

22/09/2016

PLENÁRIO

**EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS**

**RELATORA** : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**  
**EMBTE.** : **ESPÓLIO DE ANTONIO CARLOS DA SILVA RISOLA,**  
: **POR SUA INVENTARIANTE LOURDES HENRIQUE**  
**ADV.(A/S)** : **OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ**  
**EMBDOS.** : **ANNA LUIZA RISOLA MOLLO**  
**ADV.(A/S)** : **FERNANDO NEVES DA SILVA**  
**ADV.(A/S)** : **EVANDRO PERTENCE**

**EMENTA:** *EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. FILHO ADULTERINO. PATERNIDADE NÃO CONTESTADA PELO MARIDO. DIREITO DE TER O FILHO RECONHECIDO, A QUALQUER TEMPO, O SEU PAI BIOLÓGICO. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA COMO DIREITO DE PERSONALIDADE. PRECEDENTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em acolher os embargos infringentes e julgar procedente a ação rescisória**, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio proferido na Sessão do Plenário de 9 de junho de 1999. Impedidos os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos

**AR 1244 EI / MG**

Brasília, 22 de setembro de 2016.

Ministro **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**EMB. INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

EMBTE. : ESPÓLIO DE ANTONIO CARLOS DA SILVA RISOLA, POR SUA  
INVENTARIANTE LOURDES HENRIQUE

ADVDS. : MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI E OUTROS

EMBDOS. : ANNA LUIZA RISOLA MOLLO E OUTROS

ADV. : FERNANDO NEVES DA SILVA

ADV.(A/S) : EVANDRO PERTENCE

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, deferiu o pedido das partes de adiamento do julgamento. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso, este representando o Supremo Tribunal Federal no evento "O poder das cortes constitucionais no mundo globalizado", na Universidade de Nova York. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.12.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, em exercício, o Dr. Eugenio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário

22/09/2016

PLENÁRIO

**EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS**

**RELATORA** : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**  
**EMBT.** : **ESPÓLIO DE ANTONIO CARLOS DA SILVA RISOLA,**  
POR SUA INVENTARIANTE LOURDES HENRIQUE  
**ADV.(A/S)** : **OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ**  
**EMBDOS.** : **ANNA LUIZA RISOLA MOLLO**  
**ADV.(A/S)** : **FERNANDO NEVES DA SILVA**  
**ADV.(A/S)** : **EVANDRO PERTENCE**

**RELATÓRIO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Embargos infringentes na ação rescisória opostos em 15.8.2000, pela Inventariante do Espólio de Antônio Carlos da Silva Risola contra acórdão proferido, por maioria, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Pelo acórdão embargado julgou-se improcedente a Ação Rescisória n. 1.244, ajuizada com fundamento no art. 485, inc. V e IX, do Código de Processo Civil com o objetivo de desconstituir o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 93.886.

**O caso**

2. Em 21.12.1978, o juiz de direito da Comarca de Poços de Caldas/MG julgou procedente a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança ajuizada por Antônio Carlos da Silva Risolo contra Anna Luiza Risola Mollo e outros “*para declarar Antônio Carlos, o autor, filho e herdeiro universal do Dr. Vicente Risola, procedendo-se, em consequência a alteração de sua certidão de nascimento, na forma da lei, sendo nula, pois, a certidão que o dá como filho de José Vitor Barbosa*” (fl. 39).

Contra essa decisão, Anna Luiza Risola Mollo e outros interpuseram apelação, a qual a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**AR 1244 EI / MG**

deu provimento para julgar a ação improcedente (fls. 42-47). O recurso extraordinário interposto contra essa decisão (fl. 48-52), não foi conhecido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

*“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA FILIAÇÃO, SE O AUTOR NASCEU DA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. CÓDIGO CIVIL, ART-340. CABE, PRIVATIVAMENTE, AO MARIDO O DIREITO DE CONTESTAR A LEGITIMIDADE DOS FILHOS NASCIDOS DE SUA MULHER. CÓDIGO CIVIL, ART-344. DE ACORDO COM O ART-343, DO CÓDIGO CIVIL, NÃO BASTA, SEQUER, O ADULTÉRIO DA MULHER, COM QUEM O MARIDO VIVIA SOB O MESMO TETO, PARA ILIDIR A PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE DA PROLE. NÃO É SUFICIENTE, OUTROSSIM, A CONFISSÃO MATERNA PARA EXCLUIR A PATERNIDADE (CCB, ART-346). HIPÓTESE EM QUE OS PAIS DO AUTOR, CASADOS, VIVIAM SOB O MESMO TETO, NÃO HAVENDO, POR PARTE DO MARIDO, ATÉ A MORTE, CONTESTAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO FILHO, QUE REGISTROU, LOGO APÓS O NASCIMENTO, NA FORMA DA LEI. NÃO HÁ COMO DESPREZAR A PATERNIDADE LEGÍTIMA, NÃO CONTESTADA, EXISTENTE CONVIVÊNCIA CONJUGAL E NÃO COMPROVADA A SITUAÇÃO PREVISTA NO ART-340, I, DO CCB, PARA RECONHECER PATERNIDADE ILEGÍTIMA, CONTESTADA NA AÇÃO PELOS HERDEIROS DO INVESTIGADO, SEM COMPROVAÇÃO, TAMBÉM, DE CONCUBINATO. NÃO É POSSÍVEL EMPRESTAR, ASSIM, A PROVA PRODUZIDA, NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, APTIDÃO A AFASTAR A PRESUNÇÃO LEGAL DA PATERNIDADE LEGÍTIMA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART- 1º, DA LEI N. 883/1949, E DO ART-363, III, DO CCB. O ACÓRDÃO NÃO AFIRMOU QUE ESCRITO DO INVESTIGADO NÃO POSSA SERVIR DE BASE A AÇÃO INVESTIGATÓRIA DA PATERNIDADE ILEGÍTIMA. AO NÃO RECONHECER A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, O ARESTO NÃO VULNEROU O*

**AR 1244 EI / MG**

*ART-363, III, DO CCB, MAS TEVE EM CONSIDERAÇÃO, COM PREFERÊNCIA, AS REGRAS DOS ARTS. 337, 340, 344 E 347, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO” (RE 93.886, Rel. Min. Oscar Corrêa, Primeira Turma, DJ 19.10.1984) (fl. 97).*

O embargos de divergência opostos contra esse acórdão foram desprovidos:

*“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO DE JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (RE 93.886-EDv-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ 19.4.1985).*

Transitada em julgada essa decisão, Antônio Carlos da Silva Risola ajuizou, em 18.7.1986, a Ação Rescisória n. 1.244, com fundamento no art. 485, inc. V e IX, do Código de Processo Civil com o objetivo de rescindir o acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 93.886.

Em 22.4.1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente a Ação Rescisória n. 1.244:

*“Ementa - Não comprovada a separação do casal, nem contestada a paternidade pelo marido, prevalece a presunção desta, de acordo com o disposto no art. 344 do Código Civil. Alegado erro de fato insusceptível de influir decisivamente na conclusão do acórdão rescindendo. Ação rescisória julgada, por maioria, improcedente” (fl. 1004).*

3. Publicada essa decisão no DJ de 30.6.2000 (fl. 1005), opõe a Inventariante do Espólio de Antônio Carlos da Silva Risola, ora Embargante, em 15.8.2000 (fl. 1007), tempestivamente, embargos infringentes (fls. 1007-1018).

**AR 1244 EI / MG**

4. Alega o Embargante que pelo “acórdão ora embargado julgou improcedente a ação rescisória, ao fundamento de que restariam intactos os arts. 1º, da Lei n. 883/49, e 363, I, II e III, do Código Civil brasileiro e incorrente o erro de fato. Assentou que descabe, em juízo rescisório, o reexame dos fatos fixados nas decisões rescindendas, que apontariam para a inexistência de convivência *more uxório*. Ponderou, demais disso, que as decisões proferidas calcaram-se na presunção do art. 344 do CCB, que confere ao marido a exclusividade do direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos ao longo do casamento. Consoante as razões de decidir do *v. acórdão embargado*, mesmo na hipótese de adultério a mãe não elidiria a presunção legal estatuída no art. 344 da legislação civil, segundo a qual presumem-se legítimos os filhos havidos na constância do casamento” (fl. 1009).

Afirma que “os presentes embargos de infringência ampararam-se no voto divergente prolatado pelo *e. Ministro Marco Aurélio Mello*, o qual, vislumbrando o erro de fato e as violações legais indigitadas na peça inicial, acolheu o pedido rescisório, consignando a prescindibilidade do revolvimento de fatos e provas” (fl. 1009).

Argumenta que, “em se tratando de ação rescisória, incide à espécie o art. 530 do CPC, sendo suficiente, para a interposição dos embargos, a existência de dissidência, mesmo que de apenas um voto” (fl. 1010).

Sustenta que, “no caso vertente, a ocorrência de erro de fato, a viabilizar a pretensão rescisória (art. 485, IX, do CPC), porquanto se fazem parte nos autos duas certidões de nascimento em que figura como declarante o próprio investigado, denotando o intuito de reconhecimento da paternidade. As decisões rescindendas equivocaram-se no exame das assentadas, ao aduzirem que o declarante fora o próprio marido, quando em ambas surge como declarante o Investigado. Na primeira e mais antiga delas, inclusive, figura como pai o próprio Investigado Vicente Risola” (fl. 1011).

**AR 1244 EI / MG**

Salienta que pelo “acórdão embargado, conquanto reconhecesse que em ambas as certidões consta como declarante Vicente Risola, refutou a ocorrência do erro de fato, uma vez que tal circunstância não afastaria a regra insculpida no art. 344 do CCB (...). A presença, nos autos, de certidões de nascimento em que foi declarante o Investigado é elemento idôneo a ensejar o acolhimento da rescisória, constituindo prova inconteste da paternidade” (fl. 1012).

Ressalta que “o cometimento de erro de fato quanto às certidões acostadas às fls. 98 e 99 atesta a procedência do pedido rescisório, não restando obstaculizado tampouco pela presunção do art. 344 do CCB, que carece de absolutividade, sucumbindo ante as evidências probatórias trazidas aos autos (...) desnecessária nova perquirição de fatos e provas. É incontroversa a presença, nos autos, de documentos e depoimentos que atestam, robustamente, a paternidade. As conclusões da r. sentença não foram excluídas por força de dissenso quanto à matéria probatória, mas com lastro em simples presunção legal, fixada no art. 344 do CCB” (fls. 1012-1013).

Argumenta que “a atribuição ao pai da faculdade exclusiva de contestar a paternidade, consubstanciada no art. 344 do CCB, embasou, na hipótese, a exclusão da garantia do art. 1º da Lei n. 883/49, já que, fazendo preponderar a presunção legal, desconsiderou todo o conjunto probatório carreado aos autos, no qual o Juízo de primeiro grau se escudou para acolher a pretensão do ora Embargante. É dizer, as decisões rescindendas sequer examinaram a prova apresentada, à conta da suposta incidência, ao caso vertente, do art. 344 do CCB, que dispensaria a apreciação do conjunto fático-probatório – inclusive de certidão de nascimento em que o Investigado se declara pai do investigando” (fls. 1013-1014).

Assevera que “os vv. Acórdãos rescindendos também negaram vigência ao art. 363 e incisos, do CCB, uma vez comprovada a longa e permanente relação amorosa entre o Investigado e a mãe do Investigante, bem como a presença, nos autos, de escritos em que o Investigado reconhece expressamente a paternidade. A caracterização do concubinato – que, como enfatizado, inexige a convivência



**AR 1244 EI / MG**

*more uxórios – e os documentos carreados aos autos conduzem ao reconhecimento da filiação, não prevalecendo, ante a robustez probatória, a presunção do art. 344 do CPC, que é juris tantum, passível de desconstituição através de prova contrária” (fl. 1015).*

Requer os benefícios da justiça gratuita e *“a admissão, conhecimento e provimento dos presentes Embargos, a fim de que o E. Tribunal Pleno, reformando o v. acórdão embargado, faça prevalecer o voto do e. Ministro Marco Aurélio Mello e julgue procedente a ação rescisória” (fl. 1018).*

5. Em 24.8.2000, estes embargos foram distribuídos ao Ministro Celso de Mello (fl. 1021), o qual por *“razões de foro íntimo levam-[no] a invocar a norma inscrita do art. 135, parágrafo único, do CPC” (fl. 1023).*

Em 18.12.2000, o Ministro Nelson Jobim deferiu o pedido de assistência judiciária gratuita, admitiu estes embargos e deu vista dos autos aos embargados (fl. 1026).

6. Em 14.2.2001, Anna Luísa Risola Mollo e outros alegaram que *“basta uma simples leitura da decisão rescindenda para se verificar que a identificação do declarante das aludidas certidões é absolutamente irrelevante para o que rescindir o que nela se decidiu. A única e evidente razão da improcedência da investigação de paternidade na decisão rescindenda foi o fato de que o investigante ter nascido na constância do casamento de seus pais, que viviam maritalmente, o que, de acordo com o artigo 340 e incisos, do Código Civil, impede sua contestação. Com base nesta vedação, obistou-se a investigação da suposta paternidade ilegítima do de cujos do embargante atribuída ao investigado, cujo provimento, obviamente, implicava na contestação da sua filiação legítima, fora das hipóteses que a lei prevê” (fls. 1032-1033).*

Sustentaram que *“não há a menor dificuldade em se vislumbrar a absoluta irrelevância das aludidas certidões e da identidade de quem foi o declarante delas desconstituir o fato de que o investigante tem por pai o marido*

**AR 1244 EI / MG**

*de sua mãe; que com ela dividia o leito conjugal no período estipulado no inciso I do art. 340 do Código Civil. Como o art. 485, IX do Código de Processo Civil exige para o cabimento de ação rescisória que o erro de fato apontado por ela tenha servido de fundamento para a decisão rescindenda, e como o erro apontado é absolutamente irrelevante como fundamento daquela decisão, tem-se a evidente improcedência dos embargos ora atacados que também nele se baseiam” (fl. 1033).*

*Ressaltaram que “a interpretação dada pela decisão rescindenda a esses artigos [art. 1º da Lei n. 883/49 e art. 344 do Código Civil], em consonância com o que dispõem as demais normas do ordenamento civil pátrio, inclusive o art. 340 e ss. do Código Civil, é perfeita e invulnerável e a impossibilidade de se contestar a legitimidade dos filhos havidos na constância do casamento por outro que não o marido é interpretação que deles tiram as mais diversas e pacíficas decisões judiciais, inclusive deste e. Supremo Tribunal Federal” (fl. 1033).*

*Asseveraram que, “embora brilhante e notável, o voto divergente do e. Min. Marco Aurélio não é hábil a sustentar a reforma da decisão atacada pelos embargos ora impugnados, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos” (fl. 1034).*

*Requerem “a rejeição dos presentes embargos” (fl. 1034).*

7. Em 1º.3.2001, o Ministro Nelson Jobim determinou vista dos autos ao Procurador-Geral da República (fl. 1036), o qual, em 30.8.2001, opinou pelo acolhimento destes embargos infringentes para julgar procedente a ação rescisória, reformando-se o acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 93.886, que deve ser conhecido e provido:

*“EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA.  
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA  
COM PETIÇÃO DE HERANÇA. FILHO ADULTERINO  
REGISTRADO PELO MARIDO DE SUA MÃE. PATERNIDADE*

**AR 1244 EI / MG**

LEGÍTIMA NÃO CONTESTADA PELO MARIDO NOS TERMOS DO ART. 340 E SEGUINTE DO CÓDIGO CIVIL. SITUAÇÃO QUE NÃO OBSTACULIZA AO FILHO, NA BUSCA INCESSANTE PELA JUSTIÇA, TER RECONHECIDO O SEU DIREITO DE VER LEGALMENTE OFICIALIZADA A RELAÇÃO DE FILIAÇÃO COM SEU VERDADEIRO GENITOR, AINDA QUE ADULTERINA. PELO ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA PARA QUE SEJA REFORMADO O ACÓRDÃO RESCINDENDO, COM O FIM DE SER CONHECIDO E PROVIDO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO.

1. O fato de não ter o marido, na constância do casamento, contestado a Paternidade de filho adulterino de sua esposa, o qual fora por ele registrado como sendo seu filho legítimo, não impede que o filho busque ver reconhecida legalmente a relação de filiação com seu verdadeiro Pai biológico, ainda que adulterina, através de Ação de Investigação de Paternidade, mormente em se tratando de caso no qual a prova dos autos é contundente, incluindo-se a confissão da mãe adúltera e o seu reconhecimento como filho, pelo próprio Investigado.

2. A concretização, pelas Instâncias Julgadoras, de proibição, ao filho, de buscar tal reconhecimento pelas vias legais, utilizando-se para tanto, de interpretação literal de dispositivos arcaicos e eminentemente machistas de uma Lei Civil necessitada de reformas urgentes, não só por não se coadunar com a sociedade hodierna, mas, sobretudo, por eivar-se da mácula daquilo que o primeiro deve ser banido na interpretação do Direito como um todo, que é a Injustiça, há que ser corrigida. E tal correção não consistirá em desvirtuamento das normas legais vigentes insculpidas na desatualizada Lei Civil Pátria Vigente, mas sim, consistirá, sobretudo, na aplicação da mais lúdima Justiça, e este sim, é o objetivo precípua do Direito, o qual deve ser incessantemente tutelado pelos Órgãos detentores de poder para dele fazer uso em prol do Cidadão, como é o caso desta Colenda Corte Suprema de Justiça.

3. Apesar do rigor da Lei Civil, em casos deste jaez, a análise há que ser feita caso a caso, paulatinamente, e com maior acuidade possível, a fim de que não seja realizada nenhum tipo de rusga ou

**AR 1244 EI / MG**

*ruptura na seara da 'Família', ou seja, o fim de que não seja perpetrado nenhum tipo de 'erro' cuja consequência direta possa ser a dissolução do mais importante vínculo existente ente os seres humanos que é o 'laço consanguíneo' entre Pais Biológicos e seus Filhos, o qual não pode ser negado pela própria Justiça.*

*4. Pelo acolhimento dos presentes Embargos Infringentes em Ação Rescisória para que seja reformado o acórdão rescindendo, com o fim de ser conhecido e provido o Recurso Extraordinário interposto" (fls. 1038-1040).*

8. Em 1º.7.2004, estes embargos foram conclusos ao Ministro Eros Grau, nos termos do art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (fl. 1069). Em 3.3.2011, foram distribuídos ao Ministro Luiz Fux, (art. 38 RISTF) (fl. 1074), o qual, em 26.9.2011, declarou-se *"impedido para atuar no presente feito, nos termos do disposto nos artigos 277 do RISTF e 134, III, do Código de Processo Civil"* (fl. 1087).

Em 4.6.2012, estes autos vieram-me em conclusão, nos termos do art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (fl. 1191).

É o relatório.

22/09/2016

PLENÁRIO

EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS

V O T O

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. A primeira decisão neste processo foi proferida em 21.12.1978, pelo juiz de direito da Comarca de Poços de Caldas/MG (fl. 39). Após o trânsito em julgado da ação principal, a ação rescisória foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal em 14.8.1986. Os presentes embargos infringentes foram opostos em 15.8.2000 (fl. 1007) e estão pendente de julgamento há mais de quinze anos.

Antônio Carlos da Silva Risola faleceu no decorrer da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança (fl. 889). A demora da justiça brasileira impediu o filho, enquanto vivo, ter o direito de ser reconhecido legalmente como tal pelo seu Genitor, apesar de fartamente documentado nos autos que este já o reconhecia moralmente como filho.

É de se anotar o que afirmei:

*“Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda.*

*Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se a justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa” (As garantias do cidadão na justiça. O direito constitucional à jurisdição. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Ed. Saraiva.*

**AR 1244 EI / MG**

1993, p. 37).

Ressalte-se que a prestação jurisdicional firmou-se como um verdadeiro direito público subjetivo do cidadão na Constituição da República. Assim, o Poder Judiciário não é fonte de justiça segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Judiciário foi criado pela sociedade para fazer justiça, para que os cidadãos tenham convivência harmoniosa. Portanto, é dever do Judiciário dar a resposta buscada pelo cidadão no prazo razoável. A justiça humana se presta aos vivos e em prol da vida que se julga.

2. Conforme relatado, estes embargos infringentes na ação rescisória foram opostos em 15.8.2000, pela Inventariante do Espólio de Antônio Carlos da Silva Risola contra acórdão proferido, por maioria, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Pelo acórdão embargado julgou-se improcedente a Ação Rescisória n. 1.244, ajuizada com fundamento no art. 485, inc. V e IX, do Código de Processo Civil com o objetivo de desconstituir o acórdão proferido pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário n. 93.886.

3. Por se tratar de embargos infringentes na ação rescisória, não se aplica à espécie a exigência da existência de no mínimo quatro votos divergentes, disposto no parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pois conforme assentado por este Supremo Tribunal, o art. 530 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória, não exigiu o número mínimo de votos divergentes para o cabimento desses embargos. Nesse sentido:

*“Ação Rescisória. 2. Embargos infringentes. 3. Regimento Interno do STF, art. 333 e § único. 4. Lei n. 8038/1990, art. 24. 5. Código de Processo Civil, art. 530. 6. Desde o advento da Lei n. 8038/1990, art. 24, não cabe exigir o número mínimo de quatro votos dissidentes, previsto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, para a*

**AR 1244 EI / MG**

*admissão de embargos infringentes, contra acórdão do Plenário do STF, em ação rescisória. Bastante se faz não seja o aresto unânime. 7. Questão de Ordem que se resolve no sentido de não ser mais aplicável às ações rescisórias o disposto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, mas, sim, o art. 530 do Código de Processo Civil” (AR 1.178-EI-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, DJ 15.5.1998).*

Além disso, o art. 530 do Código de Processo Civil, em 15.8.2000, quanto opostos os embargos infringentes, dispunha “Art. 530. *Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência*”. No caso em exame, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a Ação Rescisória n. 1.244. Portanto, cabíveis são os embargos de infringentes.

4. Na espécie vertente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente a ação rescisória porque não teria comprovada a separação do casal, nem contestada a paternidade pelo marido. Entendeu que nessa circunstância deveria prevalecer a presunção da paternidade, de acordo com o disposto no art. 344 do Código Civil e que o erro de fato alegado seria insusceptível de influir decisivamente na conclusão do acórdão rescindendo.

O voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio que o Embargante pretende que prevaleça no julgamento destes embargos infringentes é o seguinte:

*“V O T O – V I S T A*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na assentada em que teve início o julgamento desta rescisória, afastou o Relator as causas de pedir apontadas na inicial. Consignou não haver a decisão da Primeira Turma implicado entendimento sobre a impossibilidade de investigação por ter sido o filho havido durante a sociedade conjugal, concluindo, assim, incólume a regra da Lei nº 883, de 1949 no que a viabiliza. Sua Excelência ressaltou que a Turma ‘limitou-se a fazer*

**AR 1244 EI / MG**

valer os preceitos dos artigos 340 a 343, 344, 346 e 347 do Código Civil', cuja vigência fora mantida pela Lei nº 883/49. O Colegiado teria observado o disposto no artigo 344 (segundo o qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher), considerada a circunstância de não ter o investigante comprovado que a respectiva genitora estivera separada de fato. Deixou-se registrado no acórdão que:

Em verdade, o acórdão afirmou ter resultado exuberantemente provado que, ao ensejo da concepção, antes e depois dela, a mãe do investigante mantinha com seu marido uma situação de convivência conjugal, que fazia presumir a permanência do estado de casados. Nesse particular, não resta, segundo o acórdão, nenhuma dúvida: o casal mantinha situação de convivência sob o mesmo teto.

Daí haver o Relator desta rescisória assentado a impossibilidade de concluir-se pela violência à lei, tendo como premissa maior, portanto, a continuidade da permanência do estado de casados. Afastou, ainda, a transgressão ao artigo 363 do Código Civil, asseverando que restara prejudicada, na espécie, a aplicação do dispositivo, porquanto não fora afastada a presunção da paternidade legítima prevista nos artigos 340 à 344, 346 e 347 do referido Código. A presunção do artigo 344 teria sido abrandada por construção jurisprudencial.

Quanto ao erro de fato, fez ver o Relator que a Turma não o cometeu, isso à luz da assertiva de que o filho fora registrado pelo próprio marido. Duas certidões teriam sido acostadas aos autos: a primeira, a de folha 98, revelando o nascimento de Antônio Carlos Risola como filho de Antônio Carlos Risola e de Isolina da Silva Risola, a segunda, de folha 99, dando conta do nascimento de Antônio Carlos da Silva Barbosa, filho de José da Silva Barbosa. Em uma e outra fora declarante o investigado Vicente Risola, sem que isso possa ser visto, consoante o Relator, como contestação do pai à paternidade. O erro não se mostrara decisivo. Daí a improcedência do pedido formulado na rescisória.

Acompanhou o Relator o Ministro Carlos Velloso, fazendo-o na qualidade de Revisor e mediante o seguinte voto:



**AR 1244 EI / MG**

O argumento básico do acórdão do Tribunal de Justiça, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que, ao ensejo da concepção, a mãe do investigante mantinha com seu marido situação de convivência conjugal. Não basta a ocorrência de situação de adultério para desfazer-se a presunção legal decorrente desse fato.

Com essas breves considerações refletindo o resumo das notas que tomei, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

Seguiu-se o voto do Ministro Nelson Jobim, aludindo à presunção da paternidade ante o casamento e salientando que as certidões seriam importantes caso fosse declarante o marido da mãe. Concluiu Sua Excelência:

O fato do reconhecimento, por parte do investigado da paternidade, não elide a presunção da paternidade por parte do marido da mãe.

Admitiu que a regra do artigo 344, combinado com o artigo 338 do Código Civil, 'da presunção da paternidade enfraqueceu-se, ou seja, perdeu a natureza absoluta com a evolução da sociedade', aludindo à necessária interpretação da expressão 'constância do casamento' não como constância legal, mas constância de fato.

Também o Ministro Maurício Corrêa pronunciou-se no sentido de que os pressupostos do artigo 340 do Código Civil não foram cumpridos. Empolgou a disposição do artigo 344, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Assim, além da inexistência de prova sobre encontrar-se o marido fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedidos ao nascimento do filho, ou de estarem os cônjuges legalmente separados, teve a regra do citado artigo 344 como absoluta, em que pese à previsão da Lei nº 883, de 1949, segundo a qual 'dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação'. Acompanhou, por essas razões, o nobre Relator.

Pedi vista dos autos, consignando:

**AR 1244 EI / MG**

*Senhor Presidente, tenho sérias dúvidas sobre a ênfase dada pela Corte de origem e também pela Primeira Turma deste Tribunal à circunstância, em si, de a paternidade não haver sido contestada pelo marido. Essa dúvida, diante da articulação sobre a violência ao artigo 1º da Lei nº 883/49, leva-me a um exame mais aprofundado das peças destes autos, a partir do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.*

*Por isso, vou pedir à V. Exa, ao nobre Ministro-Relator e aos Ministros que me antecederam na votação vênua para solicitar a vista dos autos.*

*Havendo-os recebido em 7 de maio de 1999, neles lancei visto, declarando-me habilitado a votar em 16 imediato.*

*Esta ação rescisória é a derradeira chance de lograr-se êxito em uma caminhada reveladora de verdadeira via crucis. A esta altura, alguém, portando o patronímico do investigado - e isso em decorrência de certidão de nascimento que até aqui não se fez fulminada - esmoreceu, tendo em conta as idas e vindas do processo judicial: a vitória lograda perante o Juízo, a reforma da sentença e, nesta Corte, o não-conhecimento do extraordinário, vencidos os Ministros Oscar Corrêa (Relator) e Alfredo Buzaid, em que pese ao parecer da Procuradoria Geral da República, subscrito pelo Procurador Osvaldo Flávio Degrazia, com o 'aprovo' do então Sub-Procurador Geral da República, Mauro Leite Soares, no sentido do conhecimento e provimento do recurso.*

*Hoje, o investigador estaria com sessenta e três anos, sendo que intentara a ação de investigação de paternidade cumulada com a petição de herança quando já falecido o investigado, bem como o suposto pai, marido da mãe. O Autor da ação de investigação, após vitória no Juízo, veio a sucumbir no Tribunal de Justiça e, também, na apreciação do extraordinário, por escassa maioria de um voto. Tudo indica não haver suportado tais decisões, porquanto, em ato do mais absoluto desespero, no dia 18 de junho de 1991, deu cabo da própria vida. O atestado de óbito de folha 889 consigna como causa da morte 'anemia aguda, ferimento por projétil - arma de fogo'. Não obstante, considerada a habilitação do Espólio, analisem-se os aspectos que se mostram importantes para o desfecho desta rescisória.*

**AR 1244 EI / MG**

Na ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, o Juízo, vivenciando a instrução probatória, pois em contato pessoal com os envolvidos nas demandas, assim equacionou a espécie:

*Adoto o relatório proferido a fls. 68 a 73, pelo juiz que nos antecedeu, com trânsito livre, e que constatou interesse econômico e moral no desate da demanda e considerou as partes legítimas e bem representadas. Após o lançamento do saneador, faleceu Da. Bambina Risola, uma das suplicadas, sendo por isso necessário citar seus sobrinhos, beneficiários de parte dos bens que ficaram por sua morte. Após várias diligências nesta cidade e em outros Estados, foram chamados para integrar a lide os legatários, conforme documentos de fls. e fls.*

Trata-se, em síntese, de uma ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança que Antônio Carlos da Silva Barbosa move contra Da. Bambina Risola, Ana Lúcia Molo e Vicente Molo. Diz o autor que é filho do Doutor Vicente Risola, havido de suas relações com Dona Isolina da Silva Barbosa, nascido nesta cidade, no dia 2 de março de 1936 e registrado em Cartório competente às fls. 102 e 103, do Livro 27-A e, ao tempo em que foi concebido, sua genitora estava vivendo com o investigado, harmoniosamente, como se fossem marido e mulher, sob o mesmo teto, sendo que, ao nascer, o Dr. Vicente foi ao Cartório fazer as declarações necessárias para o seu assentamento e tinha um interesse especial por sua formação educacional, chegando a escrever cartas para o então Ministro da Educação, solicitando-lhe a sua boa vontade no sentido de ser transferido como aluno de um estabelecimento de ensino.

Esclarece, mais, que o Dr. Vicente, ao falecer, deixou dois testamentos. No primeiro instituiu como únicos herdeiros o suplicante e sua mãe, dona Isolina, referindo-se à sua pessoa como 'afilhado' e, no segundo, foi contemplado apenas com o usufruto de parte dos bens, consignando, nele, no segundo testamento, um pedido aos demais herdeiros para que zelassem por sua manutenção e educação, documento esse que mais uma vez, implicitamente, o reconhece como filho e que não foi

**AR 1244 EI / MG**

observado e nem foram dispensados à sua pessoa os cuidados recomendados pelo 'de cujos'.

Os interessados juntaram diversos documentos, fotografias, certidões, cartas particulares, etc., para lastrear suas alegações. A audiência de instrução e julgamento realizou-se em mais de uma fase, com a tomada de depoimento de todas as testemunhas arroladas. Memoriais, à guisa de alegações finais a fls. e fls. O Dr. Promotor acompanhou o desenrolar da ação.

Examinando-se as provas que vieram para os autos, quer testemunhal, quer as documentais, concluímos, com a devida atenção que o caso requer, que dona Isolina da Silva Barbosa foi casada civilmente com José Vitor Barbosa, homem velho, cansado, sexagenário, pobre, doente, enquanto dona Isolina, moça nova, bonita, vivendo seus verdes anos, por desencanto do marido, entregou-se ao Dr. Vicente Risola, cidadão vistoso, com boa posição social e oficial rico, e, juntos, talvez passaram os melhores anos de sua existência e dessa ligação, que era do conhecimento de uma grande parte de seus amigos, nasceu Antônio Carlos, que daí para frente passou a receber atenções, inclusive assistência financeira e carinhos, estes, veladamente, dado o estado civil da companheira e mãe do garoto.

Os documentos que estão nos autos, todos ou quase todos, em seu conjunto, são favoráveis às pretensões do autor. As fotografias, com traços fisionômicos semelhantes entre pai e filho são indicativos de que um carrega nas veias o sangue do outro e as cartas, em que o amor paternal se faz exaltar, não deixam dúvidas quanto à paternidade do investigante. O depoimento da testemunha Adelina Boleta, fls. 263, arrolada pelos acionados, veio lançar as luzes em alguma sombra de dúvida que pudesse existir quanto à ligação amorosa existente entre o Dr. Vicente e dona Isolina, da qual resultou o nascimento de Antônio Carlos. Foi ela testemunha presencial e ocular dos fatos alegados pelo autor. Por outro lado, na inicial, o autor, através de seu advogado, deixou transparecer a existência de uma outra certidão de nascimento da qual constava a filiação de Dr. Vicente Risola e Dona Isolina. Essa certidão foi juntada às fls. 201, pelos

AR 1244 EI / MG

acionados. Prova ela que, efetivamente, Vicente Risola é o pai de Antônio Carlos, muito embora não conste dos assentamentos do Cartório de Registro Civil desta comarca. É um documento valioso, indicativo da vontade férrea de Dr. Vicente Risola para assinalar a paternidade, ocultada por seus familiares em face da sociedade de então, conforme se depreende dos autos, ou se lê nas entrelinhas dos depoimentos de testemunhas.

É cediço, em investigação de paternidade, que a contestação há de versar sobre pontos definidos, que destruam por completo e por completo ilidam os enunciados da inicial, quer alegando a má conduta da mulher, ou ainda a impossibilidade física de ser demandado pai do investigante.

Dona Isolina era efetivamente casada com José Vitor. Este, alquebrado, impotente, ciente de sua impossibilidade física de manter relações sexuais com a esposa, entregou-a, praticamente, nos braços do Dr. Vicente. Marido e mulher, embora vivendo sob o mesmo teto, dormiam separados. Aquele fechava os olhos para o romance da mulher, que no ardor de seus anos de mocidade atendia aos desejos da carne junto ao amante, depoimento de fls. e fls.

Não há, nestes autos, prova de má conduta de D. Isolina com outros homens. Errou, mas errou com o homem de seus sonhos, a quem se entregou, entregando, também, a alma e o coração, e José Vitor, ciente, nada reclamou segundo as testemunhas de fls. e fls. Sua voz não se levantou nunca para censurar o procedimento da mulher porque mais do que ninguém conhecia os motivos de sua conduta. Grande, bem grande era a diferença de idade entre dona Isolina e José Vitor.

A prova documental a que o autor se escorou é importante para o fim almejado, eis que os escritos exibidos estão assinados, como exige a lei, por aquele a quem se atribui a paternidade. A prova testemunhal, por sua vez, não é falha e duvidosa, sendo de jurisprudência que em termos de investigação de paternidade há de ser apreciada com absoluto rigor, principalmente quando os fatos se passaram há muitos anos atrás. O que se apurou, conforme depoimentos de fls. e fls., é que as relações entre os

**AR 1244 EI / MG**

concubinos foram concludentemente estabelecidas e provadas. No caso vertente, essa prova é suficiente e não gera incerteza.

Dr. Vicente Risola faleceu há tempos. José Vitor, o suposto pai de Antônio Carlos, também é falecido, falecimento este ocorrido bem antes do início da presente ação investigatória. Antônio Carlos foi gerado na constância do casamento, fato que não o impede de intentar a presente demanda. Aliás, os Tribunais modificaram o entendimento a este respeito após a edição da Lei nº 883, de 1949, como por exemplo: Nos termos da Lei 883, de 1949, o filho adulterino só pode investigar a dissolução da sociedade conjugal; essa restrição é imposta pela citada lei como medida de proteção à família legalmente constituída. Mas o filho natural - que já tinha a sua situação definida no Código Civil - pode fazer investigação independentemente do estado civil ou do falecimento do pretendido pai (Rev. Forense, vol. 184, pag. 178). E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já assentou: 'Investigação de Paternidade' - 'A ação de reconhecimento de paternidade pode ser proposta contra os herdeiros do pai ilegítimo, após a morte de um dos cônjuges, orientação alterada do primitivo projeto da lei 883' (T.J.M.G, 'in' 'Minas Forense, vol. 4, pag. 476).

A respeito, vem muito a propósito a lição do eminente civilista Washington de Barros Monteiro, no seu 'Curso de Direito Civil'. Direito de Família, pag. 244, Edição Saraiva, 1957:

A lei nº 883, de 21/10/49, porém, preenchendo a lacuna, veio estatuir, no artigo 1º, que 'dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se declare a filiação'.

Prossegue o festejado civilista pátrio:

'Como se vê, a lei não distingue mais: em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal, quer por desquite, quer por morte de um dos cônjuges, possível será o reconhecimento do filho 'extra-matrimonium' (Arquivo Judiciário 117/117).

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação para

**AR 1244 EI / MG**

*declarar Antônio Carlos, o autor, filho e herdeiro universal do Dr. Vicente Risola, procedendo-se, em consequência, à alteração de sua certidão de nascimento, na forma da lei, sendo nula, pois, a certidão que o dá como filho de José Vitor Barbosa.*

*Condene os acionados ao pagamento de honorários de 20% do valor da causa e às custas apuradas pelo contador do Juízo.*

*Poços de Caldas, 21 de dezembro de 1978.*

*Jesus Da Cunha Araújo, Juiz De Direito da 2ª Vara (folha 35 à 39).*

*Extraem-se dessa peça algumas premissas. Em primeiro lugar, aqueles que, em distanciamento incomum da realidade, observam como dogma sacrossanto a regra do artigo 344 do Código Civil, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, devendo fazê-lo no prazo de dois meses contados do nascimento, sob pena de incidir a prescrição, devem atentar para o afastamento dessa visão, distanciada da realidade, das noções próprias à dignidade do homem, presente o direito de saber e ter como pai quem o gerou, e não de ser filho presumido, pelo artigo 1º da Lei nº 883, de 1949, que reputo simplesmente interpretativo da ordem jurídica então em vigor. De qualquer forma, a ação de investigação de paternidade cumulada com a de petição de herança veio a ser ajuizada quando já falecidos o marido e o investigado. Em segundo lugar, a análise dos elementos probatórios pelo Juízo afigurou-se minudente, restando consignado, até mesmo, o caráter vago da contestação ao pedido. Entrementes, os acionados mostraram-se inconformados com a sentença proferida e, aí, interpuseram apelação. O Tribunal de Justiça, sem proceder ao exame da prova produzida, portanto, sem refutar as ilações formalizadas pelo Juízo, já que teve em conta a subsistência em termos de óbice da matéria de direito, assentou:*

*a) a ação estaria calcada apenas no inciso I do artigo 363 do Código Civil, no que revela contarem os filhos ilegítimos, contra os pais ou seus herdeiros, com ação para o reconhecimento da filiação, se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai. Daí considerar que o*

**AR 1244 EI / MG**

concubinato leva à preexistência da separação de fato entre o marido e a mulher;

b) a convivência dos cônjuges, a coabitação, faz presumir a paternidade (pater is est);

c) admitida a existência do concubinato da mulher casada com outro homem, há de se aceitar a possibilidade jurídica do reconhecimento, com base no mesmo concubinato, do filho adúltero a mãe;

d) o concubinato pressupõe a vida more uxorio e esta não ficara provada, mencionando-se a necessidade de provar-se a estabilidade das relações, uma certa notoriedade da união e a aparente fidelidade da mulher;

e) as peças dos autos teriam demonstrado que, à época do nascimento do autor, a mãe convivia com o marido no mesmo lar, fulminando-se, então:

Esta circunstância por si só exclui o requisito da aparente fidelidade da mulher ao homem que se apontou como seu concubino;

f) não teria havido, no caso, a ação negatória de paternidade legítima pelo marido e nem fatos outros dos quais se pudesse inferir a contestação a ela pelo pai presumido, como a separação de fato do casal quando da concepção;

g) o quadro estaria a conduzir 'à impossibilidade jurídica o reconhecimento forçado da filiação adúltera a mãe';

h) convivendo a mulher com o marido sob o mesmo teto quando da concepção e nascimento do autor, a comprovação de seu adultério geraria dúvida sobre se o verdadeiro pai era o marido ou o amante, mas não poderia nunca fazer o julgador caminhar, por via do raciocínio, ao fato por provar, ou seja, qual paternidade a ser presumida;

i) a legislação estaria a impor não o reconhecimento tácito da paternidade, mas expresso (folhas 42 e 43).

Pois bem, tem-se que, sob o ângulo do concubinato, a exigência da more uxoria implicou a colocação em plano secundário de jurisprudência predominante desta Corte, de fácil constatação, porque estampada no Verbete nº 382: 'a vida em comum, sob o mesmo teto,



**AR 1244 EI / MG**

*more uxoria, não é indispensável à caracterização do concubinato'. Aliás, a ordem natural das coisas revela a possibilidade de concepção, ainda que não existente o concubinato. No extraordinário, subscrito pelo profissional da advocacia e emérito professor Celso Agrícola Barbi, arguiu-se, consideradas as premissas do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, reveladoras de ênfase maior aos aspectos ligados à intangibilidade do matrimônio, do casamento, a violência ao artigo 363 do Código Civil, no que preceitua que, se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente, os filhos ilegítimos têm ação para demandar o reconhecimento da filiação. Consoante o sustentado, no acórdão recorrido ter-se-ia relegado a segundo plano o reconhecimento tácito da paternidade ante os atos do investigado. Eis o trecho pertinente do aresto em comento:*

*(...) se a circunstância de considerar-se alguém pai de outrem pode ser tida como reconhecimento tácito da paternidade, não será o reconhecimento expresso, e é este que a lei reconhece como ponto de partida para a demonstração do factum probandum, que é a paternidade que se pretende provar.*

*Nas razões do extraordinário, argumentou-se que o Tribunal de Justiça, ao exigir o reconhecimento expresso, teria esvaziado o preceito do artigo 363, inciso III, do Código Civil. Também restou apontada a violência ao artigo 1º da Lei nº 883, no que, segundo o sustentado, o Tribunal de Justiça, apegado ao machismo que norteava a elaboração do artigo 344 do Código Civil, desprezou-o, sufragando a tese de que cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. O que se nota é que o recurso extraordinário fez-se voltado contra acórdão no qual se entendeu o tema de direito como matéria suficiente à reforma da minuciosa sentença do Juízo, no que examinada à exaustão a prova dos autos, tanto assim que se consignou a 'impossibilidade jurídica' do reconhecimento forçado da filiação adulterina 'a matre'.*

*Pois bem, o Relator do extraordinário, Ministro Oscar Corrêa, teve como incontroversos, ante a ausência de refutação pelo Tribunal de Justiça, os fatos e, aí, após transcrever parte do parecer da Procuradoria Geral da República, concluiu ser errônea a qualificação e*

**AR 1244 EI / MG**

valoração jurídica da prova produzida nos autos. Considerou o conjunto probatório como 'de inigualável eloquência, em favor do investigante, tal o vigor e amplitude de que se reveste'. Mais do que isso, fez ver que 'dificilmente, afirma-se, poderá a prova atingir tal extensão e rigor, em documentos de toda a natureza, que se inseram nos autos, em evidência incontestável'. À luz não só da realidade social, como também da Lei nº 883/49, refutou a óptica do Tribunal de Justiça segundo a qual 'descaberia a investigação da paternidade resultante da adulterinidade a mãe, sem a contestação da legitimidade pelo marido'.

Senhor Presidente, dúvidas não pesam sobre o objeto do artigo 344 do Código Civil. Conforme acentuou o Ministro Eloy da Rocha no Recurso Extraordinário nº 64.445 (RTJ 51/826), 'a presunção de legitimidade dos filhos atende, principalmente, aos interesses da instituição da família'. Por outro lado, esta Corte sempre admitiu, ao menos uma vez dissolvida a sociedade conjugal e nos termos da Lei nº 883, de 21 de dezembro de 1949, a investigação de paternidade do filho adulterino a mãe independentemente da ação negatória intentada pelo marido, quando verificada a separação de fato. Todavia, acabou prevalecente, contra o voto do Relator e do Ministro Alfredo Buzaid, o convencimento externado pelo Ministro Néri da Silveira.

No acórdão rescindendo apontou-se, em primeiro lugar, que o marido registrara o filho como seu (folha 90). Ocorre que não se levou em conta a circunstância de haver sido o declarante do nascimento não o pai, ou seja, José Vitor Barbosa, mas o próprio investigado, Dr. Vicente Risola (certidão de folha 99), sendo que, talvez mesmo diante do prestígio que gozava, veio a conseguir uma outra certidão em que aparece não como declarante como na primeira, mas como pai do investigante e que ele próprio, investigado, teria sido o declarante do nascimento (folha 98). No caso dos autos, com o acórdão rescindendo não se adentrou o deslinde dessa controvérsia. Simplesmente ficou assentado que o marido registrara o filho como seu, o que consubstancia erro de fato, a atrair a adequação da rescisória, considerados o inciso IX e o § 1º do artigo 485 do Código de Processo Civil. Cabível é a rescisória fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, sendo que há erro quando na sentença se

**AR 1244 EI / MG**

admite um fato inexistente ou quando se considera inexistente o fato efetivamente ocorrido.

Na hipótese, sem que tivesse sido dirimida a controvérsia no tocante ao conteúdo das certidões de nascimento, consignou-se, para revelar a improcedência do recurso extraordinário interposto, que o declarante fora o marido e não o investigado, como consta de ambas as certidões. Já aqui tem-se matéria suficiente a conduzir à procedência, em si, da rescisória. Não obstante, há alicerce, ainda, na transgressão ao artigo 1º da Lei 883/49. Potencializou-se o disposto no artigo 344 do Código Civil, como se tal norma, ao restringir a investigação de paternidade à iniciativa do marido, dentro do exíguo prazo de dois meses do nascimento, pudesse ser sobreposta ao espírito do arcabouço normativo e, mais do que isso, à explicitação mediante o artigo 1º da Lei 883/49. Fez consignar o redator do acórdão rescindendo, porquanto autor do voto que conduziu ao desfecho atacado nessa rescisória:

Não vejo, pois, como afastar a presunção de paternidade legítima, não contestada em nenhum momento pelo pai do investigante, para, desprezando essa paternidade, reconhecer a paternidade ilegítima, contestada na ação pelos herdeiros do investigado, a qual não possui, em seu favor, consoante referi, a presunção que decorre da lei.

Inegavelmente, não contou o investigante com presunção decorrente da lei. Ao contrário, esta estaria direcionada à admissão da paternidade daquele com o qual a genitora se encontrava casada. Ocorre haver ele logrado comprovar, de forma robusta, a insubsistência dessa presunção. Todavia, mais uma vez, tal como ocorrera no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, potencializaram-se, a extremos, conceitos e aspectos ligados à família e à intangibilidade desta e, aí, desprezando-se a admissibilidade da investigação da paternidade pelo filho, porquanto contraria o bom senso refutá-la quando colocada em dúvida, consignou-se, em verdadeira edição de princípio:

Nosso sistema é baseado na família, que nasce do matrimônio, e a filiação que decorre do matrimônio é legítima. Se o pai não contestou; ao contrário, proclamou sua paternidade

**AR 1244 EI / MG**

- mais uma vez incidiu-se no erro de fato -, tanto que registrou o filho, imediatamente após o nascimento, e em nenhum momento contraditou esse reconhecimento, não me parece possível que, depois, se admita venha a confissão da mãe, a quem a lei (CCB, art. 346) não confere aptidão para excluir a paternidade, desfazer a presunção de legitimidade do filho nascido na constância do casamento. Nem se há de conferir aos documentos invocados aptidão para destruir o efeito jurídico que emana de uma presunção legal.

Sem dúvida, o lastro maior do acórdão proferido foi a impossibilidade de, sem a iniciativa, em si, do marido, vir-se a questionar a paternidade, uma vez ocorrido o nascimento na constância do matrimônio, como se apenas o homem pudesse ser autor de adultério, o mesmo não se verificando com a mulher, visão esta evidentemente distanciada do dia-a-dia da vida gregária, do arcabouço normativo, para mim simplesmente explicitado pelo artigo 1º da Lei nº 883/49, porquanto, até mesmo antes desta, era possível ter-se ação por parte do filho visando a elucidar paternidade ambígua, isso por não aceitar ser simplesmente presumido. E após tecer mais algumas considerações, sentenciou a Turma, na visão do voto condutor do julgamento:

O que o aresto não reconheceu foi a procedência da ação, em face precisamente da vigência da sociedade conjugal e da constância do casamento, à época da concepção do investigante, fatos que teve por proeminentes no debate, conduzindo à conclusão adotada (folha 91).

Ao assim decidir, a Turma colocou então em plano secundário as normas de regência da espécie. Ademais, como já consignado, incidiu em cometimento de erro de fato ao asseverar que o declarante do nascimento fora o marido, quando, na verdade, constata-se, pelas certidões anexadas aos autos, que foi o investigado, fato sintomático e consentâneo com as premissas da sentença do Juízo. Mais do que isso, a Turma placitou óptica do Tribunal de Justiça sobre a inviabilidade de ter-se o reconhecimento tácito da paternidade, menosprezando a norma do artigo 363, inciso III, do Código Civil, reveladora da possibilidade de os filhos ilegítimos intentarem ação de investigação

**AR 1244 EI / MG**

para reconhecimento da filiação 'se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente'. Este reconhecimento fez-se, como ressaltado pelo Juízo, mediante cartas.

Repito: no acórdão rescindendo, ao exigir-se, relativamente ao concubinato e considerada a concepção que pode decorrer de uma simples relação sexual, a convivência sob o mesmo teto, more uxoria, abandonou-se a diretriz traçada pelo Código Civil e que restou reconhecida no Verbete 382 da Súmula desta Corte, segundo o qual 'a vida em comum, sob o mesmo teto, more uxoria, não é indispensável à caracterização do concubinato'.

Está-se diante de caso concreto no qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não tendo como refutar a análise da prova procedida pelo Juízo, veio a potencializar óptica distorcida sobre o alcance do arcabouço vigente, olvidando a viabilidade de proceder-se a investigação da paternidade, em que pese ao casal não se encontrar, à época, formalmente separado.

É tempo de corrigir-se a situação resultante do julgado, não considerados os interesses diretos do próprio investigante, mas a persistência daqueles que lhe sucederam. Diria mesmo que este processo encerra uma trágica situação jurídica, contendo elementos que dariam para a elaboração de um livro, cuja trama tem desfecho trágico, distanciado da realidade e, mais do que isso, conflitante com a ordem jurídica. Ao invés de um filho haver herdado, acabaram por fazê-lo parentes consanguíneos, é certo, colaterais, implicando esse desenlace terrível frustração à qual veio sucumbir, ante, até mesmo, a demora no julgamento final desta rescisória, o próprio investigante.

Peço vênias àqueles que me antecederam na votação deste caso para não emprestar endosso ao que entendo ser contrário às normas em vigor, ao Direito e à Justiça. Julgo procedente o pedido formulado na rescisória e, rescindindo o acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.886/MG, concluo pelo conhecimento e provimento do extraordinário, adotando, assim, as ópticas da Procuradoria Geral da República, no que oficiou no citado recurso, do Relator, Ministro Oscar Corrêa, bem como do vogal, Ministro Alfredo Buzaid, que o acompanhou.

É como voto na espécie, condenando os réus desta ação rescisória

**AR 1244 EI / MG**

*nos ônus da sucumbência, dadas as custas despendidas e os honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa devidamente corrigido (fls. 978-999, grifos nossos).*

5. O Subprocurador-Geral da República Alcides Martins ressaltou “o que se extrai deste autos é que, apesar dos esforços empreendidos pelo Autor da Ação de Investigação de Paternidade, por anos a fio, na luta pelo direito de ser reconhecido filho do homem que acreditara ser seu verdadeiro genitor, veio o mesmo a falecer sem ver tal desiderato atingido, dada a interpretação e aplicação literal, pelos Eminentes julgadores deste feito, em todas as instâncias pelas quais passou, de dispositivos arcaicos e eminentemente machistas de um Lei Civil necessitada de reformas urgentes, não só por não se coadunar com a sociedade hodierna, mas, sobretudo, por eivar-se da mácula daquilo que primeiro deve ser banido na interpretação do Direito como um todo, que é a justiça” (fl. 1061).

6. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ação rescisória acolheu a paternidade presumida em detrimento das provas constantes dos autos, ao fundamento de que quando “*não comprovada a separação do casal, nem contestada a paternidade pelo marido, prevalece a presunção desta, de acordo com o disposto no art. 344 do Código Civil*” (fl. 1004), assim afastou o alegado erro de fato suscitado pelo Embargante na ação rescisória.

Ao assim decidir, este Supremo Tribunal potencializou o processo em detrimento do direito, inviabilizando-se o direito do filho em ter reconhecida sua verdadeira paternidade e contrariou os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Mais do que isso, tornou o processo mero ato de força formalizado em palavras sem forma de Direito e sem objetivo de Justiça. Esqueceu que o fim de todos os procedimentos judiciais aos quais as partes se submetem é a realização da Justiça, por isso o procedimento deve ser mais do que legal, tem que ser justo, e a jurisprudência sedimentada não pode servir de dogma para sustentar uma injustiça flagrante.

**AR 1244 EI / MG**

Como bem observado pelo Ministro Marco Aurélio, “em distanciamento incomum da realidade, observam como dogma sacrossanto a regra do artigo 344 do Código Civil, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, devendo fazê-lo no prazo de dois meses contados do nascimento, sob pena de incidir a prescrição, devem atentar para o afastamento dessa visão, distanciada da realidade, das noções próprias à dignidade do homem, presente o direito de saber e ter como pai quem o gerou, e não de ser filho presumido” (fl. 988).

Assim, não há como deixar de reconhecer o vínculo de paternidade entre o filho e o seu verdadeiro genitor, como realçado pelo Subprocurador-Geral da República Alcides Martins “tal correção não consistirá em desvirtuamento das normas legais vigentes insculpidas na desatualizada Lei Civil Pátria Vigente, mas sim, consistirá, sobretudo, na aplicação da mais lúdima Justiça, e este sim, é o objetivo precípua do Direito, o qual deve ser incessantemente tutelado pelos Órgãos detentores de poder para dele fazer uso em prol do Cidadão” (fl. 1039).

Nesse sentido:

“Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos” (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 16.12.2011).

**7. Pelo exposto, voto no sentido de acolher aos embargos infringentes e julgar procedente a ação rescisória nos termos do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio.**

**AR 1244 EI / MG**



22/09/2016

PLENÁRIO

EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhora Presidente e eminente Relatora, diz-se que a justiça, às vezes, tarda e falha. Mas, se tardar, pelo menos, não deveria falhar. Quiçá hoje se enquadre em uma dessas hipóteses. Essa petição inicial data de trinta anos.

Estou acompanhando integralmente o voto e a conclusão de Vossa Excelência e, quem sabe assim, fazendo justiça ao caso concreto.

Nessa circunstância, juntarei declaração de voto que espelha a conclusão que houvera chegado antes de ouvir o voto de Vossa Excelência e que vai na mesma direção. Nessa declaração, estou acentuando que ocorre aqui um tombamento da presunção, portanto, da paternidade presumida do marido da mãe; precisamente, porque o artigo 344 do antigo Código Civil, ao estabelecer a força jurídica dessa presunção no estatuto de uma presunção relativa, mas intermédia - porque demandava certas provas específicas -, admitia precisamente, como prova específica, ausência de coabitação, e, por via de consequência, ausência da presunção de concepção, como relatado por Vossa Excelência, o que se deu na hipótese.

Aliás, "tombamento" é uma expressão que, no meado dos anos sessenta, passa a ser utilizada pela jurisprudência no Brasil, mas é originária do Código Civil belga, por curioso que possa parecer. Fala-se, portanto, em tombamento da presunção *pater is est*, que leva precisamente ao resultado encontrado por Vossa Excelência, na esteira de grandes doutrinadores que cuidaram desse tema no Brasil. Por exemplo, os eminentes professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, na sua obra sobre Direito de Família. Em Portugal, há uma tese de doutoramento clássica na matéria do Professor Guilherme de Oliveira.

**AR 1244 EI / MG**

Portanto, nessa medida, Senhora Presidente, eu estou também julgando cabíveis os embargos, tal como Vossa Excelência admitiu, chegando precisamente à mesma conclusão que Vossa Excelência chegou.

Juntarei declaração de voto e tenho a honra de acompanhar o voto de Vossa Excelência.

22/09/2016

PLENÁRIO

EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Devem ser providos os Embargos. Acompanho, pois, a e. Relatora Ministra Cármen Lúcia, diante de hipótese de *tombamento* da paternidade presumida, e o faço nos termos que seguem:

Trata-se de cabíveis embargos infringentes em ação rescisória ajuizada, com fundamento nos incisos V (violação a literal dispositivo de lei) e IX (erro de fato) do art. 485 do CPC, contra decisão do Plenário deste STF que, em 09/06/1999, por maioria, julgou improcedente o pedido de desconstituição e novo julgamento do RE 93.886/MG.

O Plenário desta Corte julgou improcedente o pedido da ação rescisória, em decisão assim ementada:

“EMENTA: Não comprovada a separação do casal, nem contestada a paternidade pelo marido, prevalece a presunção desta, de acordo com o disposto no art. 344 do Código Civil.

Alegado erro de fato insusceptível de influir decisivamente na conclusão do acórdão rescindendo.

Ação rescisória julgada, por maioria, improcedente.”

Os argumentos principais que prevaleceram no julgamento original da presente ação rescisória foram no sentido de que, nos termos do art. 344 do Código Civil, caberia somente ao marido o direito de *contestar* (*rectius*: impugnar) a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.

Como, no caso dos autos, não houve tal contestação, a presunção da paternidade impor-se-ia, tendo por consequência a manutenção da decisão rescindenda que confirmou, em sede de recurso extraordinário, a improcedência do pedido da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança.

Contra esta decisão, foram opostos embargos infringentes, conforme autoriza o art. 333, III, do RISTF (que propicia embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário que julgar ação rescisória).

Os presentes embargos infringentes estão fundados em dois

**AR 1244 EI / MG**

argumentos, em síntese: i) afronta aos arts. 1º da Lei 833/1949 e 343, I a III, do Código Civil de 1916 (art. 485, V, do CPC) e, ii) configuração de erro de fato, por ter o acórdão rescindendo afirmado que o marido da mãe havia registrado o investigante como filho seu, quando, na verdade, quem registrou o investigado foi o próprio investigante (art. 485, IX, do CPC).

Da leitura das decisões judiciais, desde a primeira sentença da investigatória de paternidade cumulada com petição de herança que data de 21/12/1978 (julgando procedente o pedido para declarar Antônio Carlos filho e herdeiro universal de Vicente Risola, tornando nula a certidão que o dá como filho de José Vitor Barbosa), passando pelo acórdão do TJ/MG que data de 25/02/1980 (o qual reformou a sentença e julgou improcedente o pedido da ação investigatória), até a decisão rescindenda, proferida em sede de recurso extraordinário, que data de 09/08/1983 (em que a 1ª Turma desta Corte não conheceu do RE por entender não violados os dispositivos invocados), verifica-se que a discussão sempre esteve centrada na aplicação, ou não, da presunção legal do art. 344 do Código Civil de 1916 ao caso (segundo o qual cabia privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher).

As duas últimas decisões (proferidas pelo TJ/MG e mantida pela 1ª Turma do STF) partiram da premissa fática de que o investigante (ora embargante) fora registrado pelo marido de sua mãe e de que este genitor/declarante nunca teria contestado a paternidade, motivo pelo qual o pedido da investigatória não poderia prosperar.

Há o erro de fato suscitado. Admitiu-se, no acórdão rescindendo, como existente fato inexistente, qual seja, o registro civil do investigante pelo marido de sua genitora. Acolho, pois, a conclusão do parecer do Ministério Público tal como vertido nestes autos.

Há prova incontestável, demonstrada por meio de certidão de registro civil trazida aos presentes autos (doc. 13), de que o Sr. Vicente Risola, em 04/12/1938, declarou que Antonio Carlos Risola era seu filho com D. Isolina da Silva (Certidão de Nascimento nº 3567).

Só por este fundamento já seria autorizada a desconstituição do

**AR 1244 EI / MG**

acórdão rescindendo, nos termos do art. 485, IX, do CPC.

É bem verdade que há outra certidão (doc 14), que data de 21/03/1967, em que também foi declarante o Sr. Vicente Risola, atestando que Antonio Carlos era filho de D. Isolina Silva e José Vitor Barbosa, mas, mesmo neste documento, não consta o marido da genitora do investigante como declarante (Certidão nº 2.567).

Assim sendo, verifica-se que a decisão rescindenda tomou como fatos provados e fundamentais para a sua conclusão: i) a convivência sob o mesmo teto da genitora do investigando e de seu marido, e ii) o registro civil do investigante como filho do casal, logo após o seu nascimento. Está expresso no acórdão rescindendo:

“Não há como desprezar a paternidade legítima, não contestada, existente convivência conjugal e não comprovada a situação prevista no art. 340, I, do CCB, para reconhecer paternidade ilegítima (...). Não é possível emprestar, assim, à prova produzida, na ação de investigação de paternidade, aptidão a afastar a presunção legal da paternidade legítima.”

Não há dúvida, pois, que houve erro de fato relevante apto a mudar a conclusão a que se chegou naquela oportunidade esta Corte.

Se havia a declaração inequívoca do vínculo de filiação entre investigante e investigado, em documento oficial e idôneo, a presunção do art. 344 do Código Civil de 1916 não poderia ter prevalecido. É hipótese de tombamento da presunção de paternidade do marido da mãe, em face de ausência de base de sustentação fática e jurídica de tal recurso técnico. Deveria ter sobressaído o reconhecimento da filiação declarada pelo próprio investigado, para, com base na legislação específica (especialmente o art. 1º da Lei 883/1949 e art. 363, I a III, do Código Civil de 1916), reconhecer-se ao investigante todas as consequências legais desse fato, inclusive direito de herança.

E para arremate: evidenciada a ausência, nos termos do voto da e. Relatora, de coabitação entre marido e mulher tomba, *ipso facto*, a presunção de paternidade que se atribui ao marido da mãe.

Ante o exposto, acolho os embargos infringentes, para acompanhar integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, vencido na primeira

**AR 1244 EI / MG**

assentada de julgamento da presente ação rescisória (em 09/06/1999), voto este que julgava procedente o pedido de desconstituição da decisão proferida no Recurso Extraordinário 93.886/MG, condenando os réus nos ônus da sucumbência.

Em juízo rescisório, dou provimento ao Recurso Extraordinário 93.886, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É como voto.

**22/09/2016**

**PLENÁRIO**

**EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, cumprimento o voto de Vossa Excelência e a posição desde aquela época tomada pelo Ministro **Marco Aurélio**, o qual fora voto vencido na oportunidade.

Acompanho Vossa Excelência.

22/09/2016

PLENÁRIO

**EMB.INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, repito sempre: sem fato, não há julgamento. A esta altura, é inteligente a previsão, alusiva à ação rescisória, do recurso de embargos infringentes, quando não unânime o julgamento.

Fui voz isolada no passado – devo apontá-lo recente, porque também sou recente neste Colegiado. Caminha-se para conclusão que, em última análise, como ressaltou Vossa Excelência, implicará a feitura da almejada justiça.

Procederei – de qualquer forma, não há necessidade maior, mas para compor o acórdão dos embargos infringentes –, à juntada do voto-vista por mim proferido à época, em 9 de junho de 1999, neste Plenário, e que agora vejo prevalecente:

Na assentada em que teve início o julgamento desta rescisória, afastou o Relator as causas de pedir apontadas na inicial. Consignou não haver a decisão da Primeira Turma implicado entendimento sobre a impossibilidade de investigação por ter sido o filho havido durante a sociedade conjugal, concluindo, assim, incólume a regra da Lei nº 883, de 1949 no que a viabiliza. Sua Excelência ressaltou que a Turma “limitou-se a fazer valer os preceitos dos artigos 340 a 343, 344, 346 e 347 do Código Civil”, cuja vigência fora mantida pela Lei nº 883/49. O Colegiado teria observado o disposto no artigo 344 (segundo o qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher), considerada a circunstância de não ter o investigador comprovado que a respectiva genitora estivera separada de fato. Deixou-se registrado no acórdão que:

Em verdade, o acórdão afirmou ter resultado exuberantemente provado que, ao ensejo da concepção, antes e depois dela, a mãe do investigador mantinha com



**AR 1244 EI / MG**

seu marido uma situação de convivência conjugal, que fazia presumir a permanência do estado de casados. Nesse particular, não resta, segundo o acórdão, nenhuma dúvida: o casal mantinha situação de convivência sob o mesmo teto.

Daí haver o Relator desta rescisória assentado a impossibilidade de concluir-se pela violência à lei, tendo como premissa maior, portanto, a continuidade da permanência do estado de casados. Afastou, ainda, a transgressão ao artigo 363 do Código Civil, asseverando que restara prejudicada, na espécie, a aplicação do dispositivo, porquanto não fora afastada a presunção da paternidade legítima prevista nos artigos 340 à 344, 346 e 347 do referido Código. A presunção do artigo 344 teria sido abrandada por construção jurisprudencial.

Quanto ao erro de fato, fez ver o Relator que a Turma não o cometeu, isso à luz da assertiva de que o filho fora registrado pelo próprio marido. Duas certidões teriam sido acostadas aos autos: a primeira, a de folha 98, revelando o nascimento de Antônio Carlos Risola como filho de Antônio Carlos Risola e de Isolina da Silva Risola, a segunda, de folha 99, dando conta do nascimento de Antônio Carlos da Silva Barbosa, filho de José da Silva Barbosa. Em uma e outra fora declarante o investigado Vicente Risola, sem que isso possa ser visto, consoante o Relator, como contestação do pai à paternidade. O erro não se mostrara decisivo. Daí a improcedência do pedido formulado na rescisória.

Acompanhou o Relator o Ministro Carlos Velloso, fazendo-o na qualidade de Revisor e mediante o seguinte voto:

O argumento básico do acórdão do Tribunal de Justiça, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que, ao ensejo da concepção, a mãe do investigante mantinha com seu marido situação de convivência conjugal. Não basta a ocorrência de situação de adultério para desfazer-se a presunção legal decorrente

**AR 1244 EI / MG**

desse fato.

Com essas breves considerações refletindo o resumo das notas que tomei, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

Seguiu-se o voto do Ministro Nelson Jobim, aludindo à presunção da paternidade ante o casamento e salientando que as certidões seriam importantes caso fosse declarante o marido da mãe. Concluiu Sua Excelência:

O fato do reconhecimento, por parte do investigado da paternidade, não elide a presunção da paternidade por parte do marido da mãe.

Admitiu que a regra do artigo 344, combinado com o artigo 338 do Código Civil, “da presunção da paternidade enfraqueceu-se, ou seja, perdeu a natureza absoluta com a evolução da sociedade”, aludindo à necessária interpretação da expressão “constância do casamento” não como constância legal, mas constância de fato.

Também o Ministro Maurício Corrêa pronunciou-se no sentido de que os pressupostos do artigo 340 do Código Civil não foram cumpridos. Empolgou a disposição do artigo 344, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Assim, além da inexistência de prova sobre encontrar-se o marido fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedidos ao nascimento do filho, ou de estarem os cônjuges legalmente separados, teve a regra do citado artigo 344 como absoluta, em que pese à previsão da Lei nº 883, de 1949, segundo a qual “dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação”. Acompanhou, por essas razões, o nobre Relator.

**AR 1244 EI / MG**

Pedi vista dos autos, consignando:

Senhor Presidente, tenho sérias dúvidas sobre a ênfase dada pela Corte de origem e também pela Primeira Turma deste Tribunal à circunstância, em si, de a paternidade não haver sido contestada pelo marido. Essa dúvida, diante da articulação sobre a violência ao artigo 1º da Lei nº 883/49, leva-me a um exame mais aprofundado das peças destes autos, a partir do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Por isso, vou pedir à V. Ex<sup>a</sup>, ao nobre Ministro-Relator e aos Ministros que me antecederam na votação vênha para solicitar a vista dos autos.

Havendo-os recebido em 7 de maio de 1999, neles lancei visto, declarando-me habilitado a votar em 16 imediato.

Esta ação rescisória é a derradeira chance de lograr-se êxito em uma caminhada reveladora de verdadeira *via crucis*. A esta altura, alguém, portando o patronímico do investigado - e isso em decorrência de certidão de nascimento que até aqui não se fez fulminada - esmoreceu, tendo em conta as idas e vindas do processo judicial: a vitória lograda perante o Juízo, a reforma da sentença e, nesta Corte, o não-conhecimento do extraordinário, vencidos os Ministros Oscar Corrêa (Relator) e Alfredo Buzaid, em que pese ao parecer da Procuradoria Geral da República, subscrito pelo Procurador Osvaldo Flávio Degrazia, com o “aprovo” do então Sub-Procurador Geral da República, Mauro Leite Soares, no sentido do conhecimento e provimento do recurso.

Hoje, o investigante estaria com sessenta e três anos, sendo que intentara a ação de investigação de paternidade cumulada com a petição de herança quando já falecido o investigado, bem como o suposto pai, marido da mãe. O Autor da ação de investigação, após vitória no Juízo, veio a sucumbir no Tribunal de Justiça e, também, na apreciação do extraordinário, por escassa maioria de um voto. Tudo indica

**AR 1244 EI / MG**

não haver suportado tais decisões, porquanto, em ato do mais absoluto desespero, no dia 18 de junho de 1991, deu cabo da própria vida. O atestado de óbito de folha 889 consigna como causa da morte “anemia aguda, ferimento por projétil - arma de fogo”. Não obstante, considerada a habilitação do Espólio, analisem-se os aspectos que se mostram importantes para o desfecho desta rescisória.

Na ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, o Juízo, vivenciando a instrução probatória, pois em contato pessoal com os envolvidos nas demandas, assim equacionou a espécie:

Adoto o relatório proferido a fls. 68 a 73, pelo juiz que nos antecedeu, com trânsito livre, e que constatou interesse econômico e moral no desate da demanda e considerou as partes legítimas e bem representadas. Após o lançamento do saneador, faleceu Da. Bambina Risola, uma das suplicadas, sendo por isso necessário citar seus sobrinhos, beneficiários de parte dos bens que ficaram por sua morte. Após várias diligências nesta cidade e em outros Estados, foram chamados para integrar a lide os legatários, conforme documentos de fls. e fls.

Trata-se, em síntese, de uma ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança que Antônio Carlos da Silva Barbosa move contra Da. Bambina Risola, Ana Lúcia Molo e Vicente Molo. Diz o autor que é filho do Doutor Vicente Risola, havido de suas relações com Dona Isolina da Silva Barbosa, nascido nesta cidade, no dia 2 de março de 1936 e registrado em Cartório competente às fls. 102 e 103, do Livro 27-A e, ao tempo em que foi concebido, sua genitora estava vivendo com o investigado, harmoniosamente, como se fossem marido e mulher, sob o mesmo teto, sendo que, ao nascer, o Dr. Vicente foi ao Cartório fazer as declarações necessárias para o seu assentamento e tinha um interesse

**AR 1244 EI / MG**

especial por sua formação educacional, chegando a escrever cartas para o então Ministro da Educação, solicitando-lhe a sua boa vontade no sentido de ser transferido como aluno de um estabelecimento de ensino.

Esclarece, mais, que o Dr. Vicente, ao falecer, deixou dois testamentos. No primeiro instituiu como únicos herdeiros o suplicante e sua mãe, dona Isolina, referindo-se à sua pessoa como “afilhado” e, no segundo, foi contemplado apenas com o usufruto de parte dos bens, consignando, nele, no segundo testamento, um pedido aos demais herdeiros para que zelassem por sua manutenção e educação, documento esse que mais uma vez, implicitamente, o reconhece como filho e que não foi observado e nem foram dispensados à sua pessoa os cuidados recomendados pelo “de cujos”.

Os interessados juntaram diversos documentos, fotografias, certidões, cartas particulares, etc., para lastrear suas alegações. A audiência de instrução e julgamento realizou-se em mais de uma fase, com a tomada de depoimento de todas as testemunhas arroladas. Memoriais, à guisa de alegações finais a fls. e fls. O Dr. Promotor acompanhou o desenrolar da ação.

Examinando-se as provas que vieram para os autos, quer testemunhal, quer as documentais, concluímos, com a devida atenção que o caso requer, que dona Isolina da Silva Barbosa foi casada civilmente com José Vítor Barbosa, homem velho, cansado, sexagenário, pobre, doente, enquanto dona Isolina, moça nova, bonita, vivendo seus verdes anos, por desencanto do marido, entregou-se ao Dr. Vicente Risola, cidadão vistoso, com boa posição social e oficial rico, e, juntos, talvez passaram os melhores anos de sua existência e dessa ligação, que era do conhecimento de uma grande parte de seus amigos,

**AR 1244 EI / MG**

nasceu Antônio Carlos, que daí para frente passou a receber atenções, inclusive assistência financeira e carinhos, estes, veladamente, dado o estado civil da companheira e mãe do garoto.

Os documentos que estão nos autos, todos ou quase todos, em seu conjunto, são favoráveis às pretensões do autor. As fotografias, com traços fisionômicos semelhantes entre pai e filho são indicativos de que um carrega nas veias o sangue do outro e as cartas, em que o amor paternal se faz exaltar, não deixam dúvidas quanto à paternidade do investigante. O depoimento da testemunha Adelina Boleta, fls. 263, arrolada pelos acionados, veio lançar as luzes em alguma sombra de dúvida que pudesse existir quanto à ligação amorosa existente entre o Dr. Vicente e dona Isolina, da qual resultou o nascimento de Antônio Carlos. Foi ela testemunha presencial e ocular dos fatos alegados pelo autor. Por outro lado, na inicial, o autor, através de seu advogado, deixou transparecer a existência de uma outra certidão de nascimento da qual constava a filiação de Dr. Vicente Risola e Dona Isolina. Essa certidão foi juntada às fls. 201, pelos acionados. Prova ela que, efetivamente, Vicente Risola é o pai de Antônio Carlos, muito embora não conste dos assentamentos do Cartório de Registro Civil desta comarca. É um documento valioso, indicativo da vontade férrea de Dr. Vicente Risola para assinalar a paternidade, ocultada por seus familiares em face da sociedade de então, conforme se depreende dos autos, ou se lê nas entrelinhas dos depoimentos de testemunhas.

É cediço, em investigação de paternidade, que a contestação há de versar sobre pontos definidos, que destruam por completo e por completo ilidam os enunciados da inicial, quer alegando a má conduta da mulher, ou ainda a impossibilidade física de ser

**AR 1244 EI / MG**

demandado pai do investigante.

Dona Isolina era efetivamente casada com José Vitor. Este, alquebrado, impotente, ciente de sua impossibilidade física de manter relações sexuais com a esposa, entregou-a, praticamente, nos braços do Dr. Vicente. Marido e mulher, embora vivendo sob o mesmo teto, dormiam separados. Aquele fechava os olhos para o romance da mulher, que no ardor de seus anos de mocidade atendia aos desejos da carne junto ao amante, depoimento de fls. e fls.

Não há, nestes autos, prova de má conduta de D. Isolina com outros homens. Errou, mas errou com o homem de seus sonhos, a quem se entregou, entregando, também, a alma e o coração, e José Vitor, ciente, nada reclamou segundo as testemunhas de fls. e fls. Sua voz não se levantou nunca para censurar o procedimento da mulher porque mais do que ninguém conhecia os motivos de sua conduta. Grande, bem grande era a diferença de idade entre dona Isolina e José Vítor.

A prova documental a que o autor se escorou é importante para o fim almejado, eis que os escritos exibidos estão assinados, como exige a lei, por aquele a quem se atribui a paternidade. A prova testemunhal, por sua vez, não é falha e duvidosa, sendo de jurisprudência que em termos de investigação de paternidade há de ser apreciada com absoluto rigor, principalmente quando os fatos se passaram há muitos anos atrás. O que se apurou, conforme depoimentos de fls. e fls., é que as relações entre os concubinos foram concludentemente estabelecidas e provadas. No caso vertente, essa prova é suficiente e não gera incerteza.

Dr. Vicente Risola faleceu há tempos. José Vítor, o suposto pai de Antônio Carlos, também é falecido,

**AR 1244 EI / MG**

falecimento este ocorrido bem antes do início da presente ação investigatória. Antônio Carlos foi gerado na constância do casamento, fato que não o impede de intentar a presente demanda. Aliás, os Tribunais modificaram o entendimento a este respeito após a edição da Lei nº 883, de 1949, como por exemplo: Nos termos da Lei 883, de 1949, o filho adulterino só pode investigar a dissolução da sociedade conjugal; essa restrição é imposta pela citada lei como medida de proteção à família legalmente constituída. Mas o filho natural - que já tinha a sua situação definida no Código Civil - pode fazer investigação independentemente do estado civil ou do falecimento do pretendido pai "(Rev. Forense, vol. 184, pag. 178). E o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já assentou: "Investigação de Paternidade" - "A ação de reconhecimento de paternidade pode ser proposta contra os herdeiros do pai ilegítimo, após a morte de um dos cônjuges, orientação alterada do primitivo projeto da lei 883" (T.J.M.G, "in" "Minas Forense", vol. 4, pag. 476).

A respeito, vem muito a propósito a lição do eminente civilista Washington de Barros Monteiro, no seu "Curso de Direito Civil". Direito de Família, pag. 244, Edição Saraiva, 1957:

A lei nº 883, de 21/10/49, porém, preenchendo a lacuna, veio estatuir, no artigo 1º, que "dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se declare a filiação" (acrescentamos o grifo).

Prossegue o festejado civilista pátrio:

"Como se vê, a lei não distingue mais: em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal,



**AR 1244 EI / MG**

quer por desquite, quer por morte de um dos cônjuges, possível será o reconhecimento do filho “extra-matrimonium” (Arquivo Judiciário 117/117).

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação para declarar Antônio Carlos, o autor, filho e herdeiro universal do Dr. Vicente Risola, procedendo-se, em consequência, à alteração de sua certidão de nascimento, na forma da lei, sendo nula, pois, a certidão que o dá como filho de José Vitor Barbosa.

Condeno os acionados ao pagamento de honorários de 20% do valor da causa e às custas apuradas pelo contador do Juízo.

Poços de Caldas, 21 de dezembro de 1978.

Jesus Da Cunha Araújo, Juiz De Direito da 2ª Vara (folha 35 à 39).

Extraem-se dessa peça algumas premissas. Em primeiro lugar, aqueles que, em distanciamento incomum da realidade, observam como dogma sacrossanto a regra do artigo 344 do Código Civil, segundo a qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, devendo fazê-lo no prazo de dois meses contados do nascimento, sob pena de incidir a prescrição, devem atentar para o afastamento dessa visão, distanciada da realidade, das noções próprias à dignidade do homem, presente o direito de saber e ter como pai quem o gerou, e não de ser filho presumido, pelo artigo 1º da Lei nº 883, de 1949, que reputo simplesmente interpretativo da ordem jurídica então em vigor. De qualquer forma, a ação de investigação de paternidade cumulada com a de petição de herança veio a ser ajuizada quando já falecidos o marido e o investigado. Em segundo lugar, a análise dos elementos probatórios pelo Juízo afigurou-

**AR 1244 EI / MG**

se minudente, restando consignado, até mesmo, o caráter vago da contestação ao pedido. Entrementes, os acionados mostraram-se inconformados com a sentença proferida e, aí, interpuseram apelação. O Tribunal de Justiça, sem proceder ao exame da prova produzida, portanto, sem refutar as ilações formalizadas pelo Juízo, já que teve em conta a subsistência em termos de óbice da matéria de direito, assentou:

a) a ação estaria calcada apenas no inciso I do artigo 363 do Código Civil, no que revela contarem os filhos ilegítimos, contra os pais ou seus herdeiros, com ação para o reconhecimento da filiação, se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai. Daí considerar que o concubinato leva à preexistência da separação de fato entre o marido e a mulher;

b) a convivência dos cônjuges, a coabitação, faz presumir a paternidade (*pater is est*);

c) admitida a existência do concubinato da mulher casada com outro homem, há de se aceitar a possibilidade jurídica do reconhecimento, com base no mesmo concubinato, do filho adúlterino a matre;

d) o concubinato pressupõe a vida *more uxorio* e esta não ficara provada, mencionando-se a necessidade de provar-se a estabilidade das relações, uma certa notoriedade da união e a aparente fidelidade da mulher;

e) as peças dos autos teriam demonstrado que, à época do nascimento do autor, a mãe convivia com o marido no mesmo lar, fulminando-se, então:

Esta circunstância por si só exclui o requisito da aparente fidelidade da mulher ao homem que se apontou como seu concubino;

f) não teria havido, no caso, a ação negatória de paternidade legítima pelo marido e nem fatos outros dos quais se pudesse inferir a contestação a ela pelo pai

**AR 1244 EI / MG**

presumido, como a separação de fato do casal quando da concepção;

g) o quadro estaria a conduzir “à impossibilidade jurídica o reconhecimento forçado da filiação adulterina *a matre*”;

h) convivendo a mulher com o marido sob o mesmo teto quando da concepção e nascimento do autor, a comprovação de seu adultério geraria dúvida sobre se o verdadeiro pai era o marido ou o amante, mas não poderia nunca fazer o julgador caminhar, por via do raciocínio, ao fato por provar, ou seja, qual paternidade a ser presumida;

i) a legislação estaria a impor não o reconhecimento tácito da paternidade, mas expresso (folhas 42 e 43).

Pois bem, tem-se que, sob o ângulo do concubinato, a exigência da *more uxoria* implicou a colocação em plano secundário de jurisprudência predominante desta Corte, de fácil constatação, porque estampada no Verbete nº 382: “a vida em comum, sob o mesmo teto, *more uxoria*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Aliás, a ordem natural das coisas revela a possibilidade de concepção, ainda que não existente o concubinato. No extraordinário, subscrito pelo profissional da advocacia e emérito professor Celso Agrícola Barbi, argüiu-se, consideradas as premissas do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, reveladoras de ênfase maior aos aspectos ligados à intangibilidade do matrimônio, do casamento, a violência ao artigo 363 do Código Civil, no que preceitua que, se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente, os filhos ilegítimos têm ação para demandar o reconhecimento da filiação. Consoante o sustentado, no acórdão recorrido ter-se-ia relegado a segundo plano o reconhecimento tácito da paternidade ante os atos do investigado. Eis o trecho pertinente do aresto em comento:

(...) se a circunstância de considerar-se alguém pai de

**AR 1244 EI / MG**

outrem pode ser tida como reconhecimento tácito da paternidade, não será o reconhecimento expresso, e é este que a lei reconhece como ponto de partida para a demonstração do factum probandum, que é a paternidade que se pretende provar.

Nas razões do extraordinário, argumentou-se que o Tribunal de Justiça, ao exigir o reconhecimento expresso, teria esvaziado o preceito do artigo 363, inciso III, do Código Civil. Também restou apontada a violência ao artigo 1º da Lei nº 883, no que, segundo o sustentado, o Tribunal de Justiça, apegado ao machismo que norteava a elaboração do artigo 344 do Código Civil, desprezou-o, sufragando a tese de que cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. O que se nota é que o recurso extraordinário fez-se voltado contra acórdão no qual se entendeu o tema de direito como matéria suficiente à reforma da minuciosa sentença do Juízo, no que examinada à exaustão a prova dos autos, tanto assim que se consignou a “impossibilidade jurídica” do reconhecimento forçado da filiação adulterina “*a matre*”.

Pois bem, o Relator do extraordinário, Ministro Oscar Corrêa, teve como incontrovertidos, ante a ausência de refutação pelo Tribunal de Justiça, os fatos e, aí, após transcrever parte do parecer da Procuradoria Geral da República, concluiu ser errônea a qualificação e valoração jurídica da prova produzida nos autos. Considerou o conjunto probatório como “de inigualável eloquência, em favor do investigante, tal o vigor e amplitude de que se reveste”. Mais do que isso, fez ver que “dificilmente, afirma-se, poderá a prova atingir tal extensão e rigor, em documentos de toda a natureza, que se inserem nos autos, em evidência incontestável”. À luz não só da realidade social, como também da Lei nº 883/49, refutou a óptica do Tribunal de Justiça segundo a qual “descaberia a investigação da paternidade resultante da adulterinidade *a matre*, sem a contestação da legitimidade pelo marido”.

**AR 1244 EI / MG**

Senhor Presidente, dúvidas não pesam sobre o objeto do artigo 344 do Código Civil. Conforme acentuou o Ministro Eloy da Rocha no Recurso Extraordinário nº 64.445 (RTJ 51/826), “a presunção de legitimidade dos filhos atende, principalmente, aos interesses da instituição da família”. Por outro lado, esta Corte sempre admitiu, ao menos uma vez dissolvida a sociedade conjugal e nos termos da Lei nº 883, de 21 de dezembro de 1949, a investigação de paternidade do filho adúlterino *a matre* independentemente da ação negatória intentada pelo marido, quando verificada a separação de fato. Todavia, acabou prevalecente, contra o voto do Relator e do Ministro Alfredo Buzaid, o convencimento externado pelo Ministro Néri da Silveira.

No acórdão rescindendo apontou-se, em primeiro lugar, que o marido registrara o filho como seu (folha 90). Ocorre que não se levou em conta a circunstância de haver sido o declarante do nascimento não o pai, ou seja, José Vitor Barbosa, mas o próprio investigado, Dr. Vicente Risola (certidão de folha 99), sendo que, talvez mesmo diante do prestígio que gozava, veio a conseguir uma outra certidão em que aparece não como declarante como na primeira, mas como pai do investigante e que ele próprio, investigado, teria sido o declarante do nascimento (folha 98). No caso dos autos, com o acórdão rescindendo não se adentrou o deslinde dessa controvérsia. Simplesmente ficou assentado que o marido registrara o filho como seu, o que consubstancia erro de fato, a atrair a adequação da rescisória, considerados o inciso IX e o § 1º do artigo 485 do Código de Processo Civil. Cabível é a rescisória fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, sendo que há erro quando na sentença se admite um fato inexistente ou quando se considera inexistente o fato efetivamente ocorrido.

Na hipótese, sem que tivesse sido dirimida a controvérsia no tocante ao conteúdo das certidões de nascimento, consignou-se, para revelar a im procedência do recurso extraordinário interposto, que o declarante fora o marido e não

**AR 1244 EI / MG**

o investigado, como consta de ambas as certidões. Já aqui tem-se matéria suficiente a conduzir à procedência, em si, da rescisória. Não obstante, há alicerce, ainda, na transgressão ao artigo 1º da Lei 883/49. Potencializou-se o disposto no artigo 344 do Código Civil, como se tal norma, ao restringir a investigação de paternidade à iniciativa do marido, dentro do exíguo prazo de dois meses do nascimento, pudesse ser sobreposta ao espírito do arcabouço normativo e, mais do que isso, à explicitação mediante o artigo 1º da Lei 883/49. Fez consignar o redator do acórdão rescindendo, porquanto autor do voto que conduziu ao desfecho atacado nessa rescisória:

Não vejo, pois, como afastar a presunção de paternidade legítima, não contestada em nenhum momento pelo pai do investigante, para, desprezando essa paternidade, reconhecer a paternidade ilegítima, contestada na ação pelos herdeiros do investigado, a qual não possui, em seu favor, consoante referi, a presunção que decorre da lei.

Inegavelmente, não contou o investigante com presunção decorrente da lei. Ao contrário, esta estaria direcionada à admissão da paternidade daquele com o qual a genitora se encontrava casada. Ocorre haver ele logrado comprovar, de forma robusta, a insubsistência dessa presunção. Todavia, mais uma vez, tal como ocorrera no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, potencializaram-se, a extremos, conceitos e aspectos ligados à família e à intangibilidade desta e, aí, desprezando-se a admissibilidade da investigação da paternidade pelo filho, porquanto contraria o bom senso refutá-la quando colocada em dúvida, consignou-se, em verdadeira edição de princípio:

Nosso sistema é baseado na família, que nasce do matrimônio, e a filiação que decorre do

**AR 1244 EI / MG**

matrimônio é legítima. Se o pai não contestou; ao contrário, proclamou sua paternidade - mais uma vez incidiu-se no erro de fato -, tanto que registrou o filho, imediatamente após o nascimento, e em nenhum momento contraditou esse reconhecimento, não me parece possível que, depois, se admita venha a confissão da mãe, a quem a lei (CCB, art. 346) não confere aptidão para excluir a paternidade, desfazer a presunção de legitimidade do filho nascido na constância do casamento. Nem se há de conferir aos documentos invocados aptidão para destruir o efeito jurídico que emana de uma presunção legal.

Sem dúvida, o lastro maior do acórdão proferido foi a impossibilidade de, sem a iniciativa, em si, do marido, vir-se a questionar a paternidade, uma vez ocorrido o nascimento na constância do matrimônio, como se apenas o homem pudesse ser autor de adultério, o mesmo não se verificando com a mulher, visão esta evidentemente distanciada do dia-a-dia da vida gregária, do arcabouço normativo, para mim simplesmente explicitado pelo artigo 1º da Lei nº 883/49, porquanto, até mesmo antes desta, era possível ter-se ação por parte do filho visando a elucidar paternidade ambígua, isso por não aceitar ser simplesmente presumido. E após tecer mais algumas considerações, sentenciou a Turma, na visão do voto condutor do julgamento:

O que o aresto não reconheceu foi a procedência da ação, em face precisamente da vigência da sociedade conjugal e da constância do casamento, à época da concepção do investigante, fatos que teve por proeminentes no debate, conduzindo à conclusão adotada (folha 91).

Ao assim decidir, a Turma colocou então em plano

**AR 1244 EI / MG**

secundário as normas de regência da espécie. Ademais, como já consignado, incidiu em cometimento de erro de fato ao asseverar que o declarante do nascimento fora o marido, quando, na verdade, constata-se, pelas certidões anexadas aos autos, que foi o investigado, fato sintomático e consentâneo com as premissas da sentença do Juízo. Mais do que isso, a Turma placitou óptica do Tribunal de Justiça sobre a inviabilidade de ter-se o reconhecimento tácito da paternidade, menosprezando a norma do artigo 363, inciso III, do Código Civil, reveladora da possibilidade de os filhos ilegítimos intentarem ação de investigação para reconhecimento da filiação “se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente”. Este reconhecimento fez-se, como ressaltado pelo Juízo, mediante cartas.

Repito: no acórdão rescindendo, ao exigir-se, relativamente ao concubinato e considerada a concepção que pode decorrer de uma simples relação sexual, a convivência sob o mesmo teto, *more uxoria*, abandonou-se a diretriz traçada pelo Código Civil e que restou reconhecida no Verbete 382 da Súmula desta Corte, segundo o qual “a vida em comum, sob o mesmo teto, *more uxoria*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Está-se diante de caso concreto no qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não tendo como refutar a análise da prova procedida pelo Juízo, veio a potencializar óptica distorcida sobre o alcance do arcabouço vigente, olvidando a viabilidade de proceder-se a investigação da paternidade, em que pese ao casal não se encontrar, à época, formalmente separado.

É tempo de corrigir-se a situação resultante do julgado, não considerados os interesses diretos do próprio investigante, mas a persistência daqueles que lhe sucederam. Diria mesmo que este processo encerra uma trágica situação jurídica, contendo elementos que dariam para a elaboração de um livro, cuja trama tem desfecho trágico, distanciado da realidade e,



**AR 1244 EI / MG**

mais do que isso, conflitante com a ordem jurídica. Ao invés de um filho haver herdado, acabaram por fazê-lo parentes consangüíneos, é certo, colaterais, implicando esse desenlace terrível frustração à qual veio sucumbir, ante, até mesmo, a demora no julgamento final desta rescisória, o próprio investigador.

Peço vênia àqueles que me antecederam na votação deste caso para não emprestar endosso ao que entendo ser contrário às normas em vigor, ao Direito e à Justiça. Julgo procedente o pedido formulado na rescisória e, rescindindo o acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.886/MG, concludo pelo conhecimento e provimento do extraordinário, adotando, assim, as ópticas da Procuradoria Geral da República, no que oficiou no citado recurso, do Relator, Ministro Oscar Corrêa, bem como do vogal, Ministro Alfredo Buzaid, que o acompanhou.

É como voto na espécie, condenando os réus desta ação rescisória nos ônus da sucumbência, dadas as custas despendidas e os honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa devidamente corrigido.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**EMB. INFR. NA AÇÃO RESCISÓRIA 1.244**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

EMBTE. : ESPÓLIO DE ANTONIO CARLOS DA SILVA RISOLA, POR SUA  
INVENTARIANTE LOURDES HENRIQUE

ADV.(A/S) : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ (DF015553/)

EMBDOS. : ANNA LUIZA RISOLA MOLLO

ADV.(A/S) : FERNANDO NEVES DA SILVA (02030/DF)

ADV.(A/S) : EVANDRO PERTENCE (11841/DF)

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, deferiu o pedido das partes de adiamento do julgamento. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso, este representando o Supremo Tribunal Federal no evento "O poder das cortes constitucionais no mundo globalizado", na Universidade de Nova York. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.12.2015.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, acolheu os embargos infringentes e julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio proferido na sessão do Plenário de 9 de junho de 1999. Impedidos os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado *Global Constitutionalism Seminar*, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário