

Da prescrição da ação de investigação de paternidade

Lino de Moraes Leme

1. Os argumentos em que se fundam os que sustentam ser imprescritível a ação de investigação de paternidade, são os seguintes: a) o estado da pessoa não prescreve; b) as ações de estado não prescrevem.

2. Sem dúvida, *o estado da pessoa não prescreve*. Mas, quem tem o estado de filho? — O que tem, a seu favor, as presunções dos artigos 338 e 339 do Código Civil. Por isso ele estabelece, no art. 350: “A ação de prova de filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz”. Essa a razão por que o legislador português declarou imprescritível “o direito do filho legítimo a vindicar o estado que lhe pertence” (Cod. Civ., art. 11, decreto n. 2, de 25-12-10, art. 14), ao passo que declarou prescritível a ação para investigação de paternidade ilegítima.

Como diz PERDIGÃO MALHEIRO, *Comentário à lei n. 463, de 2 de setembro de 1847*, p. 134: “. . . em um povo civilizado e cristão, o casamento e a filiação legítima devem ser protegidos e favorecidos”. É, aliás, o que estabelece a Constituição federal, no art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.

E foi por isso que, tendo estabelecido a citada presunção, procurou a lei facilitar, aos filhos nascidos do casamento, os meios de provar que são filhos legítimos.

3. Poder-se-á pretender, com base no asserto de CLOVIS BEVILAQUA (*Teoria geral do direito*, 2.^a ed., § 79) — que o estado da pessoa diz respeito à ordem pública, é inalienável, imprescritível, e que, portanto, é imprescritível a ação de investigação de paternidade.

Para logo se dá a resposta de que as legislações, com exceção do Código argentino, consideram prescritível essa ação, e desbaratado fica o argumento.

São os seguintes os prazos da prescrição:

a) um ano após o nascimento — Cod. suízo, art. 308, devendo a ação ser intentada pela mãe ou pelo curador nomeado ao filho, desde que o mesmo nasceu ou que a mãe informou da gravidês;

b) um ano após a maioridade do filho — lei francesa de 16 de novembro de 1912, que substituiu o art. 340 do Cod. Civil, e igual prazo na Inglaterra e na Venezuela;

c) quatro anos após a maioridade, na Bélgica;

d) cinco anos após a maioridade do filho — lei uruguáia de 5 de setembro de 1914, e também na Holanda;

e) dez anos após a maioridade, no caso de sedução ou rapto, no Chile (Cod. Civ., art. 287);

f) até a morte do pái, salvo se se verificar durante a menoridade do investigante, em Honduras (Cod. Civ. de 1906, art. 287);

g) até um ano após o falecimento do pai, ou até quatro após a maioridade, se o filho era menor quando o pai faleceu, em Portugal (decr. n. 2, de 25 de dezembro de 1910, art. 37).

O Cod. alemão e o austríaco não teem um artigo especial sobre a prescrição dessa ação. Por isso, CALOYANNI, *Le droit de l'enfant dans le Code Civil suisse, en comparaison avec le droit des autres pays*, 1928, dá-lhe o prazo de trinta anos, que é o da prescrição ordinária (p. 56), da mesma fórmula que no direito brasileiro.

4. O número anterior mostra o sentido em que devem ser entendidas as palavras de CLOVIS BEVILÁQUA, o mestre dos mestres.

Confirma essa inteligência o art. 194 do Código Civil alemão: “O direito de exigir de outrem uma ação ou abstenção (reclamação) é submetido à prescrição. A reclamação que deriva de uma relação de família não está sujeita à prescrição, *quando tem por fim o restabelecimento, para o futuro, de um ato de acordo com essas relações*”.

Fazendo a exegese desse artigo, diz PLANCK, citado por CARPENTER, *Manual do Cod. Civ.*, v., p. 199: “A exceção de que se trata só se refere àquelas ações que se destinam ao restabelecimento, para o futuro, de uma situação de fato correspondente aos direitos de família do sujeito ativo da ação”.

Não se refere a afirmação de CLOVIS, evidentemente, aos filhos naturais não reconhecidos, que não tendo o estado de filho, pretendem adquiri-lo.

E' o próprio egrégio autor quem, por assim dizer, faz a exegese de suas palavras, quando escreve, no *Cod. Civ.*, 5.^a ed., p. 340, no comentário ao art. 363: “Ora, das razões acima expostas resulta que a interpretação literal do art. 363, princípio, *maximé atendendo-se ao prazo da ação, que é de trinta anos, por não lhe ter sido fixado outro mais curto, é contrária à boa razão*”.

Nas *Soluções práticas de Direito*, igualmente escreve: “... a ação, sendo pessoal e não tendo prazo próprio, somente no fim de trinta anos estará prescrita”.

Quando se diz que o estado das pessoas é imprescritível, quer-se dizer que se não perde por prescrição (arg. das palavras de ALMEIDA OLIVEIRA, *A Prescrição*, p. 67). Também não se adquirem por prescrição, e sim em virtude da lei ou de sentença.

Quem não possuir o estado de filho, precisa adquiri-lo — ou pelo reconhecimento voluntário, ou pelo reconhecimento forçado, que é a ação de investigação. E esta prescreve como todas as ações.

5. Pretende-se ainda que as ações de estado não prescrevem, mas estão sujeitas aos prazos de caducidade. O objetivo do argumento é afastar essas ações dos prazos de prescrição editados pelo Código.

Já é alguma coisa o admitir-se que essas ações estão sujeitas a prazos de caducidade...

CARPENTER (Manual Paulo de Lacerda, *Da Prescrição*, p. 192), depois de enumerar as ações de estado, escreve: “Destas ações, umas teem prescrições especiais de prazo breve, na conformidade do art. 178 do Código, e outras recaem na regra geral do art. 177 (prescrição trintenária)”. A seguir, nessa página e na seguinte refere as ações que teem prescrições especiais de prazo breve, e escreve (p. 193 e seg.):

“Assim o diz o próprio art. 166 do Código, que só veda ao juiz de conhecer de officio a prescrição, quando se tratar de ações que protejam direitos patrimoniais, a saber, ações pessoais e reais, mas não ações de estado. A razão da lei facil é de ser percebida. Se à paz pública convém que não se revolvam velhas questões sôbre direitos patrimoniais (sejam obrigacionais, sejam reais), muito mais a ela deve importar que não se reacendam litígios sobre a posse de estado e, em geral, sôbre as questões de estado das pessoas (Omissis). *De tudo isso se infere a razão da lei, quando permitiu que nas ações de estado o juiz pudesse decretar de officio a prescrição: é que nelas os interesses da paz pública falam ainda mais alto do que nas ações que protegem os direitos patrimoniais*”.

Essa opinião de CARPENTER é sufragada por ARÍ AZEVEDO FRANCO, *Da prescrição extintiva*, e pelos escritores que declaram prescritivel a ação de investigação de paternidade.

Se as ações de estado fossem imprescritiveis, não se justificariam os casos de prescrição do art. 178, na parte referente a essas ações, nem o do art. 208.

E' de notar que o Código suíço, ao estabelecer, no art. 127, a regra sobre a prescrição das ações, se reporta a artigos do Código Civil, alguns referentes às ações de estado.

6. Deve falar-se em *prescrição*, ou em *caducidade*, relativamente às ações de estado?

Entendem alguns que a prescrição rege o campo econômico, e a caducidade o campo moral do direito. E incongruentemente falam de prescrição de ações que tutelam apenas interesses morais.

A técnica, de fato, introduziu uma diferença entre prescrição de ação e decadência de direito: aquela suscetível de suspensão e interrupção; esta, não. Mas os efeitos são os mesmos: prescrita a ação, está paralisado o direito; prescrito este, ou com a decadência, está paralisada a ação. Em D. R. havia diferença quanto aos efeitos — a prescrição da ação não aniquilava completamente o direito, pois subsistia a obrigação; em nosso direito, não.

COELHO DA ROCHA, *Dir. Civ.*, § 454, define, com o Código da Austria: "Prescrição é a perda de um direito". Introduzida a diferença, passou ela a significar a *perda da ação*, reservado o vocábulo decadência para a *perda do direito*.

O conceito de decadência aí está. Pode-se precisar que ela se verifica pelo *inadimplemento de uma condição, ou de uma formalidade*, no prazo estabelecido pela lei, como, em relação à prescrição, que ela se opera pelo *não exercício da ação, em certo prazo*. Como diz PUGLIESE, trata-se de um direito em via de formação, que, não exercido em certo prazo, morre antes de haver desenvolvido a sua eficácia.

A lei marca um prazo para ser feita a reclamação contra o lançamento, e o interessado deixou escoar-se o prazo: perdeu o direito. Estabelece a lei que o acionista de uma sociedade anônima deverá reclamar os seus dividendos em certo prazo, sob pena de comisso, e o acionista não os reclama no devido tempo: perdeu o direito. O comprador deixou correr o prazo sem utilizar-se do direito de resgate, que pactuara: perdeu-o. O condômino, em coisa indivisi-

vel, não deposita o preço dentro em seis meses: perde o direito de haver para si a coisa vendida a estranho. Os herdeiros deixam de requerer o inventário no prazo de trinta dias: perde o direito de pagar sem multa o imposto *causa mortis*.

E' um erro pretender fazer-se uma enumeração casuística, como tentou MAXIMILIANO, *O Direito*, v. I, p. 41. Toda ciência tem princípios. Ou o conceito de decadência se regula por um princípio, ou ainda se encontra na fase empírica.

Esse princípio existe. Infelizmente, por falta de meditação, tem-se estabelecido a respeito *confusão*, a ponto de se entender que a prescrição é um instituto do direito das obrigações, enquanto que a decadência o é do direito de família, como se não tivesse sentido a frase — *prescrição da ação*.

Essa a orientação seguida pelo Projeto de Código Civil argentino, que, de acordo com as idéias de BABILONI, estabeleceu não prescreverem *as ações inerentes ao direito de família*. E, no art. 391, estabeleceu o prazo para se intentar a *ação* de nulidade de casamento; no art. 446, o da *ação* para impugnação da paternidade; no art. 467, a de impugnação de filiação; no 468, o da de investigação de paternidade ou de maternidade.

No entanto, tão forte é a força da lógica que, no art. 451, estabelece esse Código: “A faculdade de impugnar a legitimidade ou a filiação nos casos dos arts. 449 e 450, *não prescreve*, nem se extingue por renúncia, embora se extinguam os direitos econômicos adquiridos”.

Se a prescrição é a *extinção da ação*, quando de *ação* se fala — de *prescrição* se trata. E a prova está no próprio Código e artigos citados.

A conclusão insofismavel é a que defendemos: a *ação*, qualquer que ela seja, está subordinada à prescrição; a lei, em certos casos, fixa um prazo para o exercício de um direito: aí se trata de caducidade.

E' a força da verdade, demonstrada pela lógica.

7. Se quiséssemos sair do campo jurídico, outros argumentos teríamos a acrescentar.

E pois que assim limitámos o âmbito deste trabalho, vamos passar a indagar quando começa a prescrição da ação de investigação de paternidade.

Se o nascimento ocorreu na vigência do Código Civil, nenhuma divergência pode haver: o prazo começa a contar da data em que cessar a suspensão estabelecida no art. 169, n. I.

A dificuldade se apresenta em relação às pessoas nascidas anteriormente a esse Código. Essa a matéria que passa a ser examinada.

8. *As Ordenações*, liv. IV e tit. 99, princ. e § 1.º, davam ao filho direito a alimentos, mesmo que fossem espúrios e de qualquer outra condição. A propósito, TRIGO LOUREIRO, *Dir. civ. bras.*, lembra que o papa BENEDICTO XIV, *de Synodo Diocesana*, liv. 13, cap. 23, decidiu que os Clérigos e Beneficiados eram obrigados a alimentar seus filhos ilegítimos não só pelo seu patrimônio como também pelos réditos eclesiásticos.

E as *Ordenações*, liv. IV, tit. 92, declaram haver direito sucessório — o filho ilegítimo, quando for descendente de peão, isto é, de plebeu não nobre.

A lei n. 463, de 2-9-1847, modificou o direito anterior, nos seguintes termos: “Art. 1.º Aos filhos naturais dos nobres ficam estensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord., L. 4.º, Tit. 92, competem aos filhos naturais dos plebeus. Art. 2.º O reconhecimento do pái feito por escritura pública antes do seu casamento, é indispensavel para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo ele com filhos legítimos do mesmo pái. Art. 3.º A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escritura pública, ou testamento. Art. 4.º Ficam revogadas quaisquer disposições em contrário”.

Com esses elementos, que representam o direito applicavel, deve resolver-se a questão.

9. Essa lei n. 463 pretendeu modificar o direito anterior, tanto em matéria de alimentos como na de reconhecimento dos filhos naturais? TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 5.^a ed., nota n. 7 ao art. 212, REBOUÇAS, *Observação da Cons. das leis civis*, pag. 62-66, pela afirmativa; pela negativa, PERDIGÃO MALHEIRO, *Comentário à lei n. 463 de 2 de setembro de 1874*, pag. 14; CÂNDIDO MENDES, *Código Filipino*, v. 2, pag. 987, nota 5; LAFAYETTE, *Direito de família*, nota XII; TARQUÍNIO DE SOUSA FILHO, *Investigação da paternidade natural na ação de alimentos*, in *O Direito*, 28/161; JOÃO LUIZ ALVES, *Da investigação da paternidade no direito pátrio*, in *O Direito*, 80/161; JOÃO MONTEIRO, *Universalização do direito*, p. 57 e nota; ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Manual de Cod. Civ. bras.*, col. PAULO LACERDA, v. VI, pag. 150.

PERDIGÃO MALHEIRO assim se manifesta: “A lei alterou a prova da filiação natural para a sucessão paterna, reduzindo-a a *escritura pública e testamento*, nos termos dos arts. 2.º e 3.º; e, portanto, dependente da vontade do pái para esse fim. *Não inovou porém, a legislação* anterior quanto a essa prova para outros efeitos de direito; entre os quais os *alimentos*, e o *estado*. Nesta ação, pois, são admissíveis todas as provas, mesmo conjeturais, e nem se exige tanto rigor, como para a sucessão (omissis). Sendo assim, é consequência necessária que a sentença nela proferida, podendo fundar-se em outras provas, que não as únicas declaradas na lei, *embora valha para o efeito de alimentos e estado do filho, não vale para a sucessão*” (p. 14).

Retruca-lhe TEIXEIRA DE FREITAS: “Não entendo esse art. 3.º da lei de 1847 como o entendeu em seu coment. o sr. dr. PERDIGÃO MALHEIRO (omissis). Declarando o art. 3.º da citada lei, que a prova da filiação natural (note-se bem) — *nos outros casos* — só pode ser feita por escritura pública, ou testamento, é de evidencia que refere-se a mais de um caso, e portanto compreende alguma cousa mais do que o caso oposto ao excetuado no art. 2.º. Por outra, esse art. 3.º não diz simplesmente que a filiação natural só pode ser provada por escritura pública ou testamento, quando não

concorreram à herança paterna filhos legítimos do mesmo pái; o que diz é que — *em todos os outros casos* — a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios” (p. 154-155).

Em a nota XII, de seu *Direito de família*, LAFAYETTE opinando a respeito, adota a opinião de PERDIGÃO, pelos seguintes argumentos: 1.º) A prova de filiação natural, para o efeito de sucessão, deve ser mais completa e rigorosa do que para alimentos; 2.º) A inteligência em sentido contrário importaria, para os filhos naturais não reconhecidos, a privação do direito de pedir alimentos, e isso somente podia resultar de disposição expressa; 3.º) A disposição do art. 3.º a prova de filiação natural *nos outros casos* só se poderá fazer por um dos seguintes modos: “escritura pública ou testamento” não tem nem gramatical, nem logicamente o sentido que se lhe tem querido dar. A frase *adversativa* “nos outros casos” é contraposta à disposição do art. 2.º. Este artigo prescreve que o reconhecimento, na hipótese a que alude (para os reconhecidos concorreram à herança com os legítimos do mesmo pai) não possa ser feito senão por escritura pública. “Nos outros casos” (art. 3.º) quer dizer a lei: nos casos em que os naturais não tenham de concorrer à herança com os legítimos, o reconhecimento pode ser feito por escritura pública ou também por testamento” (1).

O objetivo da lei n. 463 foi unicamente alterar a *Ord.* que se refere ao direito sucessório. O projeto primitivo tinha apenas um artigo, que dizia — “Fica derogada a *Ord.* L. 4.º Tit. 92, na parte em que estabelece distinção entre filhos naturais de nobres e de peões, em relação ao direito hereditário”. A esse projeto, SOUSA FRANÇA ofereceu a seguinte emenda aditiva: “Para que o filho natural possa partilhar a herança de seu pai conjuntamente com os legítimos, será necessário que obtenha dele o reconhecimento

(1) Os dois últimos argumentos não escaparam a TARQUÍNIO DE SOUSA, em seu citado trabalho, de 1881.

por escritura pública outorgada em época anterior ao seu casamento. Nos outros casos se fará a prova de filiação natural por escritura pública, ou por testamento exclusivamente; e neste último caso será a herança considerada a todos os respeitos como legado, podendo o pai natural reduzi-lo e impor-lhe as condições que lhe aprouver no mesmo testamento”. A justificação e a discussão do projeto e da emenda mostram que apenas do direito sucessório se tratou, não se tendo alterado, portanto, a *Ord.* do mesmo livro, tit. 99.

10. Como observa JOÃO LUIZ ALVES, em seu citado trabalho, “quando parecia estar firmado o princípio da livre pesquisa da paternidade, porque a lei de 1847 só o revogou para o exclusivo fim da sucessão, nova controvérsia surgiu em virtude das disposições do art. 7.º § 1.º *alin.* e art. 8.º do decr. de 24 de janeiro de 1890”. Esse decreto fala em prova da filiação natural paterna — por confissão espontânea, pelo reconhecimento em escritura pública, ou no ato do nascimento, ou em outro documento autêntico oferecido pelo pai.

JOÃO MONTEIRO já entendera que o dispositivo do decreto n. 181, referindo-se a impedimentos matrimoniais, não se deve estender a outras relações. A esse argumento, originado do fim da lei, JOÃO LUIZ acrescenta o de TARQUÍNIO-LAFAYETTE, em relação à lei de 1847, de que se não pode dar à lei uma inteligência que prive de direito os filhos naturais não reconhecidos, e de que, a entender-se revogado, pelo decr. de 1890, o direito anterior, a respeito do reconhecimento forçado da filiação, força seria concluir pela revogação do diploma de 1847, quanto ao reconhecimento que confere direito sucessório aos filhos naturais — o que ninguém sustenta, e conclui: “... a investigação da paternidade foi sempre permitida em nosso direito, mediante qualquer gênero de provas.

Depois de se referir à controvérsia, ESTEVÃO DE ALMEIDA (2) assim conclui: “Do expendido resulta esta síntese do direito vigente antes do Código, quanto ao reconhecimento forçado: mediante qualquer gênero de prova, era permitida a investigação da paternidade, tanto dos filhos naturais como dos espúrios, restrita, porem, em seus efeitos, à obtenção *de alimentos e do estado*, depois da lei de 1847, e, vigorando esta, quanto à sucessão, tornado por ela dependente de voluntário reconhecimento do pái, limitado aos filhos naturais em espécie e feito só por escritura pública ou testamento”.

PAULO DE LACERDA, porém, sustentava, em 1906: “O decr. 181, de 24 de janeiro de 1890, ampliou os modos de reconhecimento da filiação natural paterna (*omissis*). E nada mais acrescentando, não alterou, senão pela ampliação dos modos de reconhecimento o direito vigente. E isso, não que pelas fôrmas de reconhecimento admitidas, alem daquelas da lei de 1847, deixem de ser atribuidos direitos sucessórios, como diz o emérito CLOVIS, *Direito da família*, § 169; mas que elas são outras tantas portas abertas ao filho natural para entrar na família paterna sob o império e em toda a plenitude do direito existente ao tempo do decr. 181 de 1890, e até hoje inalterado”. E reporta-se à interpretação de COELHO RODRIGUES, autor da lei, na *Revista mensal*, 9/110.

Do que se expôs resulta não haver o decr. n. 181 revogado o direito anterior, com referência ao direito dos filhos naturais. Aliás, de suas próprias palavras — “... a filiação natural paterna *tambem* pode provar-se...” — se verifica que o objetivo foi *ampliar* os meios de prova.

11. A ação de investigação de paternidade é prejudicial, para as de *alimentos* e de *petição de herança*.

A ação de investigação de paternidade é uma ação pessoal, de estado, no direito de família puro. As ações de

(2) *Manual do Cod. Civ.*, col. Paulo de Lacerda, v. VI, p. 150.

(3) Parecer in *O Direito*, 100/457.

alimentos, de petição de herança, teem essa ação de estado como pressuposto. Não se admite ação de alimentos ou de petição de herança, sem que ou antes, ou na mesma ação, se vindique o estado de família.

Por isso, as ações de estado são chamadas *prejudiciais*. Sôbre elas, escreveram CORREIA TELES, *Doutrina das ações*, § 3.º, e JOÃO MONTEIRO, especialmente na *Doutrina das ações*, ps. 55 e seguintes.

São deste os seguintes conceitos:

— “Não menos decisivo é o caso figurado no fr. 8, de *agnoscendis et alendis* (XXV, 2). Em ação de alimentos, o réu nega que é pai ou filho do autor: o juiz não deve dar ou negar os alimentos pedidos sem que primeiramente se prove ser o autor filho ou pai do réu” (p. 59).

— “Vindo a questão prejudicial com a contestação ao libelo, indubitavelmente a sentença, se ela proceder, lhe há de ligar o efeito lógico de deixar sem base a ação; e assim, consoante os princípios informativos do processo, com menor esforço se obterá o máximo resultado” (p. 60).

— E, citando a GLÜCK: “Em se tratando do estado de uma pessoa, não é possível julgar dos direitos e obrigações que dele derivam, sem que antes se haja assegurado o estado mesmo; porquanto, da decisão sobre o estado depende contemporaneamente a de muitas outras que lhe são dependentes” (p. 62).

Nem pode haver dúvida que, à semelhança das questões prejudiciais, no processo penal, quando cumulada a ação de investigação à de alimentos ou à de petição de herança, não é possível conceder aqueles, ou deferir esta, sem que previamente tenha o juiz se pronunciado sobre o estado da pessoa. Com efeito, como deferir a herança a alguém, como filho, sem preliminarmente ser apurado se o é?

Daí a decisão in *Revista do Direito*, 99/93: A ação de investigação de paternidade é prejudicial para a ação de petição de herança. Para poder exercitar esta ação, é mister poder exercer a primeira, visto o carater prejudicial desta. A ação de petição de herança pode vir depois da de

investigação, ou cumulada com esta; nunca, sózinha. Isso evidencia a dependência em que a petição da herança está da investigação.

Portanto, prescrita, a primeira ação, não poderá ser exercida a segunda.

12. Se o filho podia intentar a ação de investigação de paternidade anteriormente ao Código Civil, não pode a prescrição da mesma começar a correr da vigência dessa lei. Correrá a partir da data em que ele houver atingido a puberdade, nos termos das *Ordenações*, Livro IV, tit. 79, alin. 2, e de acôrdo com o ensinamento de GOELHO DA ROCHA (4): “Todas as obrigações, ou, o que vale o mesmo, todos os direitos, e ações correspondentes podem ser extintos pela *extintiva*, exceto aqueles que a lei declara imprescritíveis”. E o prazo da prescrição das ações pessoais era de trinta anos, como se vê no mesmo tit. 79, citado, e como diz a ementa de ac. do Tribunal de Apelação de S. Paulo (5).

13. Assim se alicerçam as seguintes conclusões:

1.ª) A ação de investigação de paternidade é prescricional;

2.ª) O prazo da prescrição, em relação aos nascimentos ocorridos anteriormente ao Código Civil, conta-se da data em que o filho atingiu a idade da puberdade legal.

(4) *Instituições de dir. civ. port.*, v. 2, p. 43.

(5) *Revista dos Tribunais*, 21/201.