

Conforme o preceituado no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 33 538, de 21 de Fevereiro de 1944, esta alteração mereceu, por despacho de 22 de Julho último, o acordo de S. Ex.^a o Subsecretário de Estado do Orçamento.

12.^a Repartição da Direcção-Geral da Contabilidade Pública, 4 de Agosto de 1960.— O Chefe da Repartição, Henrique Daries Louro.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo n.º 57 919. — Autos de agravo vindos da Relação de Lisboa. Recorrentes para o tribunal pleno, Elvira Pereira da Costa e marido. Recorrido, Manuel Alves Afonso.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Manuel Alves Afonso, pretendendo ser judicialmente reconhecido como filho ilegítimo de José Maria Soares e porque fora registado como filho legítimo de António Alves Afonso e mulher, Valentina Rosa Afonso, principiou por propor, após o falecimento daquele José Maria Soares, acção de impugnação da filiação legítima.

Quase um ano depois, para evitar a extinção do prazo de proposição da acção de investigação de paternidade ilegítima que devia seguir-se, veio intentá-la no último dia desse prazo e antes de julgada a de impugnação de legitimidade.

Os réus alegaram o que chamaram «inviabilidade» da acção de investigação, por o artigo 40.º do Decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910 não permitir que ela fosse recebida senão depois de passada em julgado sentença que declarasse não ser o investigador filho do matrimónio.

No saneador decidiu-se que a acção só seria «inviável» se a proposta acção de impugnação viesse a impropor. Por conseguinte, determinou-se a suspensão da instância até julgamento da impugnação.

Agravaram os réus Elvira Pereira da Costa e marido, Júlio Pereira da Costa, para a Relação e depois para o Supremo, mas sempre sem êxito.

O Supremo declarou inaplicável ao caso o citado artigo 40.º, entendendo-o exclusivamente respeitante à impugnação de legitimidade requerida pelo pai ou seus herdeiros, e não à requerida pelo próprio filho. Disse ainda:

Não pode, evidentemente, o filho estar circunscrito à acção de elisão da presunção de filiação legítima, a não ser no sentido de que só poderá prosseguir na acção de investigação depois de obtida decisão favorável naquela causa, pois não é lícito o reconhecimento do estado de filho ilegítimo enquanto existir o de filho legítimo.

O autor, nos presentes autos, precaveu-se, intentando a acção de impugnação . . . e, antes de esta se achar finda, requereu . . . a acção de investigação . . . Não tinha nisso qualquer impeditivo legal; mas a acção *havia* de ficar suspensa no despacho saneador; suspensa e não prejudicada pela coexistência das duas causas, esperando a decisão definitiva sobre a impugnação (artigo 284.º do Código de Processo Civil).

Aliás, essa decisão, com trânsito, existe actualmente, e no sentido da procedência da acção, passando o autor à condição de filho ilegítimo da atrás referida Valentina Rosa Afonso.

Daí trazem os agravantes o presente recurso para o tribunal pleno, alegando opposição com o Acórdão de

29 de Junho de 1954, publicado a p. 448 do n.º 43 do *Boletim do Ministério da Justiça*, cujo caso foi o seguinte:

Pendente acção de investigação de paternidade ilegítima, mostraram os réus que o autor estava registado como filho legítimo de outrem. Então o autor, por seu turno, fez prova de que intentara, no Brasil, acção tendente a invalidar esse registo e pediu que a instância fosse suspensa até julgamento de tal acção.

O juiz de 1.^a instância deferiu o pedido, mas a Relação mandou-o desatender.

O apontado acórdão de 1954 negou provimento a agravo desta decisão, declarando textualmente:

Dispõe-se no artigo 23.º, § 3.º, do Decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910 que é expressamente proibida a perfilhação da pessoa que figura como filho legítimo de outrem, no respectivo registo de nascimento, enquanto a declaração desse estado não for cancelada por força de sentença judicial transitada em julgado.

Ora, se é expressamente proibida a perfilhação, é manifesto que não pode intentar-se acção de investigação de paternidade ilegítima enquanto estiver de pé o registo de nascimento em que o autor figurar como filho legítimo.

Dessa proibição resulta que, junta aos autos a certidão de nascimento em que o autor figura como filho legítimo, nada obstava a que no saneador o Sr. Juiz julgasse a acção inviável. A acção não podia nem devia prosseguir. Isto resulta muito claramente do disposto no artigo 40.º do mesmo Decreto n.º 2, em que expressamente se dispõe que quando a mãe era inábil, pelo facto de estar casada com outrem nos primeiros 120 dias dos 300 que precedem o nascimento do filho ilegítimo, a acção de investigação de paternidade só poderá ser recebida em juízo quando uma sentença passada em julgado tiver declarado, nos termos dos artigos 10.º a 12.º, que o filho não é do matrimónio. A justa análise destas disposições legais impõe a inaplicabilidade do disposto no artigo 284.º do Código de Processo Civil.

A acção não podia ser recebida; e, recebida por não estar junta a certidão do nascimento em que o autor figura como filho legítimo, não pode continuar.

Segundo os recorrentes, a opposição estaria na diversidade das soluções dadas aos seguintes problemas:

O acórdão de 1954 decidiu que a acção de investigação de paternidade ilegítima, proposta por quem se encontra registado como filho legítimo, deve ser declarada inviável, *ex vi* do artigo 40.º do decreto de 1910; o acórdão actual interpretou por forma diferente este artigo e julgou que a acção era viável e podia ser intentada.

O acórdão de 1954 decidiu que, não devendo a acção ser recebida, a instância não podia ser suspensa, porque isso seria contrário aos artigos 23.º, § 3.º, e 40.º do decreto; o actual decidiu que devia suspender-se no saneador, para esperar a decisão da impugnação de legitimidade.

A secção prorunciou-se pela existência de opposição entre os dois acórdãos e em seguida alegaram as partes e deu parecer o Ministério Público.

Tanto este como o recorrido sustentam que não existe a dita opposição.

O recorrido alega que a opposição teria de verificar-se em matéria de decisão, e não entre os fundamentos ou razões de decidir, como é jurisprudência pacífica do

Supremo. Assim, as hipóteses apreciadas por cada um dos acórdãos deviam ser idênticas, o que não sucede, pois enquanto no caso presente a acção de impugnação precedeu a de investigação, no caso de 1954 só depois de proposta a acção de investigação foi intentada uma outra, cuja natureza se não conhece perfeitamente e que, por ter sido intentada no estrangeiro, é duvidoso se podia justificar a suspensão, nos termos do artigo 284.º do Código de Processo Civil, de instância pendente em tribunal português.

O Ministério Público repete estes argumentos e acrescenta ainda:

A questão decidida pelo acórdão de 1954 foi por ele enunciada como sendo a de saber se a acção de investigação podia ser suspensa em face da alegação de que já corria no Brasil acção para anular o registo de nascimento do autor como filho legítimo, proposta depois daquela de investigação;

As razões que o acórdão dá para decidir negativamente esta questão não constituem decisões e só a opposição entre decisões justificaria recurso para o tribunal pleno;

Um dos fundamentos do acórdão ora recorrido foi a superveniência da procedência da acção de impugnação;

No acórdão de 1954 foca-se a possibilidade de suspensão em face dos artigos 281.º, n.º 3.º, 284.º, § 1.º, e 289.º, alínea c), do Código de Processo Civil; no de agora trata-se da suspensão somente em face do artigo 284.º, e até já sem interesse, visto que entretanto o autor obtivera a decisão exigida pelo artigo 40.º do decreto de 1910.

Requerem, pois, o recorrido e o Ministério Público que, antes de mais, se declare não haver entre os dois acórdãos opposição que justifique o recurso.

Em face do § único do artigo 767.º do Código de Processo Civil, a questão não pode considerar-se definitivamente arrumada pelo voto da secção e tem, por conseguinte, de ser apreciada outra vez.

Os casos versados nos dois acórdãos são realmente diferentes, mas o que o artigo 763.º do dito código exige para legitimar o recurso não é que os casos sejam iguais, mas que nas respectivas decisões se resolva por forma oposta «a mesma questão de direito». Ora, as bases jurídicas das duas decisões em confronto foram fundamentalmente as mesmas. Os dois acórdãos decidiram ambos sobre a aplicabilidade do artigo 40.º do decreto de 1910 à hipótese de a acção de impugnação ser proposta pelo próprio filho.

O acórdão de 1954 julgou-o aplicável; o actual julgou-o inaplicável.

Da aplicabilidade deduziu o primeiro acórdão que a acção de investigação, não podendo ter sido recebida, mas tendo-o sido, devia ser julgada «inviável»; da inaplicabilidade inferiu o segundo que a acção podia ser recebida, desde que o autor propusera a acção de impugnação, mas devia ser suspensa no saneador.

Ambos os arestos se referem à suspensão nos termos do artigo 284.º do Código de Processo, muito embora no primeiro a suspensão tivesse sido requerida com base também no § 1.º desse artigo e nos artigos 281.º, n.º 3.º, e 289.º, alínea c). De resto, o corpo do artigo 284.º é complementar do artigo 281.º, n.º 3.º, e o seu § 1.º, como a alínea c) do artigo 289.º, completam aquele corpo do artigo 284.º.

É certo que o acórdão agora recorrido se fundou secundariamente no facto superveniente da procedência da acção de impugnação, mas nem por isso se dispensou de resolver a questão de direito atrás referida, declarando que a instância «havia de ficar suspensa no

saneador», à data do qual o facto daquela procedência não tinha ainda ocorrido.

Verificado posteriormente, como foi, não pode deixar de ser tido em atenção no julgamento do presente recurso, conforme manda o artigo 663.º do Código de Processo Civil. Isso impedirá que a decisão venha a ter utilidade para o caso sujeito, pois seria absurdo e contrário ao princípio de economia justificativo daquele artigo 663.º obrigar a repetir os actos praticados na acção suspensa, agora que foi removido o obstáculo legal à sua instauração.

Mas, nos termos do § 1.º do artigo 768.º do mesmo código, reconhecida a existência do conflito de jurisprudência, o tribunal tem de o resolver e lavrar assento «ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina do assento».

Isto posto, passemos a resolver o conflito.

Os recorrentes pedem o provimento do recurso, julgando-se a acção «inviável» e lavrando-se assento em que se declare que a acção de investigação proposta por investigador registado como filho legítimo antes do trânsito em julgado de sentença a declarar que ele não é filho do matrimónio não pode ser suspensa até julgamento da acção de impugnação de legitimidade, seja esta proposta pelo pai ou seus herdeiros, seja proposta pelo próprio investigador.

O recorrido pretende o não provimento do recurso e que o assento seja no sentido de que a declaração por sentença passada em julgado de não ser o investigador filho do matrimónio não é de exigir como condição para propor a acção de investigação de paternidade ilegítima quando o próprio investigador haja intentado a acção de impugnação de legitimidade.

O Ministério Público, citando larga cópia de arestos e de autores, afirma que a jurisprudência e doutrina dominantes são no sentido de que a acção de investigação não pode ser recebida enquanto não for obtida decisão transitada de que o investigador não é filho do matrimónio. Por isso, opina que, embora sem eficácia relativamente ao caso do acórdão recorrido, em que a infracção do artigo 40.º do Decreto de 1910 tem de considerar-se sanada pela decisão da acção de impugnação, se deve assentar em que «não pode ser proposta nem suspensa a acção de investigação de paternidade ilegítima enquanto não se obtiver a sentença a que alude o artigo 40.º do Decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910, contando-se o prazo a que se refere o artigo 37.º do mesmo decreto desde o trânsito daquela sentença».

Vejamos:

Dispõe o falado artigo 40.º:

Quando a mãe era inábil, pelo facto de estar casada com outrem nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do filho ilegítimo, a acção de investigação só poderá ser recebida em juízo quando uma sentença passada em julgado tiver declarado, nos termos dos artigos 10.º a 12.º, que o filho não é do matrimónio.

Nos termos dos artigos 10.º a 12.º do decreto, só o pai ou os herdeiros deste podem impugnar a legitimidade do filho legalmente havido por legítimo.

O Assento de 22 de Julho de 1938 veio, porém, declarar que tal impugnação também pode ser feita pelo próprio filho.

Assente que esta acção do filho é possível, não pode deixar-se de atribuir à sua procedência o mesmo efeito que tem a procedência da que seja proposta pelo pai ou

seus herdeiros: fazer desaparecer o obstáculo à acção de investigação de paternidade ilegítima.

A simples pendência dela também não pode ter mais efeitos do que os da pendência da acção prevista nos artigos 10.º a 12.º

Antes de ser julgada procedente a acção de impugnação, quer proposta pelo filho, quer proposta pelo pai ou pelos seus sucessores, subsistem todas as condições de observância do artigo 40.º e, portanto, a proibição que ele estabelece.

Mesmo pendente acção de impugnação, seja quem for que a proponha, continua de pé a presunção de paternidade legítima.

Esta presunção é que o artigo 40.º pretende respeitar, mediante o circunlóquio da referência à inabilidade da mãe pelo facto de estar casada na época da concepção do investigante.

A dita inabilidade, mencionada também no § 3.º do artigo 23.º, como impedimento de perfilhação, e consequentemente compreendida no artigo 36.º, como obstáculo à investigação, é muito diferente da inabilidade tratada no § 1.º daquele artigo 23.º

O § 1.º do artigo 23.º respeita à perfilhação dos filhos adulterinos, em geral; o § 3.º do mesmo artigo refere-se à perfilhação de filhos que, além de serem adulterinos, são havidos como filhos legítimos do casal até prova em contrário.

Esta prova em contrário tem de ser feita em acção exclusivamente destinada a tal fim. Enquanto aí não for elidida a presunção legal de paternidade legítima a investigação de outra paternidade é inadmissível; enquanto o filho se possa considerar legítimo não pode investigar paternidade ilegítima.

É este o princípio que dimana, com suficiente clareza, do citado artigo 40.º

Preceitua este artigo que, antes de elidida a presunção de paternidade legítima, a acção de investigação de paternidade ilegítima «não pode ser recebida». Estabelece, assim, para a acção de investigação um fundamento especial de indeferimento liminar e uma excepção dilatória, também especial.

O facto de a acção ter sido liminarmente recebida, quer por inconsideração, quer por os autos não revelarem logo a existência da excepção, não obsta a que desta se conheça posteriormente. Consoante dispõe o § 2.º do artigo 483.º do Código de Processo Civil, «ainda que não seja interposto recurso (do despacho liminar), nem por isso se devem considerar definitivamente arremadas as questões que podiam ser motivo de indeferimento *in limine*».

Notada ou provada mais tarde a excepção, devem os réus ser absolvidos da instância, como determinam os artigos 293.º, n.º 5.º, e 498.º do mesmo código.

E não há que falar em «inviabilidade», expressão infeliz que usaram as primeiras reformas do nosso processo, mas que o código justificadamente baniu.

O acórdão recorrido deveria, pois, ter provido o agravo e ter mandado absolver os réus da instância, se a isso não obstasse o facto que secundariamente referiu: estar já julgada procedente, por sentença com trânsito, a acção de impugnação, que condicionava a de investigação.

Como atrás se disse, o artigo 663.º do Código de Processo obrigava a ter em consideração esse facto, de modo a aproveitar-se quanto se processara na acção de investigação pendente.

Só assim se realizaria o fim de economia que está na base desse preceito e, aliás, de outros do dito código.

Antes de concluir, cumpre dizer que improcede a pretensão do Ministério Público de que no assento a referir se diga desde já que o prazo de proposição da acção de investigação, quando precedida de impugnação de legitimidade, deve iniciar-se com o trânsito da sentença que negue a paternidade legítima.

Esta questão não foi objecto do conflito. O presente acórdão não pode pronunciar-se sobre ela, sob pena de cometer nulidade.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso, para o efeito de a acção poder continuar, visto ter desaparecido a presunção que a isso obstava, mas formula-se o seguinte assento:

Demonstrando, em acção de investigação já recebida, que o investigante está registado como filho legítimo e não provando ele que passou em julgado sentença a declarar que não é filho do matrimónio, devem os réus ser absolvidos da instância, e não suspender-se esta, mesmo que se mostre pendente acção de impugnação de paternidade legítima.

Custas pelos recorrentes.

Lisboa, 15 de Julho de 1960. — *Lopes Cardoso — Moraes Cabral — Pinto de Vasconcelos — S. Figueirinhas — Carlos de Miranda — Barbosa Viana — F. Toscano Pessoa — Eduardo Coimbra — Anselmo Taborda — A. Vaz Pereira* (vencido, quanto à opposição, que entendi não se verificar) — *Campos de Carvalho* (vencido. O assento não acautela o direito dos ilegítimos registados como legítimos, criando-se-lhes uma situação precária e injustificável) — *Sousa Monteiro* (votou o acórdão na parte em que considera o artigo 40.º do Decreto n.º 2 de 25 de Dezembro de 1910 aplicável no caso de a acção de impugnação da paternidade legítima ter sido proposta pelo filho; mas não o votei na parte em que afasta a possibilidade de o filho intentar a acção de investigação de paternidade ilegítima antes de resolvida aquela outra acção: a meu ver, o mencionado artigo 40.º — que deve ser interpretado sem atender ao que a legislação posterior estabeleceu sobre recebimento de acções —, quando diz que a acção de investigação «só poderá ser recebida em juízo . . .», quer significar que só poderá fazer-se a investigação depois de haver a sentença adiante referida, mas não que a acção não possa ser intentada desde logo — o que pode tornar-se conveniente para assegurar a propositura da acção em tempo. Em resumo, entendi que na hipótese ventilada a acção de investigação podia ser proposta antes de decidida a acção de impugnação, mas deveria ser suspensa logo de entrada e até à decisão definitiva da acção de impugnação) — *Agostinho Fontes* (vencido, quanto à opposição, que entendo não existir. Quanto ao acórdão, votei-o nas condições que constam do douto voto que antecede) — *Mário Cardoso* (vencido, nos mesmos termos, excepto quanto à opposição, que entendo existir) — *Dá Mesquita* (vencido, nos precisos termos do voto do Ex.^{mo} Conselheiro Sousa Monteiro).

Está conforme.

Secretaria do Supremo Tribunal de Justiça, 29 de Julho de 1960. — O Secretário, *Joaquim Múrias de Freitas*.