
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

RAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Investigação de Paternidade

P.R.C., investigador,

representado por sua mãe, V.C., apelante;

A.N.C., apelado.

COLEND A CÂMARA CÍVEL:

1. Trata-se de ação de investigação de paternidade fundada no art. 363, inciso II, *in fine*, do Código Civil, que foi julgada improcedente, em suma, pela sentença de primeiro grau porque: a) não houve precisão no tempo, exata, das relações sexuais; b) há presunção de impotência do réu, que contava 65 anos de idade à época das imputadas relações, segundo opinião científica; c) analisando a prova da honorabilidade da mãe do autor, restou comprovado que ela era devassa, imoral, mantendo, segundo apurado nos autos, relações sexuais com outros empregados da fazenda pertencente ao réu; d) não resultou a prova de existência de concubinato; e) ausente o requisito da fidelidade; f) enfim, diante das provas testemunhal, morfológica, hematológica e pelas presunções, todas favoráveis ao investigado, no máximo — aduz a sentença — haveria, na melhor hipótese, equilíbrio, não podendo ser solucionado a lide em favor do autor, senão estar-se-ia condenando o investigado pelo só risco remoto da paternidade.

Irresignado com o decisório apelou o investigador.

Tenho que a apelação merece provimento.

2. Numa análise de um fôlego, delibatória, tem-se a impressão fugaz de equilíbrio entre as provas produzidas pelas partes. No entanto, examinando-as maieuticamente, segundo os princípios reguladores do ônus da prova, denota-se que a investigatória, em verdade, deveria ser julgada procedente.

Convém estabelecer, de pronto, o real supedâneo da ação em tela. Diversamente do entendimento colhido pelo digno juiz, a inicial — embora se refira, indviduosamente, aos dois incisos (I e II) do art. 363 — descreve tão-somente os fatos das relações sexuais (última parte do inc. II, do mencionado dispositivo legal). Assim, é relevante, como fundamento da ação, apenas o descrito, os fatos alegados, não a indicação isolada do inciso do Código Civil (conforme consta do item II, fl. 4).

R. Minist. Públ. nova Fase	Porto Alegre	v.1	n.17	p.138-43	1984
----------------------------	--------------	-----	------	----------	------

Ademais, mesmo que se admitisse o fundamento cumulado do concubinato — e a doutrina aceita a conjunção de dois fundamentos do referido artigo pela parte autora — e as relações de sexo, não haveria nenhum óbice no cabimento e julgamento da ação. Primeiro, é de afastar-se a existência de concubinato, em sua moderna e mais liberal acepção, pela evidente falta do pressuposto da notoriedade da união. Segundo, de qualquer sorte, a questão restou superada pela possibilidade de julgamento da ação por inegáveis as relações sexuais à época da concepção, de acordo com o entendimento da jurisprudência (RT., 177/202-177/256).

É mister cingir, então, a investigação apenas no que pertine às relações sexuais como base da ação.

3. Parte da doutrina nos ensina que a presunção legal de paternidade alcança os dois incisos do art. 363, do Código Civil, ou seja, I e II, bastando que se prove o fato substancial suporte da pretensão, as relações sexuais, no caso vertente, e a presunção da geração filial operará, ao depois, em terceiro plano, nesse sentido, expressamente, Lourenço Mário Prunes, in 'Investigação de Paternidade', p. 33-34, 2ª edição, 1978, Sugestões Literárias S.A., São Paulo. Aderindo a essa tese, confira-se Pinto Ferreira, em sua excelente e recentíssima obra, "Investigação de Paternidade, Concubinato e Alimentos", p. 72, Ed. Saraiva, 1980.

Entretanto, sem definir a solução da questão, no sentido de quais incisos alcançaria a presunção mencionada, por ora, poder-se-á adotar o que parece constituir a melhor doutrina, que é mais restrita e desfavoreceria ao investigante, a qual entende aplicável a presunção tão-somente ao caso de concubinato (inciso I).

Mesmo assim, creio que se resolve o dilema perquirindo-se quais os fatos que o autor deve mostrar provavelmente na ação de investigação fundada, como no caso em análise, nas relações sexuais entre a mãe do autor e o ré, coincidentes com a concepção do investigante. E para resumir referiremos julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, cuja ementa segue:

"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ÔNUS DA PROVA.

Na ação de investigação de paternidade fundada no art. 363, inc. II, do C.C., última parte, incumbe ao autor provar apenas as relações sexuais entre o pretendido pai e sua mãe e a coincidência delas com a concepção.

DEFESA.

*Admite-se a defesa baseada na 'plurium concubentium', mas se a exige precisa quanto à época, com a identidade dos que, no período da concepção, tiveram comércio sexual com a mãe do autor" (Ap. cível nº 27.085, 1ª Câmara Cível, julgada em 25 de abril de 1978, maioria de votos, Relator Des. Cristiano Graeff Júnior, inserto na RJ do TJRS., nº 72, Tomo I, p. 289). Votou vencido o Des. Oscar Gomes Nunes. Com o respeito que merece, *data venia*, o voto vencido, além de praticamente aniquilar com a pretensão em casos símiles, posto que o fundamento legal é daqueles em que a causa é mais ingrata ao autor — pois tem o ônus de provar a coincidência das relações carnis com a concepção —, afronta no fundo, o fundamento da carga da prova e viola os princípios norteadores do art. 333, I e II, do CPC.*

Com efeito, consoante advertência de Hernando Devis Echandia, o fundamento da carga da prova reside nos princípios da lógica, da justiça distributiva e na igualdade das partes ante a lei e o processo, isto é, na necessidade de dar a todas as partes uma adequada e igual oportunidade e um guia seguro para a defesa de seus direitos (*in* 'Compendio de Derecho Procesal', Tomo II, Pruebas Judiciales, p. 143, 1973, 3ª edição, Bogotá). No mesmo sentido do texto é a posição de Chiovenda e Rosenberg.

O douto voto vencido exigia, ainda, do autor, o ônus de provar que a mulher de quem nasceu o investigante àquela época não mantinha relações sexuais com outros homens. Ora, tal situação é matéria de defesa e não fato constitutivo do direito do autor, similar à exceção de concubinato plúrimo, que é admissível alegar tanto no concubinato como na hipótese de relações sexuais. Como adverte a melhor doutrina, o autor deverá provar: a) as relações sexuais de sua mãe com o homem a que se atribui a paternidade; b) a época desse comércio sexual; c) a data do nascimento; d) o comércio sexual coincidindo com a concepção (Soares de Farias, *apud* Pinto Ferreira, ob. cit., pág. 60, onde adere a esse ensinamento e assinala 'infra' que a má conduta da mulher e que esta, na mesma ocasião, teve relações sexuais com outros homens, é matéria de defesa). Assim, haveria — ao admitir-se como certa a tese sustentada pelo voto vencido — indevida transferência de carga processual de prova ao autor. O investigante teria que provar os fatos básicos constitutivos de seu direito (inciso I do art. 333, do CPC., e que é consabido difícil de provar face ao normal ocultamento das conjunções sexuais, e o fato impeditivo ou extintivo (inciso II), que incumbe, diante do sistema processual, ao réu.

Nesse passo, além de inovador, o acórdão é digno de ser relido pelas inúmeras lições aplicáveis ao caso concreto, dispensando outras considerações após o brilhante voto do relator e que resultou na adesão integral do eminente Des. Athos Gusmão Carneiro (f. 293, loc. cit.).

Creio que seria obrigar ao autor a comprovar uma *probatio diabolica*.

E os fatos básicos para a procedência da ação, já anotados anteriormente, entendo convincentemente provados no sentido de concluir-se que o investigado é pai do autor, visto que a prova jamais será absoluta na hipótese do inc. II, última parte, do artigo 363, do C.C.

4. Vejamos as provas.

Prefacialmente, embora deva o julgador cercar-se de maiores cautelas, de conformidade com a doutrina e jurisprudência, admissível se afigura a prova testemunhal de serviçais em se tratando de ações de estado.

Denota-se a sinceridade estampada nos depoimentos de V., mãe do autor, às fls. 51-52, bem assim, Elaine, fl. 88 e verso, esta com 13 anos à época em que presenciou as relações sexuais entre investigado e V. Basta ler com cuidado o depoimento da mãe do autor para conferir que não escondeu nada para seu possível benefício.

A prova documental (fls. 10 e 14) reforça a convicção judicial. Notadamente o documento por último apontado, remessa de Cr\$ 10.000,00, é muito elucidante.

E se se tratasse de pagamentos oriundos de relações trabalhistas, cuidaria o réu de impugnar mediante documentos porque foi o próprio nobre procurador do réu quem assistiu, na esfera trabalhista, ao pagamento feito pelo réu à mãe do autor, conforme fl. 51, verso, *infra*, do depoimento feito por V. Trata-se, pois, de pagamento referente ao implícito reconhecimento filial, que não sofreu, indubitavelmente, contradita. Teria — pergunta-se — o investigado silenciado, se foi seu próprio atual advogado quem efetuou os devidos pagamentos laborais, ao ensejo da apresentação do documento de fl. 14?

É raro obter-se prova tão convincente quanto à existência da certeza das relações sexuais, conforme se vê do depoimento de Elaine, já referido.

De outra parte, a prova (?) produzida pelo réu, além de contraditória e manifestamente parcial, não chega a infirmar a prova apresentada nos autos e que é favorável à procedência do pedido.

A testemunha Agostinho (fl. 63 e verso) afirma que não pernoitava na casa do seu patrão eventual, o réu, no entanto manteve relações sexuais com a mãe do autor um sem número de vezes que chegou a perder as contas, sem situar precisamente no tempo quando teriam ocorrido ditas relações de sexo, e, ainda, no galpão — em local diverso daquele em que dormia V., que podia manter relações em seu próprio quarto, que se situava separado da casa principal — onde dormia outro empregado (sic) Ora, desnecessário explicar o óbvio. Acrescente-se que a testemunha Divo (fl. 65 verso, *infra*) refere que Agostinho “somente hoje lhe falou que ‘andou’ com a autora (sic)”, inequivocamente tentando influir nas declarações que Divo iria prestar a seguir para o juiz. Já para Homero (fl. 64, *infra*) nada falara, embora afirme que por diversas vezes ‘campereavam’ juntos. Por último, outro fato contraditório é que José Gonçalves da Silva (fl. 65) afirma que mantinha sempre relações sexuais com a mãe do autor em seu quarto, retirado da casa principal, porém, tal ocorreu já depois do nascimento do investigante. A essa testemunha Agostinho também nada referiu.

Que a mãe do investigante já tivera relações sexuais com outro homem é fato inegável. Todavia, daí a concluir-se que é devassa, prostituta, ou algo parecido, há um enorme abismo. Mesmo que se considere V. uma prostituta, ainda assim seria admissível, em tese, a investigatória, segundo a melhor doutrina. O que impede a procedência da ação é o concubinato plúrimo, promíscuo, que acontece no eixo das simultaneidades da existência. E tal não foi provado. Quando muito poder-se-á admitir que mantivera relações com mais de um homem em diversas e bem separadas épocas, não coincidentes com as relações de sexo mantidas com o réu. Este teria provavelmente a exclusividade sexual. É aplicável no tema o julgado inserto na RJTJRGs., nº 74, I, 235, tanto no que se refere ao mencionado concubinato plúrimo como ao que se entende por honestidade e outras considerações relevantíssimas para o caso vertente.

5. Os genótipos respectivos dos três envolvidos diretamente no litígio nada indicam de valioso para o convencimento, à mingua de perícia morfológica ou antropológica. Da mesma sorte, os fenótipos, devido à ausência de maiores recursos tecnoló-

gicos, não são revelados em sua inteireza, restando parte apenas delineada pelo exame hematológico. Este, como sói acontecer com quase todos, salvante aqueles mais detalhados e realizados com recursos e critérios mais hodiernos, beneficia o réu investigado, pelas seguintes razões: a) se o grupo sangüíneo é idêntico, nada prova com relação à paternidade, pois 84% dos sangües dos homens são semelhantes; b) se a prova hematológica revela grupo sangüíneo diferente, exclui de imediato a paternidade. No entanto, vale lembrar que tomando-se ao acaso 100 homens podem ser excluídos aproximadamente 84. E no caso concreto em que a perícia hematológica (fls. 53/59) e documentos comprovam que há identidade de tipos sangüíneos — todos pertencem ao grupo O, eis que somente poderia resultar o investigante com esse tipo de sangue — creio que, embora sem rigor científico, porque pode significar mera coincidência, é um dado que baseado na logicidade das coisas de certo modo restringe a possibilidade de o investigante não ser filho.

Ao contrário do que pareceu ao nobre magistrado, já há base científica para se modificar a tese de que só a exclusão tem valor probatório, de acordo com a lição de Odon Ramos Maranhão, 'Curso de Medicina Legal', p. 252, 2ª ed., 1980. Apenas, no caso concreto, em face da precariedade de recursos tecnológicos, não obstante se reconheça que foi bem elaborada a perícia dentro de suas limitações técnicas, não se cogitou de critérios mais apurados e reconhecidamente mais próximos de um final feliz para as ações de investigação de paternidade, eis que haveria quase total certeza se feitos todos os exames genéticos necessários.

6. Igualmente, refuta-se a alegada presunção de impotência a que alude a sentença.

Trata-se do mito da velhice assexuada que começa a requebrar-se quando seriamente se revelam as verdades que proporciona a fisiologia sexual. É a realidade nos põe cada momento ante a evidência de que muitos homens e mulheres que já ultrapassaram os 60 anos descobrem que seus desejos sexuais seguem fortes e ativos. Masters y Johnson demonstram que se se mantém níveis elevados de atividade sexual nos primeiros anos, o sujeito pode continuar ativo até os 80 anos. Ainda, Kinsey alude a numerosos casos de anciãos cujas freqüências haviam diminuído notavelmente e que voltaram a elevar-se ao encontrar novas companheiras, ou ao adotar novas técnicas sexuais ou ao passar a tipos de contatos totalmente novos, conforme por todos, L. Muñoz Sabaté, *Sexualidad y derecho*, p. 125 e ss., Barcelona, 1976.

Aliás, conforme preleciona Odon Ramos Maranhão, não se pode precisar o limite máximo de idade, pois são conhecidos casos de pessoas com mais de 80 anos, que praticam conjunções periódicas (p. 164, ob. op. cit.). Se se tratasse de impotência 'generandi' e não 'coeundi' seria mais benéfico para o réu, mas no caso de que se trata não há presunção alguma aceitável. De resto, implicitamente se infere pela não alegação do réu no seu depoimento pessoal da apontada impotência, que é ressaibido pode ser alegado em defesa.

Os demais detalhes de provas em evidente contradição parece que já foram bem apontados pelo apelante, sendo despiendo insistir nessa tecla.

Em suma, opino seja dado provimento à apelação para declarar o investigante filho natural do investigado pela coincidência da concepção com as relações sexuais.

Rosário do Sul, 23 de fevereiro de 1981

ODONE SANGUINÉ
Promotor Público