dela consta, tem de entender-se que

— deduziu conscientemente uma pretensão infundamentada (...)

- com o fim de protelar indevidamente o reconhecimento da filiação investigada,
- incorrendo, portanto, no disposto no art. 456 do C.P.C.»

4. Tal decisão enferma de vários erros, que tornam evidente não ter sido lida com toda a atenção a alegação do recorrente; e esquece que, no processo, a parte fornece os factos e o advogado fornece as teses, pelo que responsabilizar aquele pelas teses deste (se desenvolvidas com má-fé), é um acto de injustiça que um Tribunal deve evitar cometer.

É erro — salvo o devido respeito — atribuir ao advogado signatário *teses que ele não defendeu*, mas foram defendidas pelos anteriores patronos do recorrente: o Dr. M., seu primeiro patrono, a fls. 12 e ss., e o Dr. V., seu segundo patrono, a fls. 59 ss.

É erro — salvo, sempre, o devido respeito — dizer-se que o advogado signatário sustentou, *sem qualquer justificação*, na alegação em causa, tese contrária à apresentada a fls. 12 e 60, pois o autor da alegação largamente justifica a tese que defende, e que assenta no Dec.-Lei 496/77, *dec.-lei que não existia* (como na alegação expressamente se refere) nem quando foi elaborada a contestação, nem quando o foram as restantes peças assinadas pelos anteriores advogados do recorrente.

É erro — salvo, evidentemente, o devido respeito — dizer-se que o Dec.-Lei 496/77 não é aplicável à presente acção, quando é geralmente sabido que a *lei interpretativa* — e o advogado signatário julga ter demonstrado que o dec.-lei é interpretativo — *tem efeito retroactivo*.

5. Seja como for, o acordão em causa condenou o recorrente como litigante de má-fé por ter deduzido «*pretensão infundamentada*», expressão que tem de interpretar-se (assim resulta dos fundamentos citados) como significando ter-se na alegação sustentado uma opinião «*contrária a uma disposição expressa da lei*», a que se «*pretende atribuir um sentido discordante do que dela consta*».

Estamos, assim, perante uma *punição* por se ter «*discordado na interpretação da lei*».

Ora, a discordância na interpretação da lei *não pode ser coarctada aos litigantes*, como decidiu o ac. S.T.J. de 28-10-1975, acima citado, com o qual o acórdão de 13-7-1978, nos autos, está, por isso, *em contradição*.

6. Em conclusão:

- a. Os acórdãos do S.T.J. de 13-7-1978, ora em recurso, e de 28-10-1975 dão à definição da litigância de má-fé soluções opostas, pois
 - o ac. de 13-7-1978 pune a discordância na interpretação da lei,
 - e o ac. de 28-10-1975 considera que essa discordância é legítima e não pode ser coarctada aos litigantes.
- b. Ambos os acórdãos foram proferidos no domínio da mesma legislação (C.P.C., art. 456, disposição que não sofreu alteração desde que o Código foi promulgado em 1961).
- c. O acórdão de 28-10-1975 transitou em julgado, e foi proferido em processo diferente.

Pelo exposto

- deve ser proferido acórdão reconhecendo a existência da oposição, seguindo-se os demais termos.

O AVOGADO,
Fernando de Abranches-Ferrão

IV

Alegação para Tribunal Pleno

I

Confusão entre «averiguação» e «acção»

Em 1973 foi proposta pelo Ministério Público contra o ora recorrente acção de investigação de paternidade ilegítima, que foi precedida de averiguação oficiosa de paternidade presumida.

Criara-se, no espírito dos advogados e dos juízes, uma certa confusão acerca da natureza da «averiguação oficiosa», que era tida, erradamente, como uma investigação de nova espécie, para a qual se exigiam menos condições de procedência do que para a investigação intentada pelo próprio investigador.

Assim é que o ilustre advogado Dr. M., que então patrocinava o ora recorrente,

intitulou a contestação «Contestando a *acção oficiosa de investigação de paternidade ilegítima*».

Assim é que, também, ao reclamar contra o questionário

não pediu a inclusão dos factos alegados nos arts. 4.º, 5.º e 6.º da petição (namoro sério e promessa de casamento), por, ao tempo, ser entendimento geral que para as acções de investigação propostas pelo M.P. era bastante a prova da filiação biológica.

Assim é que, igualmente, na alegação do recurso que interpôs do despacho que indeferiu a sua reclamação, o ilustre advogado Dr. V., que substituíra o anterior patrono por este se haver ausentado, escreveu:

«A acção em apreço é uma acção de investigação de paternidade ilegítima, *Investigação oficiosa*, sublinhe-se».

Assim é que, ainda, no acórdão da Relação de 8-1-1975 expressamente se diz:

«(...) há que começar por partir desta verdade legal: a *acção de investigação de paternidade ilegítima* de que se trata, porque de *averiguação oficiosa de paternidade presumida*, não está sujeita às limitações (pressupostos) estabelecidas no art. 186o do C.C.» (*sublinhados nossos*).

E prossegue:

«Por isso (...) só interessa averiguar se o réu manteve relações sexuais com a mãe do menor autor no período da concepção deste e se ela só com ele as manteve no mesmo período, procurando-se, por isso, *unicamente averiguar a paternidade biológica*» (sublinhado nosso).

Assim é que, por último, a sentença de 23-4-1977 igualmente declara:

«Esta acção foi proposta ao abrigo dos arts. 1848 e 1845 do C.C., pelo que *não está sujeita às limitações* do art. 186o, isto é, à verificação de quaisquer pressupostos. *A sua procedência* apenas depende de se obter prova da *paternidade biológica*» (sublinhados nossos).

II

Tese do advogado signatário antes do Dec.-Lei 496/77

Quando o advogado signatário, que sucedera no patrocínio do ora recorrente a dois ilustres colegas, apresentou, em Outubro 1977, a sua alegação para a Relação no recurso que interpusera da sentença que julgou a acção precedente, não fora ainda promulgado o Dec.-Lei 496/77, que só o foi um mês depois, em 25 Nov. 1977.

No entanto — e embora não dispusesse do elemento esclarecedor que é aquele Dec.-Lei 496/77 — tentou o advogado signatário sair da confusão que se verificava entre «investigação oficiosa» e «acção de investigação»; e, utilizando

apenas o articulado de então do Código Civil, concluiu deste modo:

1.^a A filiação biológica, quando não acrescida de algum dos «casos» do art. 1860 do C.C., não permite a declaração de paternidade; como a não permite, também, a prova de um desses «casos» desacompanhada da sua paternidade biológica;

2.^a A averiguação oficiosa da paternidade — C.C., arts. 1848 ss. — não foge a esta regra, pois só quanto à propositura da acção está isenta das limitações estabelecidas no art. 1860 para a «admissão» da acção; isto porque,

3.^a O decretamento da «viabilidade» pelo Tribunal de Menores constitui uma nova condição de admissão;

4.^a Não se verifica, no caso dos autos, a existência de «provas seguras» que «abonem a viabilidade da acção», pelo que a propositura da presente acção falseou a função que ao Tribunal de Menores foi atribuída pelos arts. 1845-2 e 1848-4 do C.C.;

5.^a A «viabilidade da acção» deve resultar da verificação *cumulativa* de *indícios* de relações sexuais entre a mãe do investigador e o pretenso pai, de *indícios* de fidelidade da mulher durante o período da concepção, e de *indícios* de algum dos pressupostos enumerados no art. 1860 — ou, para alguns, mas erradamente, apenas dos dois primeiros indícios.

6.^a Para o *reconhecimento judicial* da paternidade, porém, exige-se a prova da existência de *relações sexuais* entre a mãe do investigador e o pretenso pai e, *também*, a prova da existência de *alguma das situações* previstas no art. 1860 do C.C.; isto porque

7.^a Uma coisa é a *viabilidade*, simples condição para propositura da acção; outra a *paternidade*, cujas sequelas no campo judicial e jurídico exigem, para o seu reconhecimento judicial, uma margem de segurança que a torne muito próxima da certeza;

8.^a A investigação oficiosa e a não-oficiosa prosseguem o mesmo fim: atribuir a alguém a paternidade de outrém; pelo que,

9.^a Se há razões para facilitar a *propositura* de certas acções de investigação (as oficiosas) em relação a outras (as não-oficiosas), seria imoral, aberrante no plano jurídico e, até, inconstitucional (Constituição, art. 36-4) que fosse quanto àquelas facilitada a *declaração de paternidade*;

10.^a A entender-se deste modo, haveria filhos como tal declarados com metade da prova (os das investigações

oficiosas) da que seria exigida para outros (os das investigações não-oficiosas);

13.^a Por outro lado, o questionário refere unicamente factos relativos às relações sexuais do apelante com a mãe do menor e ao comportamento desta, faltando qualquer referência ao elemento «sedução», alegado na petição inicial e cuja apreciação é indispensável para boa decisão da causa (C.P.C., art. 650-2-f));

14.^a Ainda que se entenda — o que é juridicamente aberrante, imoral e inconstitucional (Constituição, arts. 36-4) — que na averiguação oficiosa de paternidade basta a prova das relações sexuais e da fidelidade da mulher, nesse caso haveria que exigir uma prova fortíssima que correspondesse à certeza da paternidade biológica.

O acordão da Relação de 10 Janeiro 1978, apesar da promulgação do Dec.-Lei 496/77, interpretativo do art. 1848-4 do C.C. (que passou a 1865-4), ainda se mantem dentro do clima da confusão estabelecida entre a «averiguação oficiosa» e a «acção de investigação», pois escreve:

«E para a prova da paternidade que abone a *viabilidade* da acção *não é necessária a de qualquer dos pressupostos de admissibilidade da acção* de investigação de paternidade ilegítima. A parte final do n.º 4 do art. 1848 do texto citado diz expressamente que «in casu» a acção de investigação de paternidade ilegítima não está sujeita às limitações estabelecidas pelo art. 1860.

Quer dizer que havendo o reconhecimento judicial de investigação de paternidade ilegítima de seguir, normalmente, duas etapas distintas e sucessivas — a da averiguação dos seus pressupostos e a da paternidade biológica — no caso do n.º 4 do art. 1848, *para a investigação oficiosa* de paternidade ilegítima presumida bastará a investigação da *paternidade biológica*. Bastará, pois e apenas, que se indície, com a necessária segurança, que a mãe do investigador manteve relações sexuais com o investigado no período legal da concepção e a fidelidade da mulher ao homem, nesse período». (Sublinhados nossos).

E a seguir, comentando a alegação apresentada pelo advogado signatário:

«*Não se compreende* que perante a *clareza do n.º 4 do art. 1848* supracitado, *tanto se insista* nas aliás doutas alega-

ções em que para o reconhecimento officioso (sic) da paternidade ilegítima seja necessário, além da exclusividade de relações exuais da mãe do autor com o pretense pai, durante o período legal da concepção, a provada existência de algum dos pressupostos previstos no art. 1860, também já citado, salvo se se pretenda demonstrar que «de jure condendo» devesse aquele preceito ser redigido como nas referidas alegações se propugna».

(...) Face ao art. 1848 n.º 4 seria impertinente e descabido formular quesitos sobre o namoro e promessas de casamento articulados na petição inicial, como, acima, se espera ter demonstrado». (Sublinhados nossos).

III

Tese do advogado signatário depois do Dec.-Lei 496/77

Na alegação para este Venerando Supremo Tribunal apresentada no recurso interposto daquele acórdão da Relação, o advogado signatário, em situação diferente daquela em que elaborara a alegação para a Relação — pois o Dec.-Lei 496/77 viera, entretanto, interpretar o art. 1848-4 (agora 1865-4) no sentido que nela defendera — poude fundamentar com total segurança (a segurança que lhe advinha de lei entretanto promulgada) a tese que apresentara na alegação para a Relação.

No acórdão do Supremo que nega provimento ao recurso e mantém a decisão da Relação, não se apreciou a argumentação com que o advogado signatário defendeu largamente a sua tese. E sem a ter destruído — o que só poderia acontecer se a tivesse discutido opondo-lhe argumentos mais valiosos — o acórdão termina:

«Tanto basta para demonstrar a inanidade da tese em que o recorrente alicerçou o seu recurso — ao arrepio, aliás, da opinião que ele próprio já havia sustentado nos autos de que, nesta investigação officiosa, se dispensavam os pressupostos (fls. 12) e só era preciso provar a existência e exclusividade das relações sexuais no período da concepção (fls. 60)».

«A incongruência destas atitudes, de par com a sustenta-

ção dum ponto de vista contra a evidência da própria letra da lei e do correcto sentido nela vertido pelo legislador (...).

«E (...) sustentando agora, sem qualquer justificação dessa mudança de attitude, uma opinião diametralmente oposta à que no processo já expusera (...) sem qualquer razão séria pretende attribuir» (a uma disposição expressa da lei) «um sentido discordante do que dela consta (...)»

IV

Queixas do advogado signatário pelo insulto recebido

É bem sabido que os *factos* pertencem às partes e as *teses* são construídas pelos advogados sobre os factos fornecidos pelas partes.

No acordão não se diz que os factos são falsos, caso em que seria a parte que teria agido de má-fé: diz-se que são falsas as teses, o que situa directamente no advogado signatário a accusação de má-fé.

Apetece ao advogado signatário perguntar se poderão considerar-se de boa-fé um representante do Ministério Público e um juiz do Supremo que, *sem lerem com a devida attenção* o que está escrito na alegação, se atrevem a insultar com o qualificativo de «advogado agindo de má-fé» um advogado que, em 70 anos de vida e perto de 50 de exercício da profissão, sempre pisou o caminho da honra e da dignidade, manteve bem alto o nome que herdou de seu Pai, e tem uma vida sem telhados de vidro (o que lhe permite atirar tranquilamente pedras aos dos vizinhos, sempre que isso vem a propósito).

Nos seus quase 50 anos de profissão, o advogado signatário não mudou nunca de direcção. Isso lhe valeu alguns aborrecimentos, é certo; mas deu-lhe a grandíssima consolação de se ver respeitado mesmo pelos adversários, que viam nele alguém cuja inteireza o impedia de pactuar com eles, mesmo quando dessa pactuação lhe pudessem advir vantagens materiais. Esteve como que «saneado» no regime derrubado pelo «25 Abril», e «saneado» se manteria enquanto tal regime

durasse; e depois do «25 Abril» recusou todo o cargo de que lhe pudessem resultar benefícios.

Para acusar de ter agido com «má-fé» alguém da estatura moral do advogado signatário, é necessário estar-se bem certo de que os actos por ele praticados não podem ter outra explicação. No caso concreto, a acusação é leviana, porque assenta numa errada interpretação do que se escreveu na alegação, e numa leitura incompleta e distraída, o que levou a tomarem-se como exactos factos que o não são.

É a segunda vez que o advogado signatário tem razões para se sentir ofendido com atitudes assumidas por um Magistrado. A outra ocorreu num julgamento realizado no Tribunal Plenário do Porto em 1957, no qual o advogado signatário defendia os réus e um magistrado do Ministério Público os acusava. No final do julgamento o advogado signatário cortou com ele relações. Verifica, agora, que fez mal em o ter esquecido.

As afirmações do acórdão atrás transcritas são, no que se refere aos factos, *falsas*. Assim:

- O advogado signatário *não defendeu* no processo teses diversas da que defende no acórdão para o Supremo, pois as teses diversas citadas no acórdão foram apresentadas:
 - a de fls. 12, pelo Dr. M.
 - a de fls. 59, pelo Dr. V.
- A tese defendida na alegação baseia-se no Dec.-Lei 496/77,
 - *dec.-lei que não existia* nem quando foi elaborada, pelos anteriores patronos do recorrente, a contestação de fls. 10-14, nem a alegação de fls. 59-63.

As afirmações do acórdão no campo jurídico são lamentavelmente *erradas*. Assim:

- dizer que o Dec.-Lei 496/77 não é aplicável à presente acção, só seria exacto se não se tratasse de *lei interpretativa* — e é-o, como largamente se defendeu na alegação, e o acórdão não demonstrou o contrário — pelo que tem *efeito retroactivo*;

— dizer que o facto de se ter excluído do n.º 5 do novo art. 1865 a menção da parte final do n.º 4 do antigo art. 1848, não teria o significado que na alegação do recorrente se lhe atribui, é afirmação sem qualquer valor se não for devidamente demonstrada, e não o foi.

Mas tudo isto são meras queixas de um advogado que, insultado por um representante do Ministério Público e por um Juiz-Conselheiro, não tem outro campo, senão o próprio processo, para se lavar da afronta.

Vamos, pois, ao que importa.

V

A má-fé e a consciência de ter razão

O acórdão de 28-10-1975 (*B.M.J.*, 250, p. 156), decidiu que o dolo é requisito essencial da má-fé, e que a discordância na interpretação da lei é uma faculdade dos litigantes:

«O nosso legislador considerou como requisito essencial da má-fé o dolo, afastando-se, assim, de outros sistemas jurídicos que punem, por essa forma, a culpa grave no pleito e a lide temerária.

A discordância na interpretação da lei, e na sua aplicação aos factos, é faculdade que não pode ser coarctada aos litigantes em nome de uma certeza jurídica que seria, na maior parte dos casos, uma falaz ilusão»

O acórdão de 13-7-1978 entendeu que a discordância na interpretação na lei não é consentida às partes:

«É de todo infundada» a pretensão do autor de a procedência da acção «estar condicionada à verificação de qualquer dos pressupostos do art. 1860, conforme a parte final do n.º 4 do art. 1848 do C.C.»;

«Não tem melhor fundamento a invocação pelo recorrente do regime introduzido pelo Dec.-Lei 496/77, de 25 Nov.»;

«Este diploma (o Dec.-Lei 496/77) não é aplicável à presente acção, por disposição expressa do seu art. 177»;

«Mas ainda que o fosse, o facto de se ter excluído no n.º 5 do novo art. 1865 a menção da parte final do n.º 4 do antigo art. 1848, não teria o significado» que na alegação do recorrente se lhe atribuiu.»

Recentemente o Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão de 17-3-1978 relatado pelo ilustre Juiz-Conselheiro JOÃO ALCIDES DE ALMEIDA (*B.M.J.*, 277, p. 213, sum.) decidiu:

«Na base da litigância de má-fé está o requisito essencial da 'consciência de não ter razão', não bastando, portanto, a existência de culpa grave ou erro grosseiro».

O advogado signatário, na alegação em causa, ao dar ao art. 1865-4 do C.C. (antigo art. 1848-4) a interpretação que lhe deu, demonstrou *consciência de ter razão*. Tanto que *não hesitou em dar publicidade à alegação*, fazendo-a ciclostilar e distribuindo-a por todos os Juízes e por grande parte dos Advogados.

A tese não é errada, e alguns advogados assim a consideraram também, como o provam as cartas que o signatário recebeu de alguns seus Colegas. Mas errada que seja, não está proibido ver erradamente um problema nem defender uma teoria que não seja aceite unanimemente como boa. Assim o decidiu o acórdão do S.T.J. de 28-10-1975, citado em oposição ao de 13-7-1978 proferido nos presentes autos, e o do S.T.A. de 17-3-1978.

Nunca há má-fé se o erro — quando erro houver — fôr cometido de *boa-fé*, isto é, com a *consciência de se estar a agir sem erro*.

E ao interpretar como o fez, o advogado signatário fê-lo com plena convicção — que mantém — de a sua interpretação ser a que traduz exactamente o espírito da lei.

VI

Conclusões

1.^a No processo, os *factos* são das partes e as *teses* dos advogados;

2.^a As teses só podem levar à condenação dos seus autores como litigantes de má-fé, se foram construídas com a «consciência» do erro e com um dos fins previstos no art. 456-2 do C.P.C.;

3.^a De qualquer modo, pelo erro consciente de uma tese não pode ser condenada a parte, que lhe é alheia;

4.^a A interpretação dada pelo advogado signatário ao art. 1848-4, hoje 1865-4 do C.C., não só não é errada, como teve, ao elaborá-la — e ainda tem hoje — a «consciência de estar na razão»;

5.^a O acórdão que condenou o recorrente (e, portanto, o advogado signatário) como litigante de má-fé, não demonstrou o erro da tese defendida e, muito menos, que o seu autor tinha a «consciência de não ter razão»;

6.^a Sem haver demonstrado essa «consciência de não ter razão» não podia o acordão, pelo simples facto de se haver defendido uma tese que o Tribunal considerou errada (mas não é!), condenar por litigância de má-fé.

7.^a Deve, por isso, ser revogado o acordão recorrido e proferido assento no sentido do decidido no douto acórdão do S.T.J. de 28-10-1975.

O ADOVADO,
Fernando de Abranches-Ferrão

V

Acórdão do S.T.J., de 1-III-1979

João, recorre para o tribunal pleno do acordão de 13-7-1978, proferido no recurso de revista 67 275 em que é recor-

rente, e recorrido o M.P., invocando como fundamento a oposição desse aresto com o de 28-10-1975 deste tribunal publicado no *B.M.J.*, 250, p. 156, quanto à questão da litigância de má-fé definida no art. 456 do C.P.C., que na interpretação do dolo, seu requisito essencial, foi apreciada e decidida contraditoriamente.

Foram apresentadas alegações do recorrente e do M.P., as daquele no sentido da prossecução do recurso e as deste no de se ter por findo dada a duvidosa existência do conflito.

Decidindo:

Nesta fase do recurso importa averiguar liminarmente se existe a oposição, como inculcou o recorrente, suporte básico do recurso para o tribunal pleno (art. 766-1 do C.P.C.). Tal averiguação na linha do art. 763-1 e -2 deste Código, destina-se a detectar a existência dos requisitos a que deve obedecer o problema da oposição entre os acórdãos no que respeita à questão fundamental de direito no domínio da mesma legislação.

No acórdão de que se recorre e no que se diz com ele colidir, contempla-se a litigância da má-fé em equação com a conduta das partes no processo, no quadro do art. 156-2 do C.P.C.

No acórdão de 1975, não é a discordância na interpretação da lei e da sua aplicação aos factos, como faculdade dos litigantes, que é integrativa do comportamento doloso.

No acórdão de 1978 de que se recorre, a sustentação de certa interpretação da lei diametralmente oposta a outra da mesma lei, nas faess sucessivas da instância, que é considerada como dedução consciente de pretensão infundada, assume a qualificação de conduta dolosa.

Particularizando, se, no acórdão recorrido, à variável interpretação da lei ao serviço de pretensão infundada, se atribui efeitos negativos para a acção da justiça, já no acórdão indicado em oposição a interpretação da lei, independentemente do significado conferido, é inerente aos poderes das partes.

Dos aspectos acolhidos nos arestos de 1975 e 1978 ressalta que não foi posto em crise o conceito de má-fé fixado no n.º 2 do art. 456 do C.P.C. em termos de divergirem.

Com efeito, a ter-se em atenção o critério perfilhado no primeiro acórdão, não é a exegese que à parte mereceu determinada disposição no segundo, que é censurada na litigância, mas a mutação sem razão séria dessa exegese, no propósito de protelar o reconhecimento do direito da parte contrária.

Não são necessárias mais considerações para se ver que não é fundada a oposição entre os acórdãos mencionados sobre a questão fundamental decorrente do n.º 2 do art. 156 do C.P.C.

Pelo exposto, tem-se por findo o recurso com as custas a cargo do recorrente.

Lisboa, 1 de Março de 1979.

Anibal Aquilino Ribeiro; António Furtado dos Santos; Ruy Corte-Real; Oliveira Carvalho; Francisco Bruto da Costa; Manuel dos Santos Victor; Manuel Ferreira da Costa; Hernâni de Lencastre.