

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

VANESSA DE MARIA OUTTONE HOLANDA

**AÇÕES RELATIVAS À FILIAÇÃO:
Investigação, Contestação, Impugnação e Anulação**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

VANESSA DE MARIA OUTTONE HOLANDA

**AÇÕES RELATIVAS À FILIAÇÃO:
Investigação, Contestação, Impugnação e Anulação**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier.

São Paulo

2008

Banca Examinadora

Agradecimentos

*A tônica dos meus agradecimentos é o amor por acreditar que tudo o que se faz e que se dá com amor é sincero, transparente, verdadeiro.
Pelo amor que recebi e que sinto por cada uma dessas pessoas é que a elas agradeço.*

*Aos meus pais, EDSON e ANNA, que, durante toda vida, me deram apoio, suporte, carinho e incentivo infinitos para que vivesse em uma linda família e chegasse até aqui.
A eles, dedico o meu trabalho.*

Ao meu amado irmão MAURO, pelo carinho e auxílio constante.

À pequena ISABELA, consagração da minha vida, de quem sinto tanta falta por tantos momentos que não presenciei para concluir este trabalho, mas que sempre me recebeu sorrindo.

Ao meu querido marido DAVIS, por ter estado ao meu lado e por ter me apoiado demonstrando dia-a-dia, com amor, zelo e carinho, o significado da verdadeira paternidade.

*Agradeço, em especial, a dois grandes amigos:
DÉBORA GOZZO e WILLIAM SANTOS FERREIRA.*

*A DÉBORA, jurista brilhante, amiga de todas as horas, agradeço pelo apoio, incentivo diuturno, pelos livros, pelas discussões, enfim...
por nutrir por mim essa grande amizade e por ter feito tanto por mim para que eu conseguisse finalizar este estudo.*

A WILLIAM, advogado incansável, professor fascinante, de quem serei eterna assistente, com quem aprendi em todas as aulas e em quem me inspiro a cada dia, agradeço pela abertura das portas da vida acadêmica, por depositar sua confiança em mim e pela sincera amizade.

*A todos os amigos verdadeiros, que me incentivaram, se doaram e torceram pela finalização deste estudo: JULIANA NACCARATO, MARIANA DIAS, OLÍVIA GUAGLIARDI, CLAUDIA ELIAS, LUCIANA BETIOL, PATRÍCIA GOMIDE, RENATA TOMÉ, LUACI BELLON, THIAGO ROSSI GOMES e a RAPHAEL MARTINUCCI,
pelo auxílio em todas as pesquisas.*

A FERNANDO NABAIS DA FURRIELA, pela absoluta compreensão, sem a qual não teria finalizado o trabalho.

Finalmente, agradeço à minha orientadora, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, pela efetiva orientação e por ter me dado a oportunidade de compartilhar seus ensinamentos.

RESUMO

O presente trabalho analisa os aspectos processuais das ações relativas à filiação, em especial daquelas em que se objetiva o seu estabelecimento e a sua impugnação, à luz da nova realidade no direito de filiação, introduzida pela Constituição da República e pelo Código Civil vigente.

Além das alterações legislativas, que refletiram as modificações sociais revelando um novo conceito de família, a evolução da medicina, permitindo a descoberta da ascendência biológica pela análise do DNA, e a procriação artificial demonstraram a necessidade de serem revisitados os aspectos processuais de tais ações com a intenção de promover uma sistematização da matéria.

Apresenta-se, inicialmente, a evolução histórica e legislativa do direito de filiação no Brasil, as formas de reconhecimento voluntário dos filhos não-matrimoniais e as suas principais características.

Justamente porque as ações de estabelecimento e de impugnação da filiação são verdadeiras ações de Estado, possuem peculiaridades, em especial no concernente à coisa julgada, que as diferenciam das demais ações.

A aprofundada análise dos elementos identificadores de cada uma dessas ações, além das regras aplicáveis de competência, da sentença e seus efeitos nas investigatórias de paternidade e de maternidade, na contestação de paternidade, na impugnação ao reconhecimento e na anulação do registro civil, procura ajustar os elementos de direito material aos institutos processuais disponíveis na lei adjetiva.

Procura-se demonstrar, com este estudo, que o processo civil brasileiro atual fornece os elementos necessários à plena realização dos direitos postos em jogo em demandas desse tipo, tornando absolutamente possível que os direitos decorrentes da filiação sejam assegurados, sem ferir a segurança jurídica, pelas regras processuais em vigor.

Palavras-chave: Filiação – Ações de Estado – Aspectos processuais – Estabelecimento e impugnação da paternidade.

ABSTRACT

The present work analyzes the procedural aspects in actions related to filiation, in special those in which the objective is its establishment and opposition, concerning the reality of the filiation rights, introduced by the Brazilian Constitution and Civil Code in force nowadays.

Apart from legislative changes, that reflected the social modifications revealing a new concept of family, the evolution of medicine, allowing the discovery of biological descendants by the ADN analyzes and artificial procreation revealed the need to be revisited the procedural aspects of such actions in order to promote a systematization of the subject.

Initially, it is presented the historical and legislative evolution of the Brazilian rights of filiation, as well as the ways of voluntary recognition of none-marital children and their main features.

Just because the action of establishment and opposition of the filiation are in fact actions about the state of persons there are some features, in particular regarding *res iudicata*, that distinguishes from other actions.

The deep analysis of the identified elements of each of these actions, beyond the applicable jurisdiction rules; the judgment and its effects on the paternity and maternity actions, defense of paternity; defense of the recognition; annulment of civil registry intends the elements of the substantive law to the procedural institutes available in the procedural law.

In sum, this work intents to demonstrate that the current Brazilian civil procedure provides the required elements to the full realization of the rights in discussion of those kind of actions, and it is possible that the rights arising from the filiation is safe, without aiming the security of legal relationships, according to the current procedural law.

Keywords: Filiation – Actions about the state of persons – Procedural aspects – Establishment and opposition of paternity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
<p>PARTE I</p> <p>DO RECONHECIMENTO</p> <p>DO ESTADO DE FILIAÇÃO</p>	
1. DA FILIAÇÃO E DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO	7
1. Conceito de filiação.....	7
2. O direito de filiação na Antiguidade	16
3. Evolução legislativa do direito da filiação no ordenamento brasileiro	22
4. Classificação da filiação	32
5. Filhos matrimoniais e a presunção de paternidade	34
6. Filhos não-matrimoniais e a necessidade de reconhecimento	45
6.1 Conceito e espécies de reconhecimento	46
6.2 Natureza jurídica do reconhecimento voluntário	47
6.3 Características do reconhecimento voluntário	50
6.4 Formas de reconhecimento voluntário	64
6.5 Averiguação oficiosa da paternidade: Lei 8.560/92	68
6.6 Reconhecimento judicial	74
2. DAS AÇÕES DE ESTADO, DA SENTENÇA E SEUS EFEITOS E DA COISA JULGADA.....	75
1. Classificação das ações	75
1.1 A classificação das ações de acordo com a natureza da tutela jurisdiccional.....	75
1.2 Da classificação das ações consoante a natureza do direito	79
2. Do estado das pessoas	80
3. Das ações de estado.....	87
3.1 Natureza jurídica das ações de estado	97
3.2 Da necessária intervenção do Ministério Público	99
3.3 Do segredo de justiça	102
3.4 Da sentença e seus efeitos	105
4. Da coisa julgada	106
4.1 Dos limites subjetivos da coisa julgada.....	109

4.2	Coisa julgada nas ações de estado.....	111
4.3	A “relativização” da coisa julgada.....	115
4.4	A “relativização” da coisa julgada nas ações relativas à filiação	122
4.4.1	Da não-formação de coisa julgada	128
4.4.2	Da ação rescisória.....	132
4.4.2.1	Da ação rescisória fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil – documento novo	135
4.4.2.2	Da ação rescisória fundada no art. 485, VI, do Código de Processo Civil – prova falsa	142
4.4.2.3	Da ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil – violação a literal disposição de lei	145

PARTE II

DAS AÇÕES DE ESTABELECIMENTO E IMPUGNAÇÃO DA FILIAÇÃO

3.	ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO.....	149
1.	Ação de investigação de paternidade.....	149
1.1	Aspectos gerais.....	149
1.2	Do fundamento legal da ação de investigação de paternidade.....	152
1.2.1	Contextualização do problema	152
1.3	Natureza e características da ação de investigação de paternidade.....	156
2.	Competência	157
2.1	Competência em razão da matéria.....	158
2.2	Competência em razão do território	158
3.	Partes e legitimidade	160
3.1	Legitimação ativa ordinária.....	161
3.1.1	Filho	161
3.1.1.1	A ação de investigação de paternidade “versus” paternidade estabelecida	165
3.1.2	Nascituro	170
3.1.3	O filho adotivo.....	173
3.1.4	Ação de investigação de paternidade: propositura pelo pai	177
3.2	Legitimação ativa extraordinária.....	179
3.2.1	Herdeiros do filho que falece menor ou incapaz.....	179
3.2.2	Ministério Público	183
3.3	Legitimação passiva	187

3.3.1	Legitimação passiva ordinária.....	188
3.3.1.1	“Suposto” pai.....	188
3.3.2	Legitimação passiva extraordinária.....	188
3.3.2.1	Herdeiros do suposto pai	188
3.4	Daqueles que têm justo interesse.....	193
3.5	Do litisconsórcio	199
3.5.1	Litisconsórcio no pólo ativo.....	199
3.5.2	Litisconsórcio no pólo passivo.....	202
4.	Da necessária intervenção do Ministério Público	205
5.	Desistência da ação	207
6.	Fundamentos da ação.....	210
6.1	A causa de pedir e a posse do estado de filho.....	214
7.	Cumulação de pedidos	217
7.1	Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos	219
7.1.1	Alimentos provisionais, provisórios e definitivos	223
7.1.2	Antecipação de tutela para fins de fixação de alimentos	224
7.1.3	Termo inicial dos alimentos	227
7.2	Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança..	229
7.3	Ação de investigação de paternidade cumulada com nulidade de partilha....	236
7.4	Ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil.....	238
8.	Da resposta do réu.....	239
9.	Meios de prova.....	241
10.	A recusa quanto à realização do exame de DNA e a presunção da paternidade	253
11.	A ação de investigação de paternidade e a ação de investigação da identidade genética	261
12.	Ação de investigação de maternidade.....	263
12.1	Semelhanças existentes entre a ação investigatória de maternidade e de paternidade e as suas distinções	266
4.	MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À FILIAÇÃO ESTABELECIDA	269
1.	Ação de contestação de paternidade	269
1.1	Natureza e características da ação de contestação de paternidade	271
1.2	Competência.....	273
1.3	Partes	273
1.3.1	Legitimação ativa	273

1.3.2	Legitimação passiva	276
1.4	Fundamentos da ação	278
1.5	Imprescritibilidade	283
2.	Ação de impugnação ao reconhecimento da paternidade	285
2.1	Natureza da ação	286
2.2	Partes	287
2.2.1	Legitimação ativa	287
2.2.2	Legitimação passiva	287
3.	Ação de anulação de registro civil	287
3.2	Natureza da ação	291
3.3	Partes	291
3.3.1	Legitimação ativa	291
3.3.2	Legitimação passiva	292
	CONCLUSÃO	293
	BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	297

INTRODUÇÃO

O tratamento desigual dispensado aos filhos, em função de serem ou não fruto do casamento de seus genitores, permeou o direito brasileiro desde as Ordenações até a Constituição da República de 1988. Com isso, pode-se dizer que toda a evolução legislativa do direito de filiação no Brasil esteve diretamente arraigada à legitimidade dos filhos, que, por sua vez, era decorrente da existência de casamento.

Com o passar do tempo, a família legítima fundada no patriarcalismo, no individualismo e no patrimonialismo, cujos integrantes viviam sob a autoridade do pai e na qual eram completamente desconsiderados os valores pessoais dos cônjuges e dos filhos, tal como tratada pelo legislador de 1916, foi deixando de existir.

Aos poucos, além do casamento, a sociedade passou a reconhecer outras formas de união, aceitando que recebessem a proteção estatal. Ainda que as uniões informais representassem uma realidade social, que sempre existiu, apenas com a Constituição de 1988 é que o Estado passou, expressamente, a reconhecer a união estável e a família monoparental como dignas de tutela estatal.

Fundada no princípio da dignidade humana, além da proteção dispensada às entidades familiares, a Constituição da República também tratou de extirpar do nosso ordenamento a odiosa diferenciação entre os filhos, na medida em que garantiu a todos os mesmos direitos e proibiu a utilização de quaisquer qualificações discriminatórias.

Com isso, os filhos havidos fora do casamento e que, até então, tinham sido marginalizados pela sociedade e pelo direito passaram a poder obter, judicialmente, o seu reconhecimento. Sem limites, sem a necessidade de se aguardar a dissolução do casamento do genitor, sem prazos. Passaram os filhos a poder, de fato, obter a declaração de seu estado de filho voluntária ou coativamente.

Após a entrada em vigor da atual Constituição, inúmeras leis tentaram adaptar o ordenamento jurídico brasileiro, adequando-o aos novos paradigmas constitucionais. Entretanto, os novos diplomas legislativos, não obstante tenham procurado suprimir toda e qualquer remanescência discriminatória no tocante aos filhos, não conseguiram regular, de forma adequada e sem falhas, a nossa legislação.

Mostrava-se necessário ordenar a legislação infraconstitucional ao disposto na Constituição da República, em um único diploma, que regulasse todas as normas atinentes à matéria.

Nesse contexto, após quase três décadas de discussões, em 10.01.2002 foi promulgado o novo Código Civil, que entrou em vigor um ano depois. E a matéria relativa à filiação que, além de estar contida no Código, era objeto de regulamentação por inúmeras leis passou a ser tratada pelo novo diploma, respeitando as diretrizes constitucionais. Mas nem por isso as dúvidas e os questionamentos sobre o tema deixaram de existir.

É certo que, hoje, os assuntos que envolvem os debates sobre a filiação são outros, por não mais se preocuparem a doutrina e a jurisprudência com a desigualdade dos filhos e com a forma de minimizar as desigualdades impostas pela lei, vez que extirpado o problema do nosso ordenamento. A filiação, porém, ainda continua sendo campo fértil para a pesquisa científica. Isso se deve muito à evolução dos conhecimentos técnico-científicos da genética, que permitiu a descoberta da verdade biológica com muita precisão, influenciando toda a estrutura da relação pai-mãe-filho.

Além disso, a completa alteração da compreensão do conceito de ‘família’, que, deixando de lado a união fincada na autoridade do pai, caracterizada pela submissão da esposa e dos filhos, e na preocupação com a procriação como forma de proteção patrimonial dos bens, passou a prestigiar o relacionamento fundado no afeto e com vistas ao melhor desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, atingiu diretamente a relação paterno-filial, na medida em que se passou a reconhecer na afetividade, mais do que no puro vínculo sanguíneo e na ficção jurídica, o fundamento da filiação.

Da mesma forma, o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, que permitem a alguém ser pai sem ter havido procriação carnal e, até mesmo, sem ter fornecido material genético para a concepção, contribuiu para o alargamento do que deve se entender, realmente, por filiação. O novo regramento da disciplina pelo Código Civil, inclusive, promoveu mudanças importantes nessa disciplina.

Com todas essas modificações estruturais, a filiação, que num primeiro momento estava diretamente relacionada aos laços criados entre pais e filhos em decorrência do casamento de seus genitores, passou a ser vista como uma relação fincada no amor e no afeto, prescindindo, em muitos casos, dos laços de sangue.

Ao mesmo tempo – e o que parece até mesmo um contra-senso –, embora a evolução da engenharia genética e os avanços da pesquisa do DNA tenham permitido a descoberta da verdade real da filiação (biológica), essa perquirição acabou não trazendo todas as soluções para a questão da paternidade. Resolve-se, é certo, a dúvida que cerca a verdade biológica, permitindo a identificação do genitor, mas não se mostra suficiente para estabelecer a verdadeira paternidade. De certa maneira, a análise do DNA, em muitos casos, gerou a derrocada da instituição familiar na medida em que permitiu evidenciar o que antes permanecia acobertado pela ficção, ou seja, que nem sempre os laços de família correspondiam aos laços de sangue.

Mesmo tendo parte da doutrina e da jurisprudência caminhado à consagração da biologização da paternidade, de outra parte se afirmava que a identidade genética não necessariamente impunha laços de família e que o afeto precisava ser considerado como o elemento primordial no estabelecimento da filiação. E, graças ao reconhecimento de que é o afeto o elemento responsável pela união dos integrantes das famílias, a posse do estado de filho ressurgiu com vigor como causa para o estabelecimento da paternidade.

Há, assim, atualmente, vários critérios para o estabelecimento da filiação, quais sejam: 1) o *jurídico*, que decorre da lei; 2) o *biológico*, que reflete o vínculo genético; e 3) o *afetivo*, que evidencia a construção da relação pai-filho.

Se considerarmos que nem sempre haverá a plena identificação entre o pai, que a lei considera como tal, e aquele que se verifica pela investigação genética, e com aquele que a realidade afetiva impõe que o seja, é facilmente perceptível que a investigação acerca de qual critério deve prevalecer, à luz de um caso concreto, é questão das mais intrincadas. Conflitos, evidentemente, se instauram ao se dissociar a figura do genitor da figura do pai.

Essa situação, presente no direito civil hodierno, enseja inúmeras questões que influenciam, diretamente, os aspectos processuais das ações relativas ao estabelecimento e à impugnação da filiação.

Como há, de fato, uma nova realidade no direito de filiação, é preciso que os instrumentos processuais disponíveis para a discussão desse direito sejam tratados em um novo contexto.

O direito processual é instrumento do direito material e apenas atende a sua finalidade na medida em que, como pontifica Chiovenda, esteja apto a dar a quem tem direito tudo aquilo que obteria se não precisasse do processo.

Assim, para que o processo esteja, efetivamente, voltado à realização do direito que por ele se postula, deve haver verdadeira comunicação entre eles, “uma necessária interpene- tração dum campo no outro”.¹

Dessa forma, tendo havido severa alteração na estrutura da relação paterno-filial, o processo não pode ficar alheio a isso; tampouco se pode aceitar que tais ações continuem a ser analisadas com os olhos voltados ao passado.

Significa dizer que o tratamento dispensado aos aspectos processuais de todas as ações de estado que envolvem a discussão sobre a filiação deve ser revisitado e estudado à luz dessa nova realidade. Esse é o objetivo do nosso trabalho.

Afinal, o que se tem notado nos últimos tempos, principalmente pós-Constituição de 1988, é que boa parte da doutrina e da jurisprudência, no que tange às ações relativas à filiação, tem dispensado tratamento pouco sistemático ao tema, chegando a fazer confusão quanto à natureza das ações, seus requisitos (legitimidade e pedido, por exemplo), procedimento, instrução probatória, extensão dos efeitos das sentenças e coisa julgada.

A nossa intenção é, justamente, propor uma sistematização de todas essas ações ajustando (adaptando) os elementos de direito material aos institutos processuais, procurando demonstrar que o processo civil brasileiro atual fornece os elementos necessários à plena realização dos direitos postos em jogo em demandas desse tipo. Com isso se mostra absolutamente possível que os direitos decorrentes da filiação sejam assegurados, sem ferir a segurança jurídica, pelas regras processuais em vigor.

O trabalho é subdividido em duas Partes e desenvolvido em quatro Capítulos.

O primeiro Capítulo, da Parte I, trata da Filiação e do Reconhecimento Voluntário. Procuramos abordar os pontos principais do direito material da filiação para, após, iniciarmos o estudo de cada uma das ações a ele relativas.

Para tanto, cuidaremos da evolução do direito de filiação no Brasil; as razões da diferenciação de tratamento, ao menos no que toca ao reconhecimento dos filhos, ainda existente entre os filhos havidos durante o casamento dos seus pais e aqueles que possuem pais não casa-

¹ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito proces- sual civil*, v. 1, p. 50.

dos. Analisaremos, ainda, a manutenção da presunção da paternidade decorrente do casamento e as novas hipóteses de sua ocorrência trazidas pelo legislador de 2002, bem como as razões pelas quais não há como se pretender a sua aplicação aos filhos havidos na união estável.

Posteriormente, trataremos do reconhecimento voluntário, que difere eminentemente do judicial, porque o primeiro decorre de manifestação de vontade do próprio genitor, enquanto o segundo advém de sentença proferida nos autos de ação de investigação de paternidade. Neste ponto, analisaremos sua natureza jurídica, as formas como se realiza e as características que o revestem. Esse estudo se mostra primordial porque o reconhecimento voluntário pode ser obtido por meio do procedimento administrativo de averiguação oficiosa da paternidade, que envolve algumas questões processuais que merecem ser consideradas. Além disso, com a sua realização, abre-se espaço à discussão quanto às possibilidades de sua impugnação futura, tanto pelo próprio pai como pelo filho, dando ensejo à propositura tanto de ações de anulação do registro quanto de ações de impugnação do reconhecimento.

A seguir, no segundo Capítulo, adentraremos o campo das ações de estado, com a apresentação de seu conceito, natureza jurídica, efeitos da sentença e as características da coisa julgada. Especialmente quanto a este último item, cuidaremos do tratamento dispensado constitucionalmente e pela legislação processual ao instituto e as hipóteses em que tem sido admitida a sua *relativização*, procurando apresentar as teorias trazidas pela doutrina e a sua aplicação pela jurisprudência, especialmente, nas ações de filiação.

Na segunda Parte do trabalho o estudo será direcionado, especificamente, às ações relativas à filiação, tanto daquelas em que se procura a declaração do vínculo de paternidade e maternidade como das que objetivam o desfazimento da relação já estabelecida.

No terceiro Capítulo analisaremos, detidamente, os aspectos processuais da ação investigatória, sempre buscando uma maior aproximação do direito material com a realidade vivenciada no processo, procurando realizar certa adaptação dos institutos processuais à nova realidade do direito de filiação, por meio de elementos encontrados tanto no direito brasileiro como no alienígena.

Serão tratados também os aspectos processuais mais importantes da ação de investigação de maternidade, os fundamentos que a justificam, apresentando o que tem de comum com a investigatória de paternidade, bem como suas diferenças.

Por fim, no quarto Capítulo, examinaremos as ações que visam ao desfazimento da relação paterno-filial já estabelecida, como é o caso da ação negatória de paternidade, da ação de impugnação do reconhecimento e da ação anulatória de registro civil, sempre procurando focar o trabalho no estudo de seus aspectos processuais mais relevantes.

PARTE I
DO RECONHECIMENTO DO ESTADO
DE FILIAÇÃO

1
DA FILIAÇÃO E DO RECONHECIMENTO
VOLUNTÁRIO

1. Conceito de filiação

A doutrina, há muito, busca traçar o conceito de filiação,² porquanto a legislação civil atual, tal como a anterior, não define o instituto.

Limita-se o Código Civil a tratar dos parentes em linha reta como “as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes” (art. 1.591).³

Além disso, o art. 1.593 estabelece que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou de outra origem, e o art. 1.596 assegura aos filhos os mesmos direitos, sejam eles provenientes do casamento, não decorrentes dessa união ou adotivos.

A análise do instituto à luz do nosso ordenamento e da extensa doutrina sobre o tema permite afirmar que o conceito de filiação se alterou (e se altera) de acordo com a evolução do direito de família, que vem refletindo tanto as modificações da sociedade, fazendo com que a família deixe de ser um núcleo econômico,⁴ quanto os anseios pessoais dos seus integrantes,

² Explica Clóvis Beviláqua: “Apreciada em relação à pessoa do pai ou da mãe, toma os nomes de paternidade ou de maternidade; do que resulta que as três expressões designam a mesma relação jurídica, considerada sob diferentes aspectos”. *Direito de família*, p. 329.

³ Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que “em termos conceituais, no âmbito da legislação brasileira, o Código Civil não define a paternidade, a maternidade e a filiação, mas evidencia que são institutos jurídicos da espécie parentesco na linha reta ascendente/descendente em primeiro grau, com base na regra contida no seu art. 1.591. A paternidade representa o (vínculo de) parentesco na linha reta e paterna ascendente em primeiro grau. A maternidade, por sua vez, consiste no (vínculo de) parentesco na linha reta e materna ascendente em primeiro grau. A filiação, finalmente, é o (vínculo de) parentesco na linha reta descendente em primeiro grau”. *A nova filiação*, p. 352.

⁴ As modificações sociais contribuíram decisivamente para a alteração das funções exercidas pela família, como acentua Diogo Leite de Campos: “O quase-monopólio pela família das funções sociais de base e da satisfação das necessidades essenciais dos seus membros, levou a uma estrutura hierárquica e funcional que garantisse a

que passaram a ter no afeto e na realização pessoal a justificativa para a manutenção do grupo familiar.⁵

E essa constante alteração ocorre porquanto, ainda que a família seja entendida como “instituição social fundamental, de cujas contribuições dependem todas as outras instituições”⁶ e também como a “mais importante de todas as instituições jurídicas”,⁷ o seu conceito é um conceito histórico, que se altera com o passar do tempo.⁸

Todas as modificações pelas quais passou a sociedade e, conseqüentemente, o núcleo familiar acabaram por atingir, diretamente, o tratamento dispensado aos filhos e as formas de estabelecimento da filiação. Absolutamente clara, nesse sentido, é a observação de Orlando Gomes e Nelson Carneiro:

Se tudo muda, a família não há de permanecer imutável. A História desmente a sua pretensa invariabilidade. Ela tem acompanhado *pari passu* a evolução social. Não será esta a primeira vez que mudará de estrutura. Que na atualidade está sofrendo profundas transformações, não há negar. Bastam olhos de ver.

Por isto mesmo, está a exigir normas jurídicas que não choquem com a realidade. Todas as funções que desempenhava desapareceram. Deixou de ser uma unidade religiosa, política e econômica e, até mesmo, a sua função educativa está atrofiando. Não se trata de lamentar ou de louvar; trata-se de

prossecação desses objetivos. A família aparecia como uma unidade dotada de interesses próprios definidos e prosseguidos através do marido/pai. Este tinha largos poderes de disposição em relação às pessoas e aos bens que se integravam na família”. A nova família, *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*, p. 19. Tratando especificamente da família brasileira, Eni de Mesquita Samara justifica a função econômica do grupo familiar: “Localizada, nos primeiros séculos de nossa história, principalmente no ambiente rural, dispersa pelos latifúndios monocultores, condicionou seus membros a uma certa trama de relações aparentemente estáveis, permanentes e tradicionais. Nesse contexto era quase uma contingência para os indivíduos de se incorporarem às famílias ou grupos de parentesco, que funcionavam ao mesmo tempo como organizações defensivas e centros de propulsão econômica”. *A família brasileira*, p. 11-12.

⁵ Michelle Perrot frisa: “Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual”. O nó e o ninho, *Vêja 25 Anos: Reflexões para o Futuro*, p. 79.

⁶ Eni de Mesquita Samara, *A família brasileira*, p. 7.

⁷ Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*, Introdução.

⁸ Maria Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochardo Teixeira, *Filiação e biotecnologia*, p. 25. Explicam as autoras: “Não existe uma definição predeterminada, que possa ser aplicável a todas as épocas e a todos os países indistintamente, pois as razões pelas quais as pessoas constituem família se modificam. Os motivos podem ser vários: econômicos, políticos, procriativos, sociais, afetivos ou a preservação de tradições culturais”.

reconhecer um fato, e, sobretudo, para nós, de reconhecer as conseqüências que estas transformações estão acarretando para o vínculo da filiação.⁹

Desta forma, a filiação, que, num primeiro momento – e as definições apresentadas pelos doutrinadores tradicionais não deixam dúvida quanto a isso – estava eminentemente relacionada aos laços criados entre pais e filhos em decorrência do casamento de seus genitores, passou a ser entendida como uma relação fincada no amor e no afeto, prescindindo, em muitos casos, dos laços de sangue.

Clóvis Beviláqua, na vigência do Código Civil de 1916, definia a filiação como a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe) e também como o vínculo que a geração cria entre o filho e os progenitores.¹⁰

Privilegiando, evidentemente, o aspecto biológico, Mário Aguiar Moura trata da filiação como a relação ou o vínculo que une gerado e geradores.¹¹ Mas o autor também reconhece a filiação jurídica, como aquela que “a lei às vezes vem a impor [...] mesmo que não corresponda à verdade biológica”.¹²

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca, filiação é o laço de parentesco que une uma pessoa a outra, da qual imediatamente descende, ou da qual se considera descender por força de uma ficção legal.¹³

Em abordagem mais ampla e extrapolando até mesmo a mera conceituação jurídica do instituto, Caio Mário da Silva Pereira diz que:

⁹ *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*, v. 1, p. 18-19.

¹⁰ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, p. 299.

¹¹ Para o autor, “os filhos são a grande obra do homem e da mulher que se uniram. Tanto faz que essa união seja ou não vitalícia, dentro ou fora do casamento. Duradoura ou ocasional, pouco importa. Desde que se trate de ver a filiação em si, como o fato natural da projeção de um novo ser para a vida, a maneira do relacionamento dos pais deve ser posta entre parênteses, isto é, deve ser isolada do enfoque nuclear. A filiação é conceito triangular irredutível, sob o aspecto natural. Pode não sê-lo desde o ponto de vista jurídico formal, sabido que a lei estabelece restrições ou ampliações mais ou menos arbitrárias e artificiais. Mas, no conceito natural, envolve a paternidade propriamente dita e a maternidade, premissas de que é resultante a filiação. Nem sequer os audaciosos avanços da ciência médica, obtendo a concepção em laboratório, fogem dessa triangularidade. É do encontro em época oportuna da célula masculina com o óvulo para a formação do ovo, ainda que fora das trompas, que se dá o fenômeno transcendental do surgimento de uma nova vida. É a conseqüência da combinação indissociável das duas partes que, independentes antes, se unificam na síntese da criação. Essa simbiose opera no sentido de serem os filhos alguma coisa dos pais, sem deixarem de ser eles mesmos como personalidades independentes”. *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 17-18.

¹² *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 24.

¹³ *Investigação de paternidade*, p. 39.

A filiação é um fenômeno excepcionalmente complexo. Antes de tudo biológico, é examinado pelos cientistas como forma de perpetuação das espécies; é um fenômeno fisiológico, um objeto de indagações sociológicas e históricas, um capítulo da Higiene e da Eugenia. Pertence ao mundo físico e ao mundo moral (*Dusi*), exprime simplesmente o fato do nascimento e a situação de ser filho e, num desenvolvimento semântico dentro da Ética, traduz um vínculo jurídico. Compreende simultaneamente o fato da procriação e uma relação de direito.¹⁴

Havia, sem dúvida, no nosso direito codificado originário uma tendência a se reconhecer no elo de filiação uma relação biológica entre pais e filhos.

Mas não se cuidava de privilegiar os laços de sangue porque a verdade biológica era realmente conhecida. Evidente que essa verdade não era, nem poderia ser, descoberta, por força da absoluta precariedade dos meios de prova disponíveis no início do século passado para certificar, com exatidão, quem eram os reais pais biológicos.

Tratava-se, em verdade, de se privilegiar uma situação que, *aparentemente*, refletia a verdade biológica porque os valores morais, sociais e familiares da época assim o exigiam. Protegia-se a imagem da família matrimonial tanto pela crença de que os filhos nascidos durante o casamento tinham sido gerados pelo marido da mulher, como pelas restrições ao reconhecimento daqueles filhos não provenientes das justas núpcias.¹⁵

Considerando que, durante muito tempo, filhos eram aqueles gerados no casamento ou os que, por não terem nascido em decorrência da união matrimonial, eram reconhecidos voluntariamente ou, ainda, de forma coativa em razão de decisão judicial proferida em ação de investigação de paternidade (limitada a casos pontualmente elencados na lei), tem-se que a filiação decorria, em qualquer hipótese, de uma *ficção jurídica*. Isso porque, ou se estava diante da presunção de paternidade¹⁶ decorrente do casamento, ou os meios de prova utilizados na ação

¹⁴ *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, Introdução.

¹⁵ Como pondera Luiz Edson Fachin, “sendo a lei o que define juridicamente a paternidade, por óbvio, define também a não paternidade, quer prevendo hipóteses em que o reconhecimento ou a investigação não são admitidas, quer estabelecendo regras estritas de afastamento da presunção *pater is est*. Isso se entende à medida que a determinação da paternidade, no plano jurídico, atende a interesses alheios à filiação. A defesa da família fincada no matrimônio e a supremacia da autoridade parental, decorrentes da concepção patriarcal e hierarquizada da família, ajudam a explicar esse desencontro. Mesmo assim é sob o modelo biológico que o sistema jurídico inicialmente organiza o estabelecimento da filiação, embora não o reproduza fielmente”. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 21-22.

¹⁶ Estabelecia o art. 338 do Código Civil de 1916: “Presumem-se concebidos na constância do casamento: I – os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339), II –

investigatória eram, dada a precariedade, apenas indícios, que não se mostravam suficientemente fortes para estabelecer com segurança o vínculo paterno-filial.

A impossibilidade de se aferir *com certeza* a paternidade era, inclusive, uma das dificuldades impostas pela doutrina para restringir, ao máximo, o cabimento da ação a situações absolutamente específicas.¹⁷

Nota-se, assim, que o privilégio da ficção jurídica em detrimento da verdade biológica advinha da preocupação social, refletida no ordenamento, de se tutelar a família, como célula mãe de uma sociedade patriarcal, individualista e patrimonialista e não os seus membros, individualmente.¹⁸

Mas a evolução da concepção da família, com o reconhecimento da igualdade entre marido e mulher (CF, art. 226, § 5.º), bem como entre todas as espécies de filhos (CF, art. 227, § 6.º), além do reconhecimento da família não matrimonial (CF, art. 226, § 3.º), ensejou o inevitável desligamento entre o casamento e a legitimidade dos filhos, permitindo a conclusão de que a descoberta da paternidade verdadeira constituía, mais do que tudo, um direito próprio dos filhos.

Como bem frisou Eduardo de Oliveira Leite,

a noção de paternidade construída pelo direito romano e que serviu de paradigma ao sistema codificado de direito de família, que plasmou nosso direito nacional, não guarda mais nenhuma identificação com o vivenciado pela família atual. Mas, é forçoso reconhecer, aquele modelo serviu de parâmetro ao direito codificado e continua sendo invocado na atualidade, apesar de sua manifesta inaplicação ao estágio atual de evolução histórica que atingimos.¹⁹

A mudança de paradigmas reconhecida pela Constituição de 1988, que, ao mesmo tempo, valorizou a igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5.º, I), introduziu a absoluta isonomia de tratamento dispensado a todos e quaisquer filhos, reconheceu outras formas de união como entidades familiares, além daquela decorrente do casamento, e a todos dispensou a

Os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite ou anulação”.

¹⁷ Conforme notícia Arnoldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 143-146.

¹⁸ A propósito, Maria Christina de Almeida observa: “Acima da verdade biológica, o sistema jurídico brasileiro faz prevalecer a verdade jurídica. A paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base biológica para atender interesses da própria família codificada, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica”. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, p. 45.

¹⁹ Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai, *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*, p. 66.

mesma proteção do Estado, evidencia o reconhecimento da necessidade de se tutelar a família enquanto campo de desenvolvimento pessoal de seus integrantes.²⁰

Sem dúvida, a mudança de enfoque no tratamento dispensado à família decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1.º, III, do texto constitucional, como fundamento do nosso ordenamento jurídico.²¹

E, por se prestigiar o núcleo familiar com os olhos voltados ao desenvolvimento pessoal dos seus membros, a família passou a ser vista como uma “comunidade fundada no afeto, cujos membros se unem por um sentimento de solidariedade”.²² Assim ressalta Gustavo Tepe-dino:

A grande novidade em termos hermenêuticos, cristalizada na Constituição, embora já anunciada pelo revogado Código do Menor em 1979 [...] constituiu-se no deslocamento do objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A disciplina jurídica da família e da filiação antes se voltava para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente.²³

²⁰ Como bem ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo: “A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais”. A *repersonalização das relações de família*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 24, p. 138.

²¹ Ingo Wolfgang Scarlet diz que se deve entender como dignidade da pessoa humana a “*qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*” (grifos do original). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 60.

²² Julie Cristine Delinsky, *O novo direito de filiação*, p. 11. Tratando da diferença existente entre a família do Código Civil de 1916 e a família da Constituição Federal de 1988, destaca Luiz Edson Fachin que “na Constituição, outra família é apreendida: pluralidade familiar (não apenas a matrimonialização define a família), igualdade substancial (e não apenas formal), direção diárquica e de tipo eudemonista”. *Elementos críticos de direito de família*, p. 51. No mesmo sentido é a posição de Teresa Arruda Alvim Pinto, para quem “a ‘cara’ da família moderna mudou. O seu principal papel, ao que nos parece, é o de *suporte emocional* do indivíduo”. Um novo conceito de família – Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência, *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*, p. 83.

²³ A disciplina jurídica da filiação, *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*, p. 231. Adiante, prossegue o autor: “A entidade familiar da Constituição de 1988, ponto de referência normativo do legislador de 1990, é uma formação social não necessariamente fundada no casamento, hoje dissolúvel, permeada pela paridade dos cônjuges e pela democratização da relação pai-filho, dirigida ao desenvolvimento da personalidade de quantos a compõem. Do cotejo resulta o ocaso da família tutelada em si

Paralelamente à compreensão da mudança da “família”, a evolução da engenharia genética e os avanços da pesquisa do DNA permitiram a descoberta da verdade real da filiação, que, encarada como um direito dos filhos, passou a ser absolutamente possível e desejada.

No entanto, tal descoberta, em muitos casos, gerou o enfraquecimento da instituição familiar porque permitiu evidenciar o que antes permanecia acobertado pela ficção, ou seja, que nem sempre os laços de família correspondiam aos laços de sangue.

Guilherme de Oliveira contextualiza:

Se estas conquistas da ciência são uma novidade para o Direito e proporcionam ao anseio de verdade biológica o conforto da viabilidade, de tal modo que ele assume foros de um imperativo quase absoluto, não se deve esquecer que a procura da verdade biológica, relegada para segundo plano em muitos aspectos da regulamentação positiva, em vários sistemas e durante mais de um século e meio, não é preocupação nova do Direito mas antes a reposição empenhada de um valor antigo. A filiação ou, de forma mais genérica, o parentesco sempre foi tornado, embora não exclusivamente, como um vínculo de sangue e foram as relações naturais, biológicas, que o Direito sancionou e regulamentou, com os desvios razoáveis que as dificuldades de prova impuseram, mais do que hoje. O Direito não acabou agora de descobrir as leis naturais mais patentes da descendência para se conformar com elas e a afirmação, quase que poderíamos dizer empolada, do princípio da verdade biológica irrompe pelos textos doutrinários e legislativos pela força não só das exigências gerais de rigor analítico e de verdade do pensamento moderno, mas também, e principalmente, por força de uma reacção indispensável contra as determinantes jurídico-culturais que deram guarida à ficção, durante certo tempo, em homenagem a interesses prevaletentes e alheios à essência biológica, tradicionalmente reconhecida e preponderante, da relação filial.²⁴

Com isso, ao mesmo tempo em que, por um lado, se consagrava a biologização da paternidade, por outro se constatava que a identidade genética não necessariamente impunha

mesma, enquanto núcleo indissolúvel, a ser preservado ainda quando já se houvessem dissipados os liames de afeto entre seus membros, prestigiando-se sempre a autoridade do chefe – de modo a mantê-la coesa – e a ancestralidade, motor da perpetuação patrimonial no mesmo tronco familiar, biologicamente concebido. A imagem da ‘família-instituição’, assim delineada, dá lugar à família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus componentes, nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários”. Ob. cit., p. 234. Zeno Veloso também ressalta que a família patriarcal deu lugar à família nuclear e que, neste novo modelo familiar, os filhos têm presença mais acentuada. *Direito brasileiro de filiação e paternidade*, p. 7.

²⁴ Sobre a verdade e a ficção no direito da família, *Temas de direito da família*, p. 13.

vínculo familiar e que o afeto também precisava ser considerado como elemento primordial para o estabelecimento da filiação.²⁵

Além disso, graças à evolução da medicina genética, passou a ser possível que filhos fossem gerados independentemente de procriação carnal e, em vários casos, mesmo sem a utilização de material genético dos próprios pais. E a verdade (ficção) jurídica, novamente, passou a ter relevância justamente como meio de prestigiar o afeto em detrimento da biologia.²⁶

Indiscutivelmente, com essa evolução, se dissociava a figura do genitor da figura do pai. Descortinava-se uma relação que, por tradições socioculturais ou por imposições probatórias, tempos atrás, não poderia ser conhecida.

O pai deixa, assim, de ser tão-somente “aquele que o sistema jurídico define como tal”²⁷ passando a se compreender que “a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica”.²⁸

A nova concepção de família agrega ao conceito de filiação a verdade socioafetiva e a ela dá valor de modo a se compreender que a verdadeira relação paterno-filial depende, mais do que da identidade genética, do vínculo construído pelo amor, cuidado e afeto entre pais e filhos.

Forte nos princípios em que se pauta o direito de filiação na atualidade, Paulo Lôbo assim sintetiza o conceito de filiação:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.²⁹

²⁵ Como explica Eduardo de Oliveira Leite, “priorizando o biológico, fazendo depender a ‘paternidade’ de um mero exame de DNA, o legislador confundiu e nivelou duas noções, a de genitor e de pai que não são, necessariamente, concludentes, mas que podem se apresentar distintas, porque genitor, qualquer homem potente pode ser, basta manifestar capacidade instrumental para gerar; pai, ao contrário, é mais que mero genitor, pode até se confundir com o genitor, mas vai além da mera noção de reprodução”. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai, *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*, p. 77.

²⁶ Ressalta Eduardo de Oliveira Leite: “Negligenciando as conquistas obtidas pela verdade genética, os promotores das inseminações artificiais ou das fecundações laboratoriais, das doações de gametas, pregam a descon sideração da tão-só verdade biológica em proveito de uma verdade afetiva”. Ob. cit., p. 78.

²⁷ Cf. Luiz Edson Fachin, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 21.

²⁸ Idem, p. 23.

²⁹ *Famílias*, p. 192.

Hoje, como notadamente reconhece a doutrina e tal como posto na legislação, há, ao menos, três critérios para fundamentar o estabelecimento da paternidade: a) o relacionado ao vínculo jurídico-legal; b) o relativo ao vínculo biológico; c) o pertinente ao vínculo afetivo.³⁰

A investigação acerca de qual critério deve prevalecer à luz de um caso concreto é questão das mais intrincadas. Isso porque nem sempre haverá plena identificação entre o pai que a lei considera como tal e aquele que se verifica pela investigação genética, e aquele que a realidade afetiva impõe que o seja. Conflitos se instauram na medida em que se dissocia a figura do genitor da figura do pai.

Fernanda Otoni de Barros, com clareza, manifesta essa dissociação usualmente presente entre a realidade jurídica, biológica e afetiva:

O pai, esvaziado de poder, reduzido à sua função biológica e de provedor, não é mais o pai das justas núpcias. Não é mais o amante presumido da mãe. Não é mais o chefe da família, não é mais o guardião legítimo de seus filhos. Juridicamente, é reservado a ele o direito de visitas, mas, na prática, veremos que esse direito é atravessado pelo poder materno.

Quem é o pai? Das transformações ocorridas no código extraímos que o declínio do poder paterno fez falecer a representatividade de seu nome. Quem é o pai é uma questão carente de significação dentro do ordenamento jurídico atual. Pode ser o biológico, pode ser o de criação, pode ser o adotivo, pode ser o atual companheiro da mãe, pode ser o do registro... pode ser destituído. Hoje, o Direito de Família não tem uma norma que defina, por lei, quem é o pai. [...]

Tudo vai depender das circunstâncias, interesses, provas de poder ... e irá passar pela mãe... em nome do interesse maior da criança.

O que é o pai? A carência de uma resposta a essa questão, no campo jurídico, produz uma incerteza a propósito da legitimidade do nome do pai. Dai concluirmos com os romanos: *semper est certa mater; pater incertus est*.³¹

³⁰ Cf. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação*, p. 347-348. Para o autor: “Com a derrocada da tríade composta pelo liberalismo, individualismo e patriarcalismo que fundamentavam a família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e aristocrática do *Code Civil* na sua redação original (...) questiona-se a manutenção dos critérios jurídico, legal e biológico no contexto do Direito de Família contemporâneo. Além das transformações ocorridas no próprio perfil das novas famílias jurídicas, dois outros fatores surgiram para se agregar aos demais no tema envolvendo o estabelecimento da filiação e seus efeitos: a) o desenvolvimento e o emprego das técnicas de reprodução assistida, especialmente sob a modalidade heteróloga; b) a evolução das técnicas científicas acerca da determinação da origem genética por força do exame de DNA”.

³¹ *Do direito ao pai*, p. 70-71.

Essa problemática presente no direito civil hodierno produz intrincadas questões que influenciam, diretamente, os aspectos processuais das ações relativas ao estabelecimento e à impugnação da paternidade, primordialmente no tocante à legitimidade ativa e passiva, aos pedidos que poderão ser formulados, à finalidade das provas que serão produzidas e a natureza das decisões proferidas, como adiante se analisará.

Nem sempre o exame de DNA, amplamente determinado pelos magistrados em perícias médicas nas ações referentes à filiação, se mostrará útil ao deslinde da questão posta à apreciação judicial.

Isso porque o vínculo paterno-filial, como já mencionamos, é muito mais do que a investigação genética pode traduzir. João Baptista Villela, acertadamente, pontifica que a paternidade é um ato de vontade, de modo que “pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é”.³²

Justamente por acreditarmos que a paternidade é ato de vontade e que se diferenciam as figuras de pai e de genitor, na terminologia que adotamos (embora, é claro, possam coexistir em uma mesma pessoa), não receamos afirmar que à luz dos diplomas constitucional e civil, vigentes no nosso ordenamento, podem ser identificadas as ações que objetivam o estabelecimento ou a impugnação da filiação, de outras em que perscruta, unicamente, a verdade genética.

Se o nosso direito autoriza a distinção entre filhos provenientes da verdade jurídica, filhos da verdade biológica e filhos da verdade afetiva, não se pode negar que é preciso identificar, na seara processual, os limites de cada uma das ações previstas no ordenamento.

A abordagem dessas ações, à luz desse panorama, é o que se pretende fazer neste trabalho.

2. O direito de filiação na Antiguidade

A apresentação da evolução histórica do direito de filiação se justifica para uma melhor compreensão do instituto.³³ No entanto, não se pretende aqui, porque fugiria ao escopo do

³² Desbiologização da paternidade, *Revista Forense*, v. 271, p. 50. Como ressalta João Baptista Villela: “Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”. *Idem*, p. 47.

³³ José Carlos Moreira Alves, citando Carnelutti, acentua que “a vida do homem flui do passado para o futuro, por isso, necessita ele de ver diante de si, e, para que possa perceber o que virá, é preciso conhecer o que pas-

trabalho, que é o de analisar as ações relativas ao estabelecimento e à impugnação da filiação, fazer uma análise aprofundada do direito de filiação na Antiguidade.

O que se pretende, apenas, é a demonstração de como era regrado o direito de filiação neste momento histórico com a escolha do que, a nosso critério, se mostra mais relevante para que, efetivamente, se compreendam as sensíveis semelhanças com o nosso originário direito codificado no tocante ao tratamento dispensado aos filhos e às limitações ao estabelecimento da paternidade.³⁴

Noticia José Carlos Moreira Alves³⁵ que o estudo do direito de família romano permite identificar, ao menos, dois grandes grupos familiares. Um, denominado de *familia proprio iure*, que corresponde ao complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*, e o outro, chamado de *familia natural*, composta pelos cônjuges e seus filhos, que se formava mesmo que o marido e pai não fosse o *pater familias* da mulher e dos seus descendentes.³⁶

Além disso, Silvio A. B. Meira ressalta que na Roma antiga a “família poderia ser o conjunto de bens que constituíam o patrimônio de propriedade do *pater*”, mas também designava “a reunião de pessoas subordinadas ao mesmo *pater familias*.” A sua organização tinha como figura central o *pater familias*, que possuía grandes poderes³⁷ sobre os membros da família, que eram considerados seus subordinados.³⁸

Daí a justificativa do *patria potestas*, que tinha como fim tanto a proteção à família como a sua conservação como unidade política, econômica e religiosa.³⁹ O poder era concen-

sou”. *Direito romano*, v. 2, Observação preambular.

³⁴ Para estudo completo e aprofundado da evolução do direito da filiação desde a Antiguidade até os dias atuais, inclusive no direito brasileiro, ver, por todos, Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 17-60, e Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 39-139.

³⁵ *Direito romano*, p. 253-254.

³⁶ Registra José Carlos Moreira Alves que na família se distinguem duas categorias de pessoas, quais sejam: o *pater familias*, chefe absoluto, independente e que é aquele que não tem, na linha masculina, ascendente vivo a que esteja sujeito; e as pessoas subordinadas ao *pater familias*, que são: a esposa do *pater familias*, seus descendentes (inclusive adotivos) e as mulheres. *Direito romano*, v. 2, p. 256-257.

³⁷ José Carlos Moreira Alves explica serem amplos os poderes do *pater familias* de forma que “é ele o chefe militar da família, seu sacerdote e juiz; tem poder de vida e de morte sobre todos os membros da família – pode, inclusive, expor os filhos ao nascerem; ou depois, vendê-los no estrangeiro, como escravos. Todo o patrimônio da família lhe pertence, daí, tudo o que as pessoas, que lhe são submetidas, adquirem, passa a pertencer a ele. Somente ingressa na família quem o *pater familias* quiser: até os filhos de sua esposa ele deverá reconhecê-los como seu”. Ob. cit., p. 257.

³⁸ *Instituições de direito romano*, p. 103-104.

³⁹ Conforme registra Arnaldo Medeiros da Fonseca, em razão de representar um agrupamento político, religioso e civil, a família patriarcal constituía, entre os antigos romanos, um pequeno Estado, *Investigação de paternidade*, p. 34.

trado na figura do ascendente masculino mais velho e durava até a sua morte, quando passava, automaticamente, para o descendente, homem, imediato.⁴⁰

O parentesco não se fundava nos laços de sangue, mas no poder.⁴¹ Dessa forma, eram consideradas parentes aquelas pessoas que estivessem sob o poder do mesmo *pater*, dispensado o laço sangüíneo, ligadas pelo parentesco masculino. E a esse parentesco dava-se o nome de *agnatio*.⁴² Em contrapartida, havia a *cognatio*, que era o parentesco de sangue, com a família paterna e materna, mas que não produzia efeitos civis.⁴³

José Carlos Moreira Alves afirma serem três as categorias de filhos encontradas no direito romano, quais sejam: a) os legítimos ou procriados em justas núpcias; os adotivos e os legitimados; b) os filhos gerados de união ilegítima (*vulgo quaesiti* ou *vulgo concepti* ou *spurii*); c) os filhos nascidos do concubinato (*naturales liberi*).⁴⁴

Considerando a submissão ao *pater familias* surgiu em Roma, como expressão do *patria potestas*, a presunção de que *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Desta forma, eram as núpcias que caracterizavam a paternidade legítima porque só os filhos assim havidos, e os adotados, é que estavam subordinados ao *pater*. Além disso, ressalta Luiz Edson Fachin que essa presunção “expressa diretamente a autoridade do *pater*, ou seja, o poder do pai em aceitar ou rejeitar o filho segundo seu exclusivo desejo”.⁴⁵

Os filhos havidos de união ilegítima (*vulgo quaesiti* ou *vulgo concepti* ou *spurii*) não tinham, juridicamente, um pai, já que não havia no direito romano a possibilidade de o pai natural reconhecê-los ou legitimá-los.⁴⁶

⁴⁰ Explica José Carlos Moreira Alves: “A princípio, os poderes do *pater familias* enfeixados na *patria potestas* são absolutos: o *pater familias* pode ser comparado a um déspota. A pouco e pouco, porém, e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da *patria potestas* se vão abrandando, até que, no direito justiniano – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepuzado o parentesco agnatício pelo cognatício –, a *patria potestas* se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo), embora conserve – o que a afasta deste – duas características antigas: a) vitaliciedade [...] e b) a titularidade, não pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais remoto”. Ob. cit., p. 273.

⁴¹ Cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 35.

⁴² Registra Sylvio Portugal que a família era o complexo dos agnados ou a totalidade de pessoas vinculadas pelo parentesco civil. *Investigação de paternidade*, p. 5.

⁴³ Cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 35. Referido autor noticia ainda que, aos poucos, isso se modifica e “o parentesco natural ou consangüíneo vai sendo levado em conta. Ao lado da agnação se afirmam os efeitos jurídicos da cognação que, afinal, lhe é equiparada e prevalece no direito moderno”. Idem, *ibidem*.

⁴⁴ *Direito romano*, v. 2, p. 317.

⁴⁵ *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 29.

⁴⁶ Cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 2, p. 318.

Os filhos havidos do concubinato não estavam sujeitos ao *pater* e, por isso, não eram considerados seus parentes. Não podiam, nem mesmo, ser adotados pelo *pater*. Na época de Justiniano a estes foram assegurados direito aos alimentos e à participação na herança paterna desde que não houvesse filhos legítimos.⁴⁷

Estando a família baseada na religião,⁴⁸ representava também uma associação religiosa para fins de perpetuação do culto aos antepassados. O afeto não representava o seu fundamento e, como explica Fustel de Coulanges, “podia realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era”.⁴⁹

Considerando que a perpetuação do culto era feita pelo filho homem – a religião doméstica se transmitia exclusivamente na linha masculina⁵⁰ –, os filhos ilegítimos não poderiam desempenhar a função de perpetuação do culto.

Da preocupação com a perpetuação do culto aos mortos tem-se, em síntese, que: a) a adoção era permitida, mas apenas àqueles que não tivessem filhos homens justamente como forma de prevenir a extinção do culto; b) os filhos adotivos eram integrados à família e possuíam os mesmos direitos dos demais irmãos; c) o princípio do parentesco não estava no ato do nascimento, mas no culto; d) o filho nascido do concubinato⁵¹ não estava colocado sob a autori-

⁴⁷ Silvio A. B. Meira, *Instituições de direito romano*, p. 180.

⁴⁸ Explica Caio Mário da Silva Pereira: “No antigo Direito Romano, a organização religiosa da família sobrepunha a qualquer outro aspecto seu. [...] Todas as relações civis giravam em torno desta comunidade de culto, e a família, sobre ela organizada, obedecia a princípios religiosos. [...] A filiação não assentava na consanguinidade, uma vez que a *generatio* era insuficiente, desacompanhada do cerimonial religioso, para fazer do recém-nascido um agnado. Por outro lado, o filho adotivo, ainda que não compartilhasse do mesmo sangue, era *verdadeiro filho*, porque introduzido no culto ancestral”. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 8-9.

⁴⁹ *Cidade antiga*, p. 36. Também Philippe Airès acentua: “Essa família antiga tinha por missão – sentida por todos – a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda, nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. Isso não quer dizer que o amor estivesse sempre ausente: ao contrário, ele é muitas vezes reconhecível, em alguns casos desde o noivado, mais geralmente depois do casamento, criado e alimentado pela vida em comum [...] Mas [...] não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor...”. *História social da criança e da família*, p. X.

⁵⁰ Justamente porque apenas o parentesco havido na linha masculina (*agnatio*) produzia efeitos civis.

⁵¹ De Guillermo A. Borda se extrai que: “Em Grecia y en Roma, bajo la Ley de las XII Tablas, el hijo nacido fuera de matrimonio no era considerado como miembro de la familia; carecia, por tanto, de todo derecho, y por cierto del sucesorio. En Atenas, las hijas naturales no podrían casarse con un ciudadano. Este rigor comenzó a atenuarse en Roma a partir del edicto *Unde cognati*. Poco a poco se fue delineando la distinción entre los *liberi naturali*, hijos de una concubina; los *spurii*, hijos de mujer de baja condición o vida deshonestas; y los *adulterini e incestuosi*, habidos de una unión prohibida. A los primeros se les reconoció el carácter de parientes del padre o madre; se permitió legitimarlos e incluso se les reconoció vocación hereditaria. Con los restantes, en cambio, se mantuvo el rigor primitivo; todavía bajo Justiniano, los hijos adulterinos estaban privados de todo derecho, inclusive el de reclamar alimentos (Novelas, 12, cap. I; 89, cap. 15)”. *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 11.

dade paterna porque não possuía comunhão religiosa; e) ao pai assistia o direito de reconhecer o filho ao nascer ou de rejeitá-lo, já que a filiação apenas passava a existir no momento em que o filho era iniciado no culto sagrado da família.⁵²

Havia, no direito romano, ainda, a possibilidade de contestação da paternidade pelo marido sempre que fosse provada a ausência de coabitação durante o período legal da concepção. E a falta de coabitação poderia ser provada pela ausência, pela impotência ou por qualquer outra causa que comprovasse tal impossibilidade.⁵³

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento apenas se mostrava possível pela *legitimatio*,⁵⁴ que poderia ser *legitimatio per subsequens matrimonium* ou *legitimatio per rescriptum principis* (era a concedida pelo soberano, a requerimento do progenitor que admitia a paternidade e somente poderia ser utilizada quando o matrimônio entre o casal se mostrasse impossível e desde que não se tratasse de filhos adulterinos e incestuosos).⁵⁵

A ação de investigação de paternidade não era conhecida pelo direito romano em sua fase inicial (períodos pré-clássico e clássico), passando a ser tratada apenas no direito romano tardio (período pós-clássico),⁵⁶ mais sujeito às influências do direito canônico. Sylvio Portugal noticia:

Há estudiosos do direito romano aos quais se afigura ter existido naquelle povo a acção que permittia ao filho investigar sua paternidade. [...] Outros, ao inverso, entendem que a organização social, em Roma, tornava sem interesse pratico a investigação da paternidade: dahi o silencio dos textos a esse proposito. Sustentam, assim, que os romanos ignoravam a idéa moderna do reconhecimento dos bastardos.

A verdade, porém, como freqüentemente acontece, parece estar repartida entre os dois campos.⁵⁷

⁵² *Cidade Antiga*, p. 35/95.

⁵³ É o que relata Guilherme de Oliveira, *Critério jurídico da paternidade*, p. 48.

⁵⁴ *Legitimatio* em direito romano, como explica José Carlos Moreira Alves, “é o ato pelo qual os filhos nascidos de concubinato (*naturales liberi*) adquirem a condição de filhos legítimos”. *Direito romano*, v. 2, p. 270-273.

⁵⁵ *Critério jurídico da paternidade*, p. 75. No mesmo sentido: Silvio A. B. Meira, *Instituições de direito romano*, p. 192-194; José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 2, p. 270-273.

⁵⁶ A divisão do direito romano em períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico é utilizada por José Carlos Moreira Alves em sua obra *Direito romano*.

⁵⁷ *Investigação de paternidade*, p. 37-38.

Orlando Gomes e Nelson Carneiro afirmam que Roma não conheceu o princípio da investigação de paternidade, que se trata de criação do direito canônico.⁵⁸

Firme no propósito de identificar a possibilidade de propositura da ação investigatória no direito romano, dando evidências de que referida ação foi introduzida no direito antigo pela influência do direito canônico, prossegue Sylvio Portugal:

Estudando a evolução do direito romano, quanto aos filhos naturaes, divide-a LUIS CREMIEU em dois períodos, que offerecem singular contraste: o ‘pagão’, caracterizado pela completa indiferença da lei, relativamente aos filhos illegítimos; e o ‘christão’, em que já se faz a determinação legal dos filhos naturaes. Considerando ‘filhos naturaes’ a todos os que não descendem de ‘justae nuptiae’, conclue que, no período pagão, o filho pagão não tem liame algum com o pae. Pode provar a filiação. Mas, feita a prova, não adquire qualquer direito. Os laços que vinculam os filhos naturaes à mãe são identicos aos que existe entre esta e os filhos legítimos, havendo equiparação completa entre uns e outros. Com o advento do christianismo, tudo mudou. Se o direito anterior se caracterizára pelo completo silencio da lei civil sobre filiação natural, o direito christão, ao inverso, regulamentou-a minuciosamente. Desde o reinado de CONSTANTINO, succedem-se leis sobre filhos naturaes, e principalmente sobre concubinato. Nessa época, ha paes legitimos e paes naturaes, assim como ao lado das mães naturaes começam a aparecer mães legítimas. Desde então, ha para o filho natural grande interesse em provar a paternidade, porque dahi lhe resultam certos direitos; e as provas de que se utiliza são as do direito comum. É um systema incompleto, apenas esboçado nas grandes linhas, mas que constitue o germe de todos os elementos que, mais tarde, serviriam de base á regulamentação da matéria.⁵⁹

A verificação do tratamento dispensado à filiação no direito antigo permitirá compreender muito do regramento do instituto pelo nosso direito codificado que refletia, originariamente, em muitos aspectos, similitude com o direito antigo graças à nossa tradição romano-germânica.

⁵⁸ *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*, p. 86. San Tiago Dantas aponta que a investigação de paternidade ou de maternidade é uma inovação do Direito Canônico, que se deve à influência do cristianismo, ressaltando que em Roma esse instituto apenas apareceu após a influência do cristianismo em sua legislação, *Direito de família e das sucessões*, p. 368.

⁵⁹ *Investigação de paternidade*, p. 39-40.

3. Evolução legislativa do direito da filiação no ordenamento brasileiro

O direito brasileiro, desde as Ordenações até a Constituição Federal de 1988, tratou de forma diferente os filhos, e o critério de distinção era fundado na existência ou não de casamento entre os genitores. Desta forma, toda a evolução legislativa do direito de filiação no Brasil está arraigada à legitimidade dos filhos, sendo esta diretamente ligada à existência de casamento. Por isso, legítimos eram os filhos do casamento e ilegítimos os decorrentes de qualquer outra forma de união.⁶⁰

Tratando da filiação ilegítima, Yussef Said Cahali apresenta cinco etapas da evolução histórica da filiação no direito brasileiro,⁶¹ que podem ser identificadas por cinco marcos legislativos: a) as Ordenações Filipinas; b) a Lei 463, de 02.09.1847; c) o Código Civil de 1916 (Lei 3.016, de 01.01.1916); d) a Carta Constitucional de 1937 complementada pelas Leis 6.515, de 26.12.1977, e 7.284, de 14.11.1984; e) a Constituição Federal de 1988, completada com a Lei 7.841, de 17.10.1989, e, posteriormente, com a Lei 8.560, de 29.12.1992. A estes marcos legislativos deve-se acrescentar o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002).

Nas Ordenações Filipinas existia a possibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos, mas o tratamento sucessório dispensado era diferente conforme fossem filhos de peões (plebeus) ou de nobres. Assim, os filhos naturais⁶² de peões concorriam juntamente com os legítimos à herança do pai plebeu e, à falta de filhos legítimos, eram os ilegítimos herdeiros universais, salvo a terça, que poderia ser objeto de disposição pelo genitor. Sendo nobre o genitor, os filhos naturais somente poderiam participar da sucessão testamentária, permitida a sucessão legítima apenas aos filhos legitimados.⁶³ E, mesmo através de testamento, somente poderiam ser instituídos herdeiros da *terça* na ausência de descendentes legítimos.⁶⁴

Os filhos adúlteros, incestuosos e sacrílegos,⁶⁵ embora não participassem da sucessão do genitor, tinham assegurado o direito a alimentos. E embora a proibição de suceder fosse

⁶⁰ A classificação detalhada da filiação é apresentada no item 4 deste Capítulo.

⁶¹ *Dos alimentos*, p. 575. Embora a partir de 1988 tenha sido proibida a classificação da filiação em legítima e ilegítima, a utilização dos marcos legislativos tais como apresentados por Yussef Said Cahali denotam a evolução da filiação e a real mudança de tratamento dos filhos havidos fora do casamento no ordenamento jurídico nacional.

⁶² Naturais são denominados os filhos nascidos fora do casamento, quando não existe impedimento matrimonial entre os genitores.

⁶³ Assim entendidos os filhos havidos de pessoas que, após a sua concepção, celebram casamento.

⁶⁴ Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 72.

⁶⁵ Explicam Orlando Gomes e Nelson Carneiro: “Os filhos ilegítimos dividem-se em duas grandes classes: a) naturais simples; e b) espúrios. *Naturais simples* são os que nasceram de pessoas que podiam consorciar-se no momento em que foram concebidos. *Espúrios*, os que nasceram de pessoas impedidas de casar quando os

expressa, tal proibição “não atingia a sucessão testamentária, pelo que os filhos espúrios poderiam ser instituídos herdeiros, quando não os houvesse os *necessários*”.⁶⁶

A ação de investigação de paternidade natural era admitida, pois, como bem ressalta Sylvio Portugal, tendo as Ordenações Filipinas assegurado aos filhos de peões direito alimentar e sucessório, “não se concebem direitos cujo exercício não possa ser assegurado por via de acção”.⁶⁷

Em 1824 a Constituição Imperial consagrou a igualdade de todos perante a lei, mas não foi suficiente para dirimir as dúvidas doutrinárias quanto à manutenção ou não da distinção entre os filhos de nobres e de plebeus para fins sucessórios, tendo em vista a vigência das Ordenações.

Apenas em 1847 a Lei 463 acabou, definitivamente, com a diferenciação entre filhos de nobres e de plebeus para fins sucessórios e estabeleceu igualdade entre os filhos exigindo que a prova da filiação natural fosse feita por escritura pública ou por testamento. Quanto aos filhos espúrios, embora reconhecidos pelos pais, continuavam não sendo titulares de direitos sucessórios, salvo quando instituídos em testamento, sem prejuízo dos herdeiros necessários.⁶⁸

Regulamentando o casamento civil, o Decreto 181, de 24.01.1890, admitiu que a filiação natural pudesse ser provada por confissão espontânea ou pelo reconhecimento do filho, feito em escritura de notas, no ato do nascimento, ou em outro documento autêntico oferecido pelo pai (art. 7.º, § 1.º, alínea 2.ª).

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial da época, no entanto, continuava firme no sentido de impedir a investigação judicial da paternidade ilegítima, já que permitido legalmente era apenas o reconhecimento voluntário. E tal reconhecimento não tinha o condão

procriaram. Os espúrios bifurcam-se em: *a)* adúlteros; e *b)* incestuosos. Quando o impedimento de casar origina-se do fato de serem casados ambos ou um dos pais, o filho, nascido dessa união ilícita, é adúltero. Fruto de um adultério. Quando o impedimento resulta de parentesco próximo, o filho é incestuoso. [...] A classe dos *sacrílegos*, outrora admitidos entre os espúrios, desapareceu do nosso direito com a secularização do casamento. O impedimento, nesse caso, era ‘resultante de investidura em ordens sacras maiores, ou de entrada em ordem religiosa aprovada’”. *Do reconhecimento dos filhos adúlteros*, v. 1, p. 23.

⁶⁶ Cf. Orlando Gomes e Nelson Carneiro, *Do reconhecimento dos filhos adúlteros*, v. 1, p. 137.

⁶⁷ *Investigação de paternidade*, p. 73. Da mesma forma entendem Orlando Gomes e Nelson Carneiro, *Do reconhecimento dos filhos adúlteros*, v. 1, p. 136.

⁶⁸ Para Sylvio Portugal, referida lei “vibrou golpe profundo no instituto da investigação de paternidade ilegítima, pois que, para fins sucessórios, fez depender o reconhecimento do filho, exclusivamente, da vontade do pae. Mesmo assim, os tribunais incluíam o testamento nuncupativo entre os em que podia ser feito o reconhecimento”. Ob. cit., p. 78.

de alçar os filhos espúrios (adulterinos e incestuosos) à condição de herdeiros legais de seus genitores, posto que a eles estava resguardado apenas o direito a alimentos.

Após inúmeras discussões e projetos, em 01.01.1916 foi sancionada a Lei 3.071, que introduzia no nosso ordenamento o Código Civil, que entrou em vigor um ano depois (01.01.1917). Refletindo as tendências mundiais da codificação, o Código Civil trazia em seu bojo valores individualistas e patrimonialistas. Quanto ao direito de família, em especial, a preocupação maior se refletia na proteção da família legítima e de seus aspectos patrimoniais, deixando de lado qualquer devotamento aos valores pessoais dos cônjuges e dos filhos, como no direito francês.

Quanto ao direito francês, aliás, ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

o *Code Civil* conferiu vários atributos à família codificada, estruturando-a juridicamente com base na hierarquização, no patriarcalismo, na centralização, no absolutismo, no individualismo e no patrimonialismo excluindo de legitimidade qualquer outra organização que não se encaixasse nos contornos da lei. Toda a estrutura jurídica dos laços de parentesco – aí logicamente incluídos os vínculos de paternidade-filiação e maternidade-filiação – na tradição romano-germânica foi edificada na pessoa do homem consagrando, desse modo, a paternidade vinculada à legitimidade que é consequência do casamento, daí o sistema de presunções e verossimilhança estatuído na codificação.⁶⁹

No nosso diploma, em sua versão original, marcante era a distinção dos filhos fundada na sua legitimidade, cujo conceito advinha da existência de casamento entre os genitores. Assim, legítimos eram os filhos fruto da união matrimonial e ilegítimos os havidos fora do casamento.

Contrariamente ao disposto na legislação então vigente, o diploma civil proibiu expressamente o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos (art. 358).⁷⁰ Quanto aos filhos naturais, previu a possibilidade de sua legitimação em decorrência do casamento dos genitores, assegurando aos legitimados os mesmos direitos dos filhos legítimos (arts. 352 e 353).⁷¹

⁶⁹ *A nova filiação*, p. 366.

⁷⁰ Registre-se que no Projeto Primitivo do Código Civil, elaborado por Clóvis Beviláqua e não revisto, quaisquer filhos ilegítimos poderiam promover ação de investigação de paternidade, conforme previa o art. 427 do Projeto.

⁷¹ Sobre a impossibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, Clóvis Beviláqua apresentou, na época, crítica severa: “O Projecto primitivo e o revisto não consagravam a injustiça, que se introduziu no

Estabeleceu ainda a presunção de legitimidade dos filhos havidos na constância do casamento (art. 337), bem como presunção de que os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias depois de estabelecida a sociedade conjugal e nos 300 (trezentos) dias seguintes ao seu término teriam sido concebidos na constância do casamento.

As hipóteses de negação da paternidade eram limitadas aos casos de ausência de coabitação no período da concepção, de impossibilidade física do marido ou por conta de separação legal do casal (art. 340).

E no tocante aos direitos sucessórios, os filhos naturais reconhecidos na constância do casamento receberiam apenas a metade do que coubesse ao filho legítimo ou legitimado.⁷²

Com relação à investigação de paternidade, que apenas era permitida aos filhos naturais em razão da manifesta proteção às famílias legítimas, poderia ser proposta apenas em quatro hipóteses: a) se ao tempo da concepção a mãe estivesse concubinada com o suposto pai; b) se a concepção do filho coincidissem com o rapto da mãe pelo suposto pai ou com a manutenção de relações sexuais entre eles; c) se houvesse escrito do suposto pai reconhecendo a paternidade expressamente (art. 363).⁷³

Estabelecendo que a família constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado, a Constituição de 10 de novembro de 1937, no tocante aos filhos, equiparou os naturais aos legítimos, determinando que a lei facilitasse o seu reconhecimento.⁷⁴

Código Civil, collocando-o em situação menos liberal que a legislação philippina. Devemos esse regresso da lei civil à influência reaccionaria de Andrade Figueira e outros. Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e moral. A falta é cometida pelos paes e a desonra recae sobre os filhos, que em nada concorreram para ella. A indignidade está no facto do incesto e do adultério, e a lei procede como se ella estivesse nos fructos infelizes dessas uniões condenadas”. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 2, p. 329. No mesmo sentido foram as críticas manifestadas por Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, p. 437. Também Orlando Gomes e Nelson Carneiro reconheceram que o Código Civil estabeleceu preceitos que não se coadunavam com a estrutura da família moderna, contrariando princípios preconizados pelas maiores autoridades do direito de família, *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*, v. 1, p. 19.

⁷² Dispunha o art. 1.605, § 1.º, do Código Civil de 1916 na sua versão original: “Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. § 1.º Havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento” (§ 1.º revogado pela Lei 6.515/77).

⁷³ No projeto Clóvis Beviláqua era admitida a investigação de paternidade ilegítima em cinco casos: a) posse contínua do estado de filho natural; b) concubinato da mãe com o suposto pai, coincidente com o período da concepção; c) rapto ou estupro; d) existência de escrito emanado do pretense pai, reconhecendo expressamente a sua paternidade.

⁷⁴ Assim estava previsto no art. 126 da Constituição de 1937: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

Em 1941 o Decreto-lei 3.200, denominado “Lei de Proteção da Família”, proibiu que nas certidões extraídas do Assento de Nascimento se declarasse a qualificação do filho. Tal informação apenas se mostrava possível se solicitada pelo próprio interessado ou se determinada por decisão judicial.

Em 1942 o Decreto-lei 4.737 derogou os arts. 350 e 363 do Código Civil, passando a permitir, após o desquite, o reconhecimento da paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio, ou propositura de demanda para a declaração da filiação.⁷⁵

A Lei 883, de 21.10.1949, admitiu que todos os filhos havidos fora do matrimônio poderiam ser reconhecidos pelos pais, bem como poderiam promover ação para ver declarada a filiação, mas estabeleceu como pressuposto essencial à tomada dessas medidas a dissolução da sociedade conjugal (desquite, morte ou anulação do matrimônio).⁷⁶

E em seu art. 2.º dispôs que “o filho reconhecido na forma desta lei terá direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”.

Além disso, a Lei 883/49 reconheceu, em seu art. 4.º, a possibilidade de o filho ilegítimo ajuizar, em segredo de justiça, ação de alimentos contra o suposto genitor, ainda que não estabelecida a filiação jurídica.

A Lei 3.133, de 08.05.1957, permitiu a perfilhação a quem já tivesse prole sangüínea e, assim, deu nova redação ao art. 377 do Código Civil dispondo que a adoção não envolveria a relação hereditária quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.

Em 1965 a Lei 4.655, de 02.06.1965, instituiu a legitimação adotiva, atualmente abolida, determinando a integração do legitimado na família adotante e garantindo-lhe direitos sucessórios plenos.

A Lei 6.015, de 31.12.1973 (Lei dos Registros Públicos), estabeleceu regras para o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, como, por exemplo, a exigência de compare-

⁷⁵ Como informa Caio Mário da Silva Pereira, “pouco importa que o filho tenha sido gerado antes ou depois de dissolvida a sociedade conjugal; qualquer que seja a época de seu nascimento, poderá ser reconhecido após o desquite”. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 41-42.

⁷⁶ Colocava-se, assim, fim ao debate doutrinário e jurisprudencial instaurado sob a égide do Decreto-lei 4.737/42, que permitia o reconhecimento dos filhos não-matrimoniais e a ação de investigação da paternidade tão-somente após o desquite. Por conta da descabida possibilidade de investigação da paternidade apenas após o desquite, a jurisprudência já vinha se manifestando quanto a essa possibilidade também nos casos de morte.

cimento de ambos os genitores ao registro civil não sendo casados os pais, ou a presença de procurador dotado de poderes especiais.⁷⁷

A Lei do Divórcio (6.515, de 26.12.1977), acrescentando o parágrafo único ao art. 1.º da Lei 883/49, admitiu o reconhecimento do filho em testamento cerrado, na pendência do matrimônio, aprovado antes ou depois do nascimento do filho e, nessa parte, irrevogável. Alterou, ainda, o art. 2.º da Lei 883/49 determinando que “qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Em 1979 a Lei 6.697, que instituiu o Código de Menores revogando a Lei 4.655, de 02.06.1965, criou a adoção plena, “reconhecendo integralmente direitos sucessórios ao adotado e a adoção simples, que seguia na matéria a orientação do Código Civil, deferindo ao adotado metade do que recolhesse o filho legítimo concorrente”.⁷⁸

A Lei 7.250, de 14.11.1984, incluiu o § 2.º no art. 1.º da Lei 883/49 para permitir o reconhecimento judicial do filho havido fora do matrimônio pela pessoa casada, que se encontre separada de fato há mais de cinco anos contínuos.

Em 1988 a Constituição da República representou verdadeira mudança de paradigmas no direito de família e, diretamente, no direito de filiação.⁷⁹

A análise dos dispositivos que tratam da matéria permite concluir que a proteção destinada à família não mais se justificava porque era vista como a célula mãe de uma sociedade patriarcal, patrimonial e egoísta, fundada exclusivamente no casamento, mas sim porque representava a verdadeira base para o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.⁸⁰

⁷⁷ Dispõe o art. 59 da Lei 6.015/73: “Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas”.

⁷⁸ Cf. Ricardo Pereira Lira, Breve estudo sobre as entidades familiares, *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 38.

⁷⁹ Gustavo Tepedino constata: “Verifica-se do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular ao que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”. A disciplina civil-constitucional das relações familiares, *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 48-49.

⁸⁰ Acentua Luiz Edson Fachin que “sob a concepção *eudemonista* da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 25.

Novas formas de união passaram a ser tuteladas e vistas como entidades familiares, como é o caso da união estável e da família monoparental, esta formada por qualquer dos genitores e seus descendentes. Dizia-se adeus à família legítima no sentido de apenas a ela garantir a proteção estatal.

O tratamento dispensado às famílias⁸¹ é reflexo daquilo que a Constituição elegeu como um de seus eixos basilares: o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸²

Tal princípio justifica o olhar destinado às organizações familiares enquanto agrupamento de pessoas que têm, ou não, os mesmos laços de sangue, unidas pelo amor, carinho e afeto e não mais enquanto meros coadjuvantes de uma organização hierárquica, desigual e patrimonial. Cristalizou-se a igualdade entre todos e quaisquer filhos, vedando a qualificação discriminatória, garantindo a todos os mesmos direitos, independentemente da natureza da filiação.⁸³

⁸¹ Frisa Carlos Alberto Bittar: “Registre-se, desde logo, em consonância com o espírito que presidiu a elaboração da Carta, que o legislador distingue ‘família’ – esta a célula maior da sociedade – e ‘entidade familiar’ – reunião de pessoas não casadas, em situação de estabilidade; e reunião de um genitor com seus filhos, em relação estranha ao casamento – cada qual com conceituação e posicionamento próprios em seu contexto”. *O direito civil na Constituição de 1988*, p. 60.

⁸² Explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a dignidade da pessoa humana, especialmente quando se encontra vinculada aos direitos fundamentais, normalmente é tutelada através de duas funções distintas: a) a de proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral; b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, em condições existenciais consideradas mínimas para tal convivência”. *A nova filiação*, p. 463.

⁸³ A igualdade dos filhos trazida pela Constituição Federal de 1988, que representava inovação no direito brasileiro, era, há muito, prevista em outros ordenamentos, como o direito soviético. Em estudo aprofundado sobre o direito de família dos “Soviets”, Vicente Ráo explica que “todas as uniões, mais ou menos effectivas, são ‘casamento’; todos os filhos são filhos, sem distincção de categoria. Legítimos, naturaes, adulterinos, incestuosos, todos para todos os effeitos, são equiparados entre si. Pódem a mulher e o marido ter comsigo os filhos havidos com outrem, durante o casamento; pódem te-los ao lado dos filhos nascidos do casamento, sem que o outro cônjuge possa reclamar contra semelhante situação; todos os parentes são parentes, bastando para serem considerados taes pela lei, o vínculo do sangue, sem o concurso do vínculo de direito” (*Direito de família dos Soviets*, p. 38) E, adiante, o citado autor, traçando as ponderações específicas no tocante à filiação, apresenta sete conseqüências elencadas por Eliachevitch-Node: “1.º) a filiação de facto é a única fonte constitutiva do parentesco; 2.º) os filhos nascidos fóra do matrimonio têm, com precisão, os mesmos direitos dos filhos havidos em casamento; 3.º) o casamento não produz laço algum de família, além das relações recíprocas entre esposos; de sorte que a aliança, como instituição jurídica, não existe; 4.º) a investigação de paternidade e de maternidade é permittida sem restrições (logo, mesmo na vigência do casamento, póde um dos cônjuges declarar perante quem de direito, ou demonstrar em juízo, que seu filho foi havido com terceira pessoa e não com o outro cônjuge; 5.º) a autoridade da qual ambos os paes estão investidos em pé de perfeita igualdade, não tem outro fim senão o da protecção e educação dos filhos (motivo pelo qual é assimilada, em sua natureza e em suas funções à tutela, não existindo no Código, o conceito de pátrio-poder como instituto distincto); 6.º) a família jurídica (si licito é, perante a lei dos Soviets, usar-se de semelhante expressão) reduz-se aos parentes em linha recta e dentre os collateraes, aos irmãos; 7.º) a adopção é apenas admittida por motivos de ordem philantropica e de assistencia social (e não como parentesco civil)”. *Idem*, p. 134-135.

Desta maneira, “permitiu que se reconhecessem constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente considerados antagônicos: o de proteção à unidade familiar e o de proteção aos filhos, considerados em sua individualidade”.⁸⁴

Após 1988, vários foram os diplomas legislativos que buscaram regulamentar o comando constitucional de igualdade da filiação e, em conseqüência, o reconhecimento dos filhos não matrimoniais.

Assim é que, em 17.10.1989, entrou em vigor a Lei 7.841, que revogou expressamente o art. 358 do Código Civil, retirando da legislação infraconstitucional o obstáculo que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros.

Ainda em 1989, novo diploma legislativo revigorou a proteção do Estado dispensada às crianças e aos adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), ressalta Gustavo Tepedino, “constitui o último patamar de uma longa e tormentosa evolução legislativa, que altera radicalmente o tratamento diferenciado conferido pelo legislador civil aos filhos, segundo a espécie de relação existente entre seus pais”,⁸⁵ e traz como principal novidade a caracterização do filho como alvo de tutela prioritária por parte do ordenamento, protagonista do próprio processo educacional.⁸⁶

Dando início à regulamentação do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu, em seu art. 27, que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

E, além das formas de reconhecimento previstas pelo Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 26, acrescentou a possibilidade de reconhecimento voluntário por “documento público”.

A Lei 8.560, de 29.12.1992, inspirada no direito civil português, regulou a ação de investigação de paternidade, criando o procedimento para averiguação oficiosa da paternidade

⁸⁴ Cf. Claudia Lima Marques, Maria Claudia Cachapuz, Ana Paula da Silva Vitória, Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno, *Revista Igualdade* XXVI, v. 8, n. 26, disponível em: <<http://folio.mp.pr.gov.br>>, acesso em: 1.º jul. 2008.

⁸⁵ *A disciplina jurídica da filiação*, p. 225.

⁸⁶ *Idem*, p. 233.

nos casos em que o registro de nascimento é feito com exclusividade pela genitora.⁸⁷ Como nova forma de reconhecimento voluntário, passou a permitir o realizado por “escrito particular arquivado em cartório”.

Mesmo com tais leis objetivando regulamentar o reconhecimento dos filhos não matrimoniais, era evidente que o direito de filiação, tratado em parte pelo Código Civil – com vários dispositivos não recepcionados pela Constituição e outros alterados pela Lei 7.841/89 –, em parte pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, em parte pela Lei 8.560/92, carecia de uniformização. Pertinente, pois, a crítica de João Baptista Villela em comentário à Lei 8.560/92, logo após sua entrada em vigor:

A fragmentação da matéria por textos que se superpõem e que, juntos, mal passam a imagem de uma colcha de retalhos é bem um indicativo de que, passados mais de quatro anos de vigência da nova Constituição, ainda falta ao País, um projeto político orgânico e consistente para a filiação não-matrimonial.⁸⁸

Em 2002 o Novo Código Civil alterou de forma bastante significativa a disciplina da filiação, promovendo a necessária organização da matéria.

Era preciso adequar, sem remendos ou faltas, a legislação infraconstitucional ao disposto na Constituição, de forma a suprimir toda e qualquer reminiscência discriminatória no tocante aos filhos. Era preciso ainda que em um único diploma fossem previstas todas as normas atinentes à matéria.⁸⁹

Assim, o Código Civil de 2002, no Capítulo “Da Filiação”, coroando a igualdade dos filhos, repete no art. 1.596 o preceito contido no § 6.º do art. 227 da Constituição, dispondo que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁸⁷ Sobre esse assunto, ver, neste Capítulo, item 6.5.

⁸⁸ O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8.560/92, *Repertório IOB de jurisprudência* 4/93, p. 76.

⁸⁹ Zeno Veloso, em sua clássica obra sobre o tema, em 1997, já registrava essa necessidade revelando que o estágio em que se encontrava o direito brasileiro de filiação não representava uma reta de chegada, mas um ponto de partida. E concluiu: “Registradas as grandes conquistas obtidas, e alcançadas depois de tanto tempo, de tantas lutas e sofrimentos, há, ainda, muito o que fazer para organizarmos a filiação no direito brasileiro de uma forma segura e sistemática”. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 7-8.

Quanto à presunção da paternidade, o Novo Código Civil acrescentou três casos de presunção aos já previstos pelo Código Civil anterior,⁹⁰ sendo todas as novas presunções referentes aos casos de concepção artificial, homóloga e heteróloga.

Quanto à ação negatória de paternidade, ou seja, aquela em que o pai impugna a paternidade do filho nascido de sua mulher, o Código Civil vigente trouxe inovações e, reconhecendo que se trata de ação de estado, tal como a investigatória de paternidade, dispôs, no art. 1.601, que a ação é imprescritível.⁹¹

As formas de reconhecimento voluntário da paternidade constantes da Lei 8.560/92 foram trazidas para o corpo do Código de 2002 (art. 1.607).

E no tocante à ação de investigação, que pelo Código Civil de 1916 apenas poderia ser proposta em três hipóteses, não trouxe a lei civil atual qualquer previsão a respeito dos fundamentos que a autorizam, introduzindo o que se denomina de sistema da livre propositura.

A providência, sem dúvida, é salutar, porquanto a previsão do Código Civil revogado apenas se justificava em razão da exigüidade de hipóteses em que o filho não matrimonial poderia buscar a declaração de sua paternidade, o que não mais ocorre à luz do reconhecimento do novo modelo de família e da absoluta igualdade entre todos os filhos.

Além disso, a plena investigação passou a ser possível graças à evolução da medicina, não mais ficando a questão da paternidade-maternidade-filiação obstada pela precária instrução probatória.

⁹⁰ Dispõe o art. 1.597 do Código Civil: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: a) nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; b) nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; c) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; d) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

⁹¹ Sensível a diferença entre a previsão atual e a anteriormente prevista pelo Código Civil de 1916, que no art. 178, § 3.º, fixava em 2 (dois) meses o prazo para o marido contestar a paternidade, caso ele estivesse presente à época do nascimento, e, no § 4.º, estabelecia o prazo de 3 meses, caso o pai estivesse ausente quando do nascimento do filho ou que este fato (o nascimento) tivesse sido dele ocultado.

4. Classificação da filiação

Em que pese a igualdade entre todos os filhos reconhecida pela Constituição Federal de 1988 e a proibição de designações discriminatórias, para o presente trabalho se mostra útil e necessária a apresentação da classificação dos filhos utilizada pela doutrina.

E tal necessidade decorre, ao menos, de três razões.

Primeiro, porque fundamental para a compreensão exata da terminologia utilizada quando se trata do instituto, primordialmente no que se refere à sua evolução histórica e legislativa.

Segundo porque, com a evolução da medicina genética, surgiram novas possibilidades para a criação do vínculo paternidade-maternidade-filiação, que merecem ser incluídas na classificação tradicionalmente apresentada.

Terceiro porque, ainda hoje, mesmo superadas as desigualdades, existe diferença entre os filhos decorrentes do casamento e os havidos fora dele no que toca ao estabelecimento da filiação.⁹²

E essa diferença decorre, essencialmente, da necessidade que os filhos havidos fora do casamento têm de ser reconhecidos, voluntária ou coativamente, pelos genitores, o que não ocorre com os filhos decorrentes do casamento por força da presunção⁹³ mantida pelo nosso ordenamento.

⁹² Como ensina João Baptista Villela, “se o casamento existe e constitui um marco divisório da filiação, é inevitável reconhecer que a legitimidade e a legitimação, se foram extintas, não ficaram sem reposição. Foram extintas enquanto portadoras de uma carga de exclusão social, mas não enquanto indicadores da origem do nascimento. Por isso, do ponto-de-vista terminológico, antes que uma supressão de expressões, o que terá havido é uma substituição. Melhor ainda: um *expurgo ideológico*, se se pode assim dizer, para que a idéia de separação contida em *legitimidade* e seus cognatos – *ilegitimidade*, *legítimo*, *ilegítimo*, *legitimar*, *legitimação* – continuasse a operar os seus efeitos, mas não causasse os estragos sociais associados à sua expressão lexical. A melhor opção, parece, continua sendo ler, no lugar das palavras *legitimidade* e *ilegitimidade* respectivamente *matrimonialidade* e *não-matrimonialidade*. *Legitimação* pede que seja lido *matrimonialização*. Do mesmo modo *legítimo* será *matrimonial*, *ilegítimo* se lerá *não-matrimonial*, *legitimar* dará lugar a *matrimonializar*. Estes termos não exaltam nem condenam. São neutros do ponto-de-vista axiológico”. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 2, p. 125. Nesse sentido também se manifesta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação*, p. 426. Para Sergio Gischkow Pereira, “a única classificação possível entre filhos biológicos seria aquela que considerasse uma diferença que, lamentavelmente, permanece: a diferença entre os havidos no casamento e os nascidos fora do casamento. Esta distinção é inafastável, pelo menos enquanto não for abolido o casamento”. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil, *Repertório de doutrina sobre direito de família*: aspectos constitucionais, civis e processuais, p. 395.

⁹³ Sobre a presunção de paternidade ver item 5 deste Capítulo.

A classificação parte de alguns critérios que são utilizados pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, mas não representa, de forma alguma, o reconhecimento ou a imposição de tratamento desigual – no sentido de haver desrespeito ao mandamento constitucional – entre os filhos.⁹⁴

O primeiro critério se relaciona ao *casamento*. Considerando que o Código Civil de 1916 preconizava a diferenciação entre os filhos em razão da existência ou não de casamento entre seus genitores, eram os filhos classificados em legítimos, ilegítimos e legitimados.

De acordo com Clóvis Beviláqua,⁹⁵ eram *legítimos* os filhos concebidos na constância do casamento e *ilegítimos* os que não procediam de justas núpcias, não tendo, assim, sua filiação assegurada pela lei.

Entre os *ilegítimos*, consideravam-se *naturais* os nascidos do homem e da mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial e *espúrios* os havidos de progenitores entre os quais havia impedimento matrimonial absoluto, como parentesco, afinidade ou casamento. Os *espúrios* eram, ainda, subdivididos em *adulterinos*⁹⁶ e *incestuosos*, sendo, respectivamente, os filhos de homem casado, de mulher casada ou de homem e mulher casados, gerados por violação ao dever de fidelidade; e os filhos de parentes que não podiam se casar.

E, por fim, denominavam-se *legitimados* os filhos que, embora não tivessem sido gerados em justas núpcias, possuíam genitores que, posteriormente à sua concepção, casavam-se entre si.

O segundo critério utilizado para a classificação da filiação leva em conta a *biotecnologia*. Assim, ao lado dos filhos havidos pela *procriação carnal*, ou seja, em razão de relação sexual mantida entre os genitores, permite-se que filhos sejam gerados pela *procriação artificial*, sem qualquer contato entre eles.⁹⁷⁻⁹⁸

⁹⁴ Ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “proceder à classificação não permite excluir qualquer filho dos direitos filiais e do tratamento social, jurídico e legal de forma a não discriminar odiosamente o tipo de filho com base em critérios neutros – vale dizer, não excludentes ou pejorativos”. *A nova filiação*, p. 466.

⁹⁵ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, p. 324.

⁹⁶ Quanto aos filhos adulterinos, explicam Orlando Gomes e Nelson Carneiro: “A adulterinidade do filho pode resultar da infidelidade conjugal do pai, da mãe, ou de ambos os genitores. Há, portanto, filhos unilateral e bilateralmente adulterinos. Conforme sejam fruto do adultério do pai ou da mãe, dizem-se filhos adulterinos *a patre* ou *a matre*”. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*, v. 1, p. 337.

⁹⁷ Cf. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação*, p. 472.

⁹⁸ Heloisa Helena Barboza explica que as técnicas de reprodução assistida ou de procriação artificial são os meios de reprodução humana não naturais, sendo, atualmente, divulgada a existência de cinco métodos: inseminação artificial, fertilização ou fecundação *in vitro*, transferência intratubária de gametas, transferência peritoneal de gametas e transferência intratubária de embriões, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 35-36.

O terceiro critério leva em consideração a *consangüinidade*, tomando por base o que a própria legislação, durante muito tempo, utilizou como diferencial para o estabelecimento das relações de parentesco.⁹⁹ Assim, a filiação é *natural* ou *civil* conforme haja ou não laços de sangue entre pais e filhos.¹⁰⁰

A filiação *civil*, à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente, é a proveniente “de outra origem”, assim compreendendo a adoção, a posse do estado de filho e a procriação assistida nos casos de reprodução artificial heteróloga.¹⁰¹

Por fim, o quarto critério, como bem explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “leva em conta o critério da *fonte* do instituto jurídico da filiação”.¹⁰²

Assim, pode-se dizer que há filiação *legal* ou *jurídica*, que é a que decorre da lei; filiação *biológica*, que toma por base exclusivamente a verdade biológica, e filiação *afetiva*, que se funda na verdade socioafetiva.¹⁰³

Os critérios não se excluem, mas, ao contrário, em várias situações se sobrepõem. O que de mais relevante se verifica é que, hoje, tanto o casamento entre os pais como os laços de sangue não são os únicos elementos ensejadores da filiação.

5. Filhos matrimoniais e a presunção de paternidade

A presunção, nas palavras de Arruda Alvim,

constitui-se num processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos através de cujo processo, desde que conhecido

⁹⁹ Leciona Diogo Leite de Campos: “O parentesco é uma relação de sangue: são parentes as pessoas que descendem umas das outras (parentesco em linha reta ou directa), ou descendem de progenitor comum (parentesco em linha transversal ou colateral)”. *Lições de direito da família e das sucessões*, p. 22. Essa conceituação do parentesco vinculada à consangüinidade é fortemente criticada pela doutrina justamente por excluir os vínculos de parentesco decorrentes da adoção, da posse do estado de filho e os casos de procriação por meio de reprodução artificial heteróloga.

¹⁰⁰ Estabelece o art. 1.593 do Código Civil que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou de outra origem.

¹⁰¹ Enunciado 103, da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002: “Art. 1.593. O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

¹⁰² Cf. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação*, p. 480.

¹⁰³ Idem, *ibidem*.

um determinado fato, admite-se como verdadeiro um outro fato, que é desconhecido, e que é (este último) o inserido no objeto da prova.¹⁰⁴

Podem, as presunções, ser classificadas como legais e comuns (*hominis*). As legais são aquelas construídas pelo legislador,¹⁰⁵ ou seja, a própria lei se apropria do fato provado para tirar a ilação referente a um fato que deva ser demonstrado.¹⁰⁶

As presunções legais se dividem em absolutas (*juris et de jure*) e relativas (*juris tantum*). São presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário.¹⁰⁷ E as presunções legais relativas são aqueles atos ou fatos que a lei estabelece como verdade enquanto não há prova em contrário, dispensando do ônus da prova aquele que as tem a seu favor.¹⁰⁸

E as presunções comuns ou *hominis* são aquelas que não decorrem da própria lei, isto é, não são construídas por obra do legislador, mas surgem da própria observação do que usualmente ocorre, pelo magistrado, como uma pessoa inserta em uma dada sociedade com valores e conhecimentos próprios.¹⁰⁹

Em matéria de filiação, sempre foram comuns as presunções. Isso se dá tanto pela dificuldade natural de se atribuir a paternidade a alguém como em razão da primazia da família matrimonial e patriarcal que procurava evitar, ao máximo, qualquer dúvida no tocante à filiação.¹¹⁰⁻¹¹¹

¹⁰⁴ *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 535.

¹⁰⁵ Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 240.

¹⁰⁶ José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 483.

¹⁰⁷ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, p. 180. Prossegue o autor: “São chamadas *juris* porque foram introduzidas pela lei, e *de jure*, porque sobre tal presunção a lei estabelece um direito constante e a considera como verdade. As presunções dessa natureza não admitem prova em contrário, só se verificando em casos expressos em lei”.

¹⁰⁸ Cf. José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 483-484.

¹⁰⁹ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 239.

¹¹⁰ Absolutamente pertinente é a manifestação de João Baptista Villela, para quem “a regra *pater est quem nuptiae demonstrant* nunca esteve, no Código Civil, primariamente comprometida com a verdade biológica. Tanto isso é verdade, que os arts. 343 e 346, em pleno vigor, não afastam a presunção de paternidade do marido, nem mesmo diante do só adultério da mulher ou da confissão materna. Trata-se de um princípio que, quando de sua inclusão no Código, em 1916, tinha dois objetivos, eminentemente sociais. De um lado, preservar intacta a harmonia da família, até o limite do direito *personalíssimo* do marido de contestar a paternidade. De outro, assegurar aos filhos o *status* de legitimidade matrimonial, a um tempo em que a falta desta condição acarretava sérios prejuízos morais e materiais a quem a sofresse”. Família hoje, *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 85. A atualidade do comentário se verifica na medida em que os arts. 1.600 e 1.602 do Código Civil repetem o disposto nos arts. 343 e 346 do Código revogado.

¹¹¹ José Bernardo Ramos Boeira apresenta várias teorias a respeito do fundamento da presunção de paternidade, quais sejam: a) a teoria da acessoriedade, segundo a qual a presunção de paternidade do marido é uma conse-

Diferentemente da maternidade, que podia ser provada pelo simples fato do parto (*mater semper certa est*), a paternidade era estabelecida com base em uma presunção, a de que o marido da mulher é o pai dos filhos por ela gerados (*pater est quem nuptiae demonstrant*).

Explica Lafayette Rodrigues Pereira:

A paternidade, porém, é por sua natureza oculta e incerta; e, pois, não pode ser firmada em prova direta, como a maternidade.

Daí a necessidade de fundá-la em uma probabilidade que a lei eleva à categoria de presunção legal.

A presunção legal é a seguinte:

O filho concebido na constância do casamento é reputado ter por pai o marido de sua mãe. *Pater est quem nuptiae demonstrant*: tal é a regra de direito.¹¹²⁻¹¹³

Assim, estabelecendo a lei o momento da concepção afere-se, automaticamente, quem são os genitores daquela criança.

Estabelecendo o Código Civil, em sua versão originária, a legitimidade dos filhos havidos na constância do casamento, estabelecia-se a presunção de legitimidade de acordo com a época da concepção.

qüência do domínio que ele exerce sobre sua esposa, cujo fruto é o filho (direito antigo); b) teoria de presunção de fidelidade da esposa segundo a qual existe uma presunção de inocência do delito enquanto não se provar que a mulher manteve relações extramatrimoniais (direito francês); c) teoria da coabitação exclusiva, que considera que a presunção de paternidade não decorre de uma presunção de fidelidade, mas sim no fato positivo da coabitação exclusiva; d) teoria da vigilância do marido, segundo a qual se o marido exerce adequadamente o poder marital, está legalmente obrigado à vigilância da conduta de sua esposa e, assim, o filho por ela gerado deve ser a ele atribuído; e) teoria da “admissão antecipada” do filho pelo marido, pela qual, sendo a paternidade um fato impossível de se demonstrar positivamente, a atribuição do filho ao pai repousa numa admissão feita por este de que serão seus os filhos gerados de sua mulher; f) teoria conceitualista ou formalista, pela qual a presunção é resultante do título de estado constituído pela ata de nascimento do filho em que consta o fato do nascimento e a maternidade, representando a primazia do social sobre o biológico. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*, p. 43-46.

¹¹² *Direitos de família*, p. 255.

¹¹³ Manuel Albaladejo García explica as razões da existência de presunção quanto à paternidade: “Mas si el día del juicio se descubrirá quienes son los generantes de cada hijo, las legislaciones, que solo van a regir cuando más hasta entonces, no pueden esperar a que llegue tal fecha para atribuir a cada hijo su padre. Y, por otro lado, tampoco van a dejar sin padre a todos los hijos. Por lo cual tales legislaciones adoptan, en order a esta materia, sus medidas más o menos perfectas, y que, desde luego, no implican una correlación segura e indiscutible entre paternidad jurídica y paternidad biológica (correlación que, por otro lado, tampoco es necesaria, ya que el contenido de derechos y deberes que la paternidad jurídica implica, no há de levantarse ineludiblemente sobre la generación), porque aunque el Derecho aspire a construir aquélla sobre la base de ésta, en muchos casos no lo conseguirá, ya que los secretos de la generación o son incognoscibles o son difícilmente descubribles. Por eso es preciso establecer presunciones o, a veces, sentar afirmaciones inatacables que aunque no se basen sólo en la Biología, se edifiquen, al menos, de manera que las consecuencias que de ellas se sigan coincidan normalmente con la realidad”. *El reconocimiento de la filiación natural*, p. 8.

Como esclarece Luis Paulo Cotrim Guimarães, “no que tange à *presunção de paternidade*, o Código passou ao largo de sua especificação, preferindo a adoção de uma fórmula que diferenciase a *filiação* em legítima e ilegítima, no afã de valorizar o casamento como único elo formal de união familiar. Assim, a *presunção de paternidade*, para o Código, passava, necessariamente, pela legitimidade ou não da *filiação*”.¹¹⁴⁻¹¹⁵

Esclarece J. M. Carvalho Santos que a *presunção de paternidade* tem como justificativa tanto o dever de fidelidade da mulher como a obrigação de coabitação entre o casal:

Por onde se vê que a *presunção*, traduzida na máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant* se justifica não só pelo dever moral de fidelidade imposto à mulher, mas principalmente se funda no fato e na obrigação da coabitação dos esposos. O dever de fidelidade da mulher não intervém aqui senão em segundo plano; e por isso mesmo subsiste a *presunção* ainda que se faça a prova de adultério.¹¹⁶

A função dessa *presunção* é, portanto, a de permitir o estabelecimento da paternidade pelo simples fato do nascimento, de modo que “quem nasce de uma mulher casada é filho do marido dessa mesma mulher”.¹¹⁷

Trata-se, sem dúvida, de *presunção legal relativa*,¹¹⁸ posto que admite prova em contrário.¹¹⁹ Como ressalta Luiz Edson Fachin, a *presunção de paternidade* possui um sentido técnico e um sentido ideológico. *Técnico*, porque ao legitimado ativo para a contestação da paternidade incumbe o ônus da prova contrária à *presunção*. *Ideológico*, porque “a *presunção*

¹¹⁴ *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, p. 65 (grifos do original).

¹¹⁵ Critica Luiz Edson Fachin: “O conceito jurídico de paternidade dos filhos tidos dentro do casamento é um conceito aprisionado, firme no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações matrimoniais, em especial. Não raro essa certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção. Isso se explica à medida que os moldes da determinação da paternidade ficam condicionados ao modelo matrimonializado de família, segundo a concepção clássica de família encontrada no sistema de base do Código Civil brasileiro. Nessa perspectiva, a paz familiar importava mais ao direito do que à verdade”. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*, p. 34.

¹¹⁶ *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 328.

¹¹⁷ Luiz Edson Fachin, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 35.

¹¹⁸ Com exceção da *presunção de paternidade* nos casos de inseminação artificial heteróloga, que se verifica com o consentimento do marido (CC, art. 1.597, V) já que, diante da impossibilidade de impugnação, traduz hipótese de *presunção absoluta*.

¹¹⁹ Nesse sentido: Luiz Edson Fachin, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 36; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 483; Luis Paulo Cotrim Guimarães, *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, p. 79. Em sentido contrário posiciona-se Pontes de Miranda, segundo o qual “a paternidade tem, na constância do casamento e dentro dos prazos legais, uma *presunção juris et de jure* (intermédia), que elide a sua incerteza, para que não fosse sempre insegura a filiação paterna. Por isso mesmo, em princípio, a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant* não é susceptível de prova em contrário. Assim o exigem a honra, a ordem social e a dignidade mesma do casamento”. *Direito de família*, p. 267.

traduz os interesses que a lei se propõe a garantir, dirigindo-se no rumo de proteger a criança que, nascida de mulher casada, tem uma paternidade automaticamente estabelecida, gozando dos benefícios daí decorrentes, como é o dever de sustento”.¹²⁰

Ainda que, na atualidade, o direito de filiação não se encontre mais umbilicalmente ligado ao casamento, em termos de se estabelecer a legitimidade dos filhos, a presunção de paternidade subsiste no Código Civil.¹²¹⁻¹²² Assim, às duas hipóteses de presunção que estavam presentes na legislação civil anterior foram acrescentadas mais três hipóteses, todas essas relacionadas à procriação artificial.

Dispõe o art. 1.597 do Código Civil:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I) nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II) nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A presunção contida nos incisos I e II leva em conta, exclusivamente, o aspecto temporal,¹²³ e os períodos devem ser calculados a partir da efetiva convivência do casal, não

¹²⁰ *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 36.

¹²¹ Tem sido reconhecido pela doutrina o enfraquecimento da presunção *pater is est*, tal como registram Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira: “Além do aspecto socioafetivo, que vem provocando questionamentos sobre o conceito de paternidade, as novas técnicas de reprodução humana assistida também têm interferido – e muito – nas presunções até então sedimentadas pelo Direito”. Filiação e relações parentais na contemporaneidade, *Filiação e biotecnologia*, p. 41. Zeno Veloso pondera, ainda, que com o advento da Constituição de 1988 o direito de família passou por substancial modificação que acabou por repercutir na presunção *pater is est*. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 56.

¹²² Guilherme de Oliveira destaca que no ordenamento jurídico português as presunções de paternidade perderam força com a reforma de 1977 e, segundo o autor, atualmente “[...] a paternidade presumida do marido da mãe é cada vez mais discutível em juízo, quer pelo alargamento das causas admissíveis de impugnação, quer pelo abandono puro e simples do sistema de impugnação por causas determinadas em favor da prova livre da não paternidade”. Sobre a verdade e a ficção no direito da família, *Temas de direito da família*, p. 278.

¹²³ Na vigência da legislação civil anterior, Pontes de Miranda já esclarecia que “os períodos fixados como tempo máximo (trezentos dias) e mínimo (cento e oitenta dias) da gestação ultrapassam um pouco, no interesse da

bastando a mera celebração do casamento.¹²⁴ Isso porque algumas pessoas se casam por procuração. Neste caso, a coabitação terá início em data diversa daquela em que o matrimônio foi celebrado.

O legislador brasileiro não seguiu a orientação dominante em inúmeros países no sentido de abolir o prazo de cento e oitenta dias após o estabelecimento da sociedade conjugal para que o filho seja considerado do marido da mulher. Tais legislações, em recentes reformas, têm considerado para a presunção de paternidade apenas o fato de o nascimento ser posterior à celebração do matrimônio, independentemente de quando ele ocorra.¹²⁵

Silmara Juny Chinelato pondera que os incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil devem ser combinados com os demais incisos do mesmo artigo, considerando que a mulher pode se submeter, antes mesmo do casamento, à inseminação artificial homóloga ou heteróloga e, eventualmente, podem os filhos nascer antes ou depois dos prazos fixados pelo Código.¹²⁶

As demais hipóteses (incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil) tratam dos casos de reprodução artificial.¹²⁷⁻¹²⁸

legitimidade, a média fixada pela ciência”. *Tratado de direito privado*, Parte especial, t. IX, p. 21.

¹²⁴ Cf. Antonio Carlos Mathias Coltro, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, p. 305.

¹²⁵ Noticia Wilfried Schlüter que, no direito alemão, “se um homem for casado com a mãe no momento do nascimento da criança, então ele é o pai da criança sem que deva haver outros requisitos. Deixaram de existir as presunções de coabitação e concepção. É decisivo somente a época de nascimento da criança. O homem casado com a mãe na época do nascimento é o pai mesmo que a criança tenha nascido durante a união conjugal, mas sido gerada antes do casamento. Ao contrário do § 1.591 al. 1 frase 2 BGB aF, ele é pai até mesmo se, conforme as circunstâncias, seja obviamente impossível que a mulher tenha concebido dele”. *Código Civil alemão: direito de família*, p. 343. Da mesma forma, no direito argentino, a presunção se estabelece pelo fato do nascimento após o casamento, sendo irrelevante o momento da concepção. Pondera Adriana Noemí Krasnow: “Conforme la presunción *ius tantum* contenida en el artículo 243 del Código Civil, los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, interposición de la demanda de divorcio, nulidad o separación de hecho de los esposos, tienen como padre al marido de la madre. [...] Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio: siguiendo la tendencia en el Derecho comparado, la presunción entra a regir desde la celebración del matrimonio, independientemente que el hijo haya sido concebido antes o con posterioridad a dicho acto. De esta forma, el fin del legislador se proyecta en la necesidad de garantizar la determinación completa del vínculo [...]”, *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad: acciones de filiación: procreación asistida*, p. 16-17.

¹²⁶ *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 48-49.

¹²⁷ Como explica Heloisa Helena Barboza, “entende-se por inseminação artificial [...] a obtenção da fecundação, que é sempre natural, por processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem ocorrência do ato sexual. Em outras palavras, é a introdução de esperma no aparelho genital de uma mulher por todos os outros meios que não a relação sexual”. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 45. Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni explicam que “la inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. La distinción se ha realizado suponiendo que la mujer sea casada, de modo que el semen que se le transfiere puede ser de su marido o de un tercero, también llamado donante”. *Manual de derecho de familia*, p. 469.

¹²⁸ Enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004: “Art. 1.597: as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’,

Os incisos III e IV tratam da reprodução artificial homóloga, que é a realizada com o material genético da mulher e do marido. O que há de peculiar, e merece extremo cuidado, é que o legislador presumiu concebidos na constância do casamento os filhos decorrentes de concepção artificial homóloga na hipótese de falecimento do marido. Neste caso, mesmo após a morte, seria possível que a mulher realizasse a inseminação artificial gerando filhos de um casamento já dissolvido, com possíveis implicações na sucessão do cônjuge falecido.¹²⁹

Presumem-se também concebidos na constância do casamento os filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários. Tais embriões, nas palavras de Antonio Carlos Mathias Coltro, são

os referentes à fecundação extracorporal e que traz como resultado a obtenção de vários embriões, insuscetíveis de utilização, em face do número deles que pode ser inserido no útero, possível a manutenção dos restantes pelo processo de congelamento [...].¹³⁰

A presunção de paternidade também incidirá nos casos de inseminação artificial heteróloga, ou seja, a realizada com sêmen de outro homem que não o marido da mulher, desde que este previamente tenha manifestado sua autorização. Nesse caso, o marido torna-se pai do filho de sua mulher pelo consentimento¹³¹ e não poderá impugnar a paternidade em razão de sua concordância.¹³²

O art. 1.598 do Código Civil procura atualizar o disposto no art. 340 do *codex* anterior. Faz o citado dispositivo remissão ao art. 1.523, que trata das causas suspensivas do matrimônio,

constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”.

¹²⁹ Questionamentos sobre o aproveitamento ou não do filho concebido após a morte do genitor surgirão porque, não obstante o art. 1.798 do Código Civil estabelecer a legitimação para suceder apenas às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, tem-se que: a) a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6.º, impede o tratamento diferenciado entre os filhos; b) o art. 1.799 elenca em seu inciso I caso em que se mostra possível a sucessão por pessoa ainda não concebida.

¹³⁰ *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 14, p. 309.

¹³¹ Luiz Edson Fachin, *Triplíce paternidade dos filhos imaginários*, p. 181.

¹³² Enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004: “Arts. 1.597 e 1.601: não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”. Também é essa a orientação do Enunciado 104 aprovado nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob os auspícios do STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior: “No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento”.

especificamente seu inciso II, que estabelece que a viúva ou mulher, cujo casamento se desfez por anulação ou declaração de nulidade, não deve se casar até dez (10) meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal.

De acordo com o art. 1.598 do Código Civil, se a mulher se casar antes do prazo de dez (10) meses, o filho nascido será considerado do primeiro marido. Em contrapartida, será do segundo marido se o filho nascer após dez (10) meses, contados do falecimento ou da dissolução da sociedade conjugal, e dentro do prazo de cento e oitenta dias após o estabelecimento da nova união.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram que a presunção legal contida nos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, por estarem todos ligados à espécie de concepção que independe de coabitação, não se compadece dos prazos contidos no art. 1.598, “pois não milita em favor da presunção de gravidez ou não gravidez da mulher o seu tempo de viuvez ou de separação, ou de impotência ou não do marido, apenas”.¹³³

A presunção de paternidade, nos termos do art. 1.599 do Código Civil, pode ser ilidida diante de prova da impotência do marido para gerar, à época da concepção. Cuida o dispositivo da impotência *generandi*, que é aquela que impede a geração em virtude de absoluta esterilidade na época da concepção.¹³⁴

É indiscutível que o dispositivo não serve para afastar a presunção decorrente da inseminação artificial tratada no inciso V do art. 1.597 do Código Civil. Mesmo porque a decisão do casal pela procura da concepção artificial heteróloga permite concluir pela esterilidade de um dos cônjuges, além de o consentimento do marido gerar presunção absoluta da filiação, que passa a ser ato de vontade, mas não resultado de uma *ficção* decorrente do casamento.

Quanto ao disposto no art. 1.599, a propósito, é absolutamente pertinente a crítica apresentada por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery ao ressaltarem que a norma, no diploma civil atual, não tem o mesmo sentido que possuía sob a égide do código revogado:

Com a possibilidade de a presunção de paternidade decorrente do casamento vir a ser contestada a qualquer tempo (CC 1.601); com os avanços da ciência

¹³³ Código Civil anotado e legislação extravagante, p. 723.

¹³⁴ Explica Pontes de Miranda que “a palavra *impotência* não é empregada no sentido de impossibilidade instrumental, de inaptidão para o coito (*impotência coeundi*), mas na acepção de impotência para gerar (*impotência generandi*)”, *Direito de família*, p. 271.

que pode – a exemplo das hipóteses do CC 1.597 III, IV, e V – possibilitar a procriação de filhos de homens que padecem de impotência sexual; com a existência de sofisticados exames de laboratório que podem determinar o vínculo de filiação biológica com larga margem de acerto, a hipótese colhida pelo legislador se mostra reduzida a mera causa de pedir em ação negatória de paternidade, ao lado de tantas outras de que pode o interessado se valer com a mesma finalidade.¹³⁵

Da análise da presunção de paternidade em decorrência do casamento, tem-se questionado quanto à possibilidade de sua aplicação analógica à união estável.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a presunção contida no art. 1.597 beneficia a união estável. Justifica o jurista:

[...] a presunção de filiação aplica-se integralmente à união estável. A redação originária do Projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a atualização pelo Congresso Nacional ao disposto no art. 226 da Constituição Federal.

Assim, a presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar. [...] Enquanto no casamento a convivência presume-se a partir da celebração, na união estável deve ser provado o início de sua constituição, pois independe de ato ou declaração. [...] A união estável, por ser fundada em ato-fato jurídico [...] oferece dificuldades para aplicação da presunção de paternidade do companheiro, justamente por faltar instrumento jurídico de constituição. Mas, dificuldades da ordem prática não podem ser obstáculos à aquisição de direito, pois faria a paternidade decorrente de reconhecimento voluntário ou judicial, o que negaria a aplicabilidade aos efeitos parentais decorrentes da união estável, como entidade familiar, equiparando o pai ao genitor que não assumiu a paternidade. A presunção da paternidade decorre do simples fato da existência não controvertida da união estável, para o que basta a declaração do nascimento feita pelo pai e sua declaração de que convive em união estável com a mãe, feitas perante o oficial do registro público. Se foi declarante apenas a mãe, basta juntar declaração escrita do companheiro ou outra prova da existência da união estável, como o contrato de regime de bens dos companheiros ou certidão de nascimento de outro filho comum.

¹³⁵ *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 723.

Se o oficial tiver dúvidas, deve suscitá-las ao juiz, mas não pode recusar de antemão o registro.¹³⁶

Zeno Veloso, que também compartilha desse entendimento, critica a ausência de previsão legal da presunção de paternidade nos dois diplomas legislativos que tratam da união estável porque, segundo o autor, no Brasil, “o concubinato não é mera ‘opção de vida’, mas escolha ditada por problemas sociais, econômicos e culturais, representando uma verdadeira instituição social”.¹³⁷

Em que pesem os argumentos apresentados, não concordamos com tal posição por acreditar que à união estável não podem ser aplicadas as hipóteses de presunção previstas pelo art. 1.597 do Código Civil.

Primeiramente, porque o Código Civil em vigor disciplinou a união estável, tratou dos requisitos para sua configuração, dos direitos e deveres dos companheiros, do regime de bens aplicável, mas em momento algum dispôs que o art. 1.597 a ela também se aplicaria.

Segundo, porque o *caput* do art. 1.597 é bastante claro dispondo que se trata de presunção decorrente do casamento.

Terceiro, porque tal interpretação iria de encontro às origens da presunção, sempre relacionada ao conceito de legitimidade, que decorria, no direito anterior, exclusivamente, do casamento.

Quarto, porque por mais que, atualmente, os casos de presunção de paternidade tenham perdido força, graças à ampla possibilidade de investigação e negação da paternidade,

¹³⁶ *Famílias*, p. 202-203. Concordando com tal posicionamento: Antonio Carlos Mathias Coltro, ob. cit., p. 320; Reynaldo José Castilho Paini, *Reconhecimento de paternidade e união estável*, p. 23; e Belmiro Pedro Welter, *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*, p. 102. No julgamento do REsp 23/PR, o Min. Athos Gusmão Carneiro manifestou concordância com a extensão da presunção aos casos de união estável, cuja demonstração se fazia em razão de casamento eclesiástico mantido pelos companheiros sob o argumento de que negar esta presunção seria manter a discriminação que a Constituição não quer e proíbe (STJ, REsp 23/PR, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 19.09.1989, DJU 16.10.1989). Também nesse sentido já decidiu o TJRS: “Demonstrada a existência de união estável de vários anos, desnecessário o ajuizamento de ação de investigação de paternidade para o registro de filha nascida após a morte do companheiro da autora. Considerando que o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, aplica-se à espécie a presunção legal consubstanciada no art. 338, II, do CC” (TJRS, 4.ª Câ. Cív., ApCív 598016186, rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. 03.06.1998).

¹³⁷ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 27.

é indiscutível que a sua manutenção no ordenamento decorre do dever de fidelidade dos cônjuges que existe, exclusivamente, na relação matrimonial (art. 1.566, I, do Código Civil).

Na união estável deve existir lealdade entre companheiros, mas o sentido não é o mesmo que existe no casamento. Assim, não haveria razão para se “presumir” que à determinada união, em que a fidelidade não significa dever reconhecido pelo ordenamento, se aplicassem as presunções existentes em outro instituto.¹³⁸

Quinto, porque aceitar a aplicação de presunção à união estável significa que os filhos havidos na constância da união estável não precisariam ser reconhecidos pelos pais, podendo seu registro se realizar da mesma forma como ocorre na hipótese de existência de casamento entre os genitores. Tal interpretação, sem dúvida, representaria violação ao disposto nos arts. 1.607 e 1.608 do Código Civil, que tratam especificamente do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

E, por fim, porque não há como se admitir que se trate de presunção legal se a própria lei não a prevê expressamente, ou seja, não se mostra razoável presumir a presunção.

Gustavo Tepedino ressalta que, “em matéria de direito de família, faz-se necessário extrair as normas que se destinam a regular os efeitos do casamento, como ato jurídico solene, das normas que visam a disciplinar o casamento como relação familiar”.¹³⁹ Prossegue o autor esclarecendo que as primeiras não podem ser aplicadas à união estável porque dependem de ato solene, pressuposto fático para a sua incidência, enquanto as outras devem ser estendidas a todas as entidades familiares, independentemente da origem das famílias.¹⁴⁰

Ressalte-se que apesar de a Constituição ter reconhecido como entidades familiares aquelas uniões formadas sem casamento, isso não significa que todos os direitos dos cônjuges

¹³⁸ A maior parte da doutrina, entretanto, entende que os deveres de lealdade existentes na união estável e de fidelidade no casamento não possuem distinção. É a opinião de Zeno Veloso, *União estável*, p. 79; Paulo Nader, *Curso de direito civil*, v. 5, p. 595; Semy Glenz, *A família mutante*, p. 431; entre outros. Tratando do tema, Mairan Gonçalves Maia Junior assim esclarece: “A comunhão de vida impõe a exclusividade da relação afetiva, e, portanto, a monogamia e o dever de fidelidade hão de estar presentes, uma vez que necessários à consecução dos desideratos da família, à semelhança do matrimônio”. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*, p. 105.

¹³⁹ A disciplina civil-constitucional das relações familiares, *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 58.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 58-59.

e todas as previsões legais relativas ao casamento devam ser aplicadas, automaticamente, às uniões livres.¹⁴¹

As diferenças existentes entre a união de fato (união estável) e a união celebrada à luz dos ditames legais (casamento) não representam, de forma alguma, violação à equiparação trazida pelo texto constitucional, mas devem ocorrer porque se trata de institutos diferentes, que possuem regras próprias.

Heloisa Helena Barboza ressalta que

o filho de pessoas casadas tem sua filiação prevista por lei, sua paternidade certa [...] que se estabelece como efeito do casamento. Diferentemente, a paternidade dos filhos de pessoas não casadas decorre de um ato jurídico, de uma manifestação de vontade: o reconhecimento.¹⁴²

Desta forma, tem-se que os filhos não matrimoniais ainda necessitam de reconhecimento, porque não há como presumir legalmente sua paternidade, não se aplicando, portanto, o art. 1.597 do Código Civil às uniões estáveis. Somente via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial é que, nas uniões livres, a paternidade pode ser estabelecida.

6. Filhos não-matrimoniais e a necessidade de reconhecimento

Tratando-se de filhos havidos fora da relação matrimonial, imperioso que os genitores procedam ao seu reconhecimento para que tenham a maternidade e a paternidade estabelecidas. Tal reconhecimento pode ser feito voluntariamente ou decorrer de decisão judicial proferida nos autos de ação investigatória.

¹⁴¹ Como bem explica João Baptista Villela: “Não há dúvida de que a Constituição Federal vigente privilegia o casamento em relação ao que ela própria qualifica de ‘união estável’. E não há, a meu ver, o que criticar nessa preferência. [...] A ‘união estável’ entra na Constituição apenas para o efeito de estender-se a essa forma de agrupamento humano a proteção social que o Estado se obriga a prestar à família”. Família hoje, *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 75.

¹⁴² *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 26. Explica a autora que “se os pais não são casados, a situação de fato não corresponde a um estado de direito, já que a lei, seguindo a ciência, não tem elementos para identificar o pai, que é sempre incerto. Embora haja um laço sanguíneo unindo pai e filho, inexistente vínculo jurídico entre ambos, uma vez que a lei ignora quem seja o pai”. *idem*, p. 20. Essa é, ainda, a posição manifestada por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, *Filiação e relações parentais na contemporaneidade, Filiação e biotecnologia*, p. 37.

Ainda que os genitores vivam em união estável, como anteriormente abordado, entendemos ser imprescindível o reconhecimento, posto que às uniões estáveis não se aplicam as hipóteses de presunção de paternidade decorrentes do casamento.

O art. 1.609 do Código Civil estabelece todas as formas possíveis de reconhecimento voluntário da paternidade. Reuniram-se, portanto, em um único dispositivo, as hipóteses previstas no art. 357 do Código Civil de 1916,¹⁴³ no art. 26 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁴⁴ e no art. 2.º da Lei 8.560/92.¹⁴⁵

6.1 Conceito e espécies de reconhecimento

A doutrina conceitua o reconhecimento como o ato que declara a filiação havida fora do matrimônio¹⁴⁶ estabelecendo, juridicamente, a relação de parentesco.¹⁴⁷

Pode o reconhecimento ser *voluntário*¹⁴⁸ (espontâneo) ou *judicial* (coativo ou forçado).

Leciona Silvio Rodrigues que “o reconhecimento espontâneo é ato solene e público, através do qual alguém, de acordo com a lei, declara que determinada pessoa é seu filho”.¹⁴⁹

Luiz Edson Fachin distingue o reconhecimento voluntário propriamente dito, que também denomina de espontâneo do impropriamente voluntário. Para o autor, neste existe provocação (da genitora, do magistrado ou do Ministério Público) para que o suposto pai promova o reconhecimento. Já naquele “não há provocação de quem quer que seja”, mas se trata de ato de iniciativa daquele que intenciona promover o reconhecimento.¹⁵⁰

¹⁴³ O Código Civil de 1916 permitia três formas de reconhecimento voluntário: no próprio termo de nascimento, mediante escritura pública ou por testamento.

¹⁴⁴ Incluiu o reconhecimento por escritura ou outro documento público.

¹⁴⁵ Agregou às formas de reconhecimento voluntário já previstas a feita por escrito particular a ser arquivado em cartório e a manifestada perante o juiz.

¹⁴⁶ Cf. Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 308.

¹⁴⁷ Cf. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 6, p. 311; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5, p. 416; José Luiz Mônaco da Silva, *Reconhecimento de paternidade*, p. 21.

¹⁴⁸ Em Portugal, o reconhecimento voluntário recebe o nome de perfilhação, conforme disposto nos arts. 1.847.º e 1.849.º do Código Civil português.

¹⁴⁹ *Direito civil*, p. 311.

¹⁵⁰ *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92*, p. 50. José Luiz Mônaco da Silva, por sua vez, distingue o reconhecimento voluntário do espontâneo explicando que “no reconhecimento espontâneo, o próprio pai manifesta o desejo de reconhecer a paternidade do filho; no voluntário, ao revés, o pai é levado a reconhecer o filho por pressão psicológica exercida pela mãe ou por parentes desta,

E o “reconhecimento forçado ou judicial é aquele decorrente de sentença havida em ação de investigação de paternidade e na qual se proclama que o autor é filho do investigado”.¹⁵¹ Acrescenta Luiz Edson Fachin, ainda, na categoria de reconhecimento forçado, os casos de reconhecimento jurídico do pedido pelo réu da ação investigatória, esclarecendo que “uma vez instaurada a relação jurídica processual decorrente da propositura de uma ação de investigação de paternidade, não haverá mais como se falar em reconhecimento voluntário, mas unicamente em reconhecimento forçado da paternidade”.¹⁵²

6.2 *Natureza jurídica do reconhecimento voluntário*

Guillermo A. Borda apresenta várias teorias a respeito da controvertida natureza jurídica do reconhecimento.¹⁵³

Esclarece o jurista que, para alguns, o reconhecimento não é ato jurídico, mas confissão, um meio de prova destinado a comprovar um fato. De acordo com o autor, esta teoria tem sido criticada porque a confissão, como meio de prova, implica que os fatos sobre os quais versa sejam contrários aos interesses de quem confessa. Mas não se pode dizer que o reconhecimento prejudique o autor porque se trata de um ato que importa assumir obrigações e adquirir os direitos de pai, como exercer o pátrio poder, gozar do usufruto dos bens do menor e, eventualmente, ser seu herdeiro.

Para outros, teria o reconhecimento dupla natureza, sendo entendido como *reconocimiento-admisión y confesión* porque se trata de um ato de vontade pelo qual o pai admite o seu filho, mas também representa confissão, um meio de prova.

Para a terceira teoria, é ato ou negócio jurídico porque se trata de uma declaração voluntária destinada a produzir efeito jurídico.

Há, ainda, os que entendem se tratar de ato de poder familiar porque a lei atribui à vontade do genitor o poder de criar o estado legal de filiação.

ou por qualquer outro motivo que exerça influência no seu estado anímico; o ato, apesar de voluntário, não é espontâneo”. *Reconhecimento de paternidade*, p. 22.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*.

¹⁵² *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial*: comentários à Lei 8.560/92, p. 50.

¹⁵³ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 35-38.

Outros sustentam que se trata de ato declarativo porque o reconhecimento não cria o laço de filiação, que surge da própria natureza, e o reconhecimento nada faz além de declará-lo, comprová-lo.

Guillermo Borda finaliza a explanação das teorias com a sua posição, afirmando tratar-se de ato declarativo, pois

es una manifestación que se apoya (o la ley presume que se apoya) en una verdad biológica. Y puesto que la declaración paterna es una prueba que la ley, por distintos motivos, considera suficiente para aceptar la existencia de la filiación, le atribuye ese efecto, mientras no se la impugne judicialmente.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

No direito brasileiro, Pontes de Miranda assevera que o reconhecimento voluntário é um ato jurídico *stricto sensu*, pois o que prepondera é a comunicação de conhecimento, o enunciado de fato, não se podendo tratá-lo sequer como manifestação de vontade receptícia.¹⁵⁶ E, ainda, declarativo porque o reconhecimento não cria a filiação, mas revela-a e, assim, “os seus efeitos quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido”.¹⁵⁷⁻¹⁵⁸

Para Carvalho Santos, “trata-se de um ato que importa em uma confissão expressa e formal, com a virtude, por isso mesmo, de dispensar qualquer outra prova de filiação”.¹⁵⁹

Para Arnoldo Medeiros da Fonseca, o reconhecimento é meio de prova de um fato natural.¹⁶⁰

¹⁵⁴ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 38.

¹⁵⁵ Para Adriana Noemí Krasnow, “esta manifestación unilateral de la voluntad configura un acto jurídico [...] por tratarse de un hecho voluntario humano voluntario lícito que tiene como fin inmediato establecer un vínculo jurídico entre reconociente y reconocido”. *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad: acciones de filiación: procreación asistida*, p. 16-17.

¹⁵⁶ *Tratado de direito privado*, Parte especial, t. IX, p. 73. Também nesse sentido é a posição de Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 94; Paulo Luiz Netto Lôbo, *Código Civil comentado*, v. 14, p. 98. Para Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni, El reconocimiento es un acto jurídico familiar, destinado a establecer el vínculo jurídico de filiación, *Manual de derecho de familia*, p. 450.

¹⁵⁷ *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 99.

¹⁵⁸ Também considerando que o reconhecimento é ato jurídico *stricto sensu*, Mário Aguiar Moura pondera: “Distingue-se do negócio jurídico, porém, no que respeita aos efeitos. No ato jurídico *stricto sensu*, os efeitos são cogentemente impostos pela lei. A vontade das partes, via de regra, apenas atua na formação ou na criação do ato. No negócio jurídico, a vontade das partes auto-regula os efeitos que lhes apetece, como regra”. *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 234.

¹⁵⁹ *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 401. Para Mário Aguiar Moura, o reconhecimento representa, ainda, confissão, *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 235.

¹⁶⁰ *Investigação de paternidade*, p. 353.

Em que pese o entendimento majoritário da doutrina de que o reconhecimento tem natureza declaratória, servindo “apenas para fazer ingressar no mundo jurídico uma situação que existia de fato”¹⁶¹ e possibilitando que os efeitos sejam retroativos à época do nascimento do filho, com o que concordamos, há quem entenda tratar-se de *ato* constitutivo.¹⁶² Manuel Albaladejo García assim se posiciona:

Para nosotros el reconocimiento es constitutivo del estado de hijo natural reconocido, e irretroactivo.

[...] una cosa es ese contenido histórico de la afirmación y otra muy distinta es la realización de esta afirmación, *en sí*, como acto jurídico.

Como acto jurídico el reconocimiento *es la AFIRMACIÓN del padre*. Lo que importa en él no es, pues, la relación biológica en sí, sino que el padre declare solemnemente la existencia de tal relación. Presupuesto de la afirmación es la realidad de la filiación biológica, pero la afirmación de ésta – reconocimiento – es algo distinto de tal realidad.

En cuanto tal acto jurídico el reconocimiento tiene un efecto creador del estado. Como ya hemos dicho, éste no existe desde el nacimiento. Su constitución no coincide con la de la relación biológica de la filiación.

Si el reconocimiento fuese meramente declarativo del estado, querríase decir que ese estado existía desde antes. Lo cual es inexacto, porque antes del reconocimiento ni el padre ocupa – como decíamos – respecto del hijo la posición jurídica de padre, ni el hijo era tal ante el Derecho. Jurídicamente tal hijo carecía de padre. Y, en consecuencia, es ilusorio hablar de que ambos se encontraban vinculados en un estado cuya existencia viene el reconocimiento a declarar.

Así, pues, si – como hemos dicho – desde el nacimiento es indudable que en el terreno de la naturaleza todo hijo tiene un padre, en el terreno del Derecho, sólo tiene un padre, y consiguientemente un estado de filiación, *a partir* del reconocimiento. La relación natural hace posible la creación del estado, pero

¹⁶¹ Cf. Mário Aguiar Moura, *Tratado práctico da filiação*, v. 1, p. 256. No mesmo sentido: Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 110, e Sylvio Portugal, *Investigação de paternidade*, p. 315. Orlando Gomes também expressa esse entendimento ao admitir que a sentença tem “eficácia de declarar o vínculo de filiação equiparável à descendência legítima”, *Direito de família*, p. 361. Além de entender que o reconhecimento é ato declaratório da filiação, Pontes de Miranda ressalta que os seus efeitos remontam ao dia do nascimento e, se for possível, da concepção do reconhecido, *Direito de família*, p. 305, como também Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 351.

¹⁶² Cf. João Baptista Villela, Reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8.560/92, *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 4/93, p. 75.

no lo crea por sí. Sobre la base de ella es el Derecho el que lo crea *por la* afirmación de tal relación hecha por el padre.¹⁶³

6.3 Características do reconhecimento voluntário

O reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento apresenta algumas características, que são consolidadas na doutrina.

É *ato personalíssimo* e, assim, deve emanar do perfilhante (pai ou mãe).¹⁶⁴ Admite-se, no entanto, o reconhecimento realizado por procurador devidamente constituído para tal fim,¹⁶⁵⁻¹⁶⁶ podendo a procaução ser outorgada por instrumento público ou particular.¹⁶⁷

Tratando-se de ato personalíssimo, na hipótese de falecimento do perfilhante, seus herdeiros não poderão praticar o ato de reconhecimento.¹⁶⁸

¹⁶³ *El reconocimiento de la filiación natural*, p. 100-101.

¹⁶⁴ Maria Susana Quicios Molina ressalta: “El reconocimiento, ya se trate de una confesión o de una admisión, también es un acto personalísimo, debido a la relación que se trata de establecer en su virtud”. *Determinación de la filiación no matrimonial por lo reconocimiento*, p. 35.

¹⁶⁵ Nos termos do art. 59 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), tratando-se de filho havido fora do casamento “não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.” Antes da edição da Lei 6.015/73, essa possibilidade já era reconhecida por Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 98-99; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, V, p. 403; Pontes de Miranda, *Tratado de direito civil*, t. IX, p. 75, Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, p. 248.

¹⁶⁶ Caio Mário da Silva Pereira pondera que o reconhecimento por procaução só se considera perfeito quando o mandato é cumprido. E sobre a cessação do mandato, lembra o autor: “Se este se verificar pela morte do mandante, revogação pura e simples ou renúncia pelo mandatário, o instrumento, não tendo força perfilhante, vale, contudo, como ‘escrito’ com que instruir ação investigatória. [...] Uma revogação de mandato fundada em que o pai se retrata da confissão de paternidade, não pode ter eficácia contrária à intenção do declarante, pois que o reconhecimento voluntário é ‘ato de vontade’ e não pode advir de uma *declaração negativa de vontade*”. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 98-99.

¹⁶⁷ Dispõe o art. 1.º do Provimento 494/93 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo: “No registro de filhos havidos fora do casamento não serão considerados o estado civil e/ou eventual parentesco dos genitores, cabendo ao oficial velar unicamente pelo atendimento da declaração por eles manifestada e a uma das seguintes formalidades: a) genitores comparecem pessoalmente, ou por intermédio de procurador com poderes específicos, ao Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais, para efetuar o assento do qual constará o nome dos genitores e dos respectivos avós. b) apenas um dos genitores comparece, mas com declaração de reconhecimento ou anuência do outro à efetivação do registro. Parágrafo único. Nas hipóteses acima a manifestação da vontade por declaração, procaução, ou anuência será feita por instrumento público, ou particular, reconhecida a firma do signatário”. Manifestando posição no sentido de que a procaução pode ser lavrada por instrumento particular, confira-se Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, p. 248.

¹⁶⁸ O STJ teve a oportunidade de manifestar esse posicionamento no julgado, cuja ementa se transcreve a seguir, proferido nos autos de ação em que o Ministério Público requereu a averbação da certidão de nascimento do filho para fins de inclusão do nome de seu suposto genitor. O pedido era instruído com o reconhecimento levado a efeito por todos os herdeiros do falecido. A demanda fora julgada improcedente em primeiro grau e à apelação foi negado provimento pelo Tribunal de Justiça do Paraná. No STJ a controvérsia foi assim decidida:

Colhe-se do voto proferido pelo eminente Ministro Castro Filho no julgamento do Recurso Especial 832.330/PR que “o direito de reconhecer voluntariamente a prole é personalíssimo e, portanto, intransmissível aos herdeiros, não existindo no direito positivo pátrio norma que atribua efeitos jurídicos ao ato pelo qual aqueles reconhecem a condição de irmão, se o pai não o fez em vida”.

Problemas surgem quando aquele que intenciona promover o reconhecimento é incapaz. Indiscutível que “os interditos e os que sofrem notoriamente das faculdades mentais não estão autorizados ao reconhecimento”.¹⁶⁹ Mas os questionamentos ficam acirrados quando a incapacidade advém, exclusivamente, da idade do perflhante.

A maior parte dos doutrinadores entende que o menor *absolutamente* incapaz não pode proceder ao reconhecimento de filho.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Quanto aos menores *relativamente* incapazes, Orlando Gomes se expressa:

Não exige a lei capacidade especial para o reconhecimento. Nem é preciso haja o perflhante, do sexo masculino ou feminino, completado a maioridade. Se tem capacidade para procriar, pode reconhecer. [...] As pessoas relativamente incapazes não precisam da assistência do pai, do tutor, no ato de reconhecimento.¹⁷²

“Recurso especial. Direito de família. Filiação. Óbito. Suposto pai. Reconhecimento voluntário. Herdeiros. Descabimento. I – O direito de reconhecer voluntariamente a prole é personalíssimo e, portanto, intransmissível aos herdeiros, não existindo no direito positivo pátrio norma que atribua efeitos jurídicos ao ato pelo qual aqueles reconhecem a condição de irmão, se o pai não o fez em vida. II – Falecido o suposto genitor sem manifestação expressa acerca da existência de filho *extra matrimonium*, a pretensão de inclusão do seu nome no registro de nascimento poderá ser deduzida apenas na via judicial, por meio de ação investigatória de paternidade. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 832.330/PR, rel. Min. Castro Filho, não conheceram, por unanimidade, j. 20.03.2007, DJU 02.04.2007, p. 270).

¹⁶⁹ Marco Aurélio S. Viana, *Ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 40. Em igual sentido posiciona-se Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 94.

¹⁷⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 94; J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 90; Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 6, p. 234; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, V, p. 404; Pontes de Miranda, *Direito de família*, p. 294.

¹⁷¹ A conclusão é criticada por Caio Mário da Silva Pereira, que ressalta a vida sexual ativa dos adolescentes com idade entre 12 e 16 anos; faz comparações com o Direito Alemão e com o consentimento do adotando previsto pelo § 2.º, do art. 45, do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluindo: “Seria plausível abrandar o caráter formalista do reconhecimento da paternidade, permitindo a legislação civil que [...] pudesse ser efetivado o reconhecimento espontâneo de paternidade pelo pai menor impúbere, devidamente representado, sob o crivo do Poder Judiciário”. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 95.

¹⁷² *Direito de família*, p. 358.

Justifica-se a possibilidade de prática do ato de reconhecimento de filho pelo menor relativamente incapaz, independentemente da assistência do representante legal, porquanto o reconhecimento também pode se dar por testamento e, para a sua realização, o maior de dezesseis tem plena capacidade.¹⁷³⁻¹⁷⁴ Veja-se o comentário de Marco Aurélio S. Viana:

Os relativamente incapazes não precisam de assistência de pai, ou de tutor. Se lhe falta capacidade para comparecer em ato autêntico (escritura pública), sem assistência, a restrição não afeta o reconhecimento por via testamentária, porque o testamento pode ser feito por menor púbere, sem assistência (art. 1.672 do CC).

O relativamente incapaz pode comparecer ao assento de nascimento para reconhecer a filiação porque o registro atesta um fato, que não é vedado ao menor relativamente incapaz.¹⁷⁵

De fato, pelo disposto no parágrafo único do art. 1.860 do Código Civil, os maiores de dezesseis anos podem celebrar testamento tendo, portanto, plena capacidade para testar, mesmo sendo considerados relativamente incapazes para todos os demais atos da vida civil. A outorga do testamento deve ser feita pelo menor pessoalmente, sem assistência do seu representante legal porque, para o testamento, a sua capacidade é plena e, ainda, porque a assistência macularia a natureza personalíssima da disposição de última vontade.

Considerando que uma das formas de reconhecimento voluntário é a que se dá por meio de testamento, razão não há para impedir que o relativamente incapaz possa promover o reconhecimento se o fizer por testamento e não possa assim proceder quando o reconhecimento se realizar no ato do nascimento, por escrito particular, por escritura pública ou por manifestação perante o juiz.

No direito alemão,

¹⁷³ Pontes de Miranda, ob. cit., p. 78; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, V, p. 404; Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 6, p. 234. Em sentido contrário: Luís Pinto Ferreira, *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*, p. 36.

¹⁷⁴ Em São Paulo, consta do Anexo do Provimento 494/93: “6) O reconhecimento da paternidade pelo pai relativamente incapaz independe da assistência de seus pais ou tutor. O reconhecimento da paternidade pelo absolutamente incapaz dependerá de decisão judicial, a qual poderá ser proferida na esfera administrativa pelo próprio juiz que tomar a declaração do representante legal”.

¹⁷⁵ *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 40-41. Confira-se, ainda, a posição de Caio Mário da Silva Pereira: “Dúvida permanece quanto ao assento de nascimento. Se for declarante o pai, nesta qualidade, vale como reconhecimento, mesmo que se trate de menor relativamente incapaz, seja em razão de se dar ao pai a oportunidade de cumprir seu dever natural, seja porque a paternidade legal, decorrente do assento de nascimento é o corolário de atestação de um fato, e o menor relativamente incapaz não é proibido de fazê-la”. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 95.

se o pai for relativamente capaz, ele pode apresentar a declaração pessoalmente, mas para isto necessita do consentimento de seu representante legal. Se ele for incapaz, somente seu representante legal pode declarar o reconhecimento com autorização do Juízo Tutelar (§ 1596 al. 1 BGB).¹⁷⁶

Na Espanha não se admite que o representante legal outorgue o reconhecimento porque o próprio menor, pessoalmente, pode reconhecer com autorização judicial.¹⁷⁷

Na Argentina, como noticia Borda, os menores adultos – assim entendidos aqueles com idade entre quatorze e vinte e um anos¹⁷⁸ – podem reconhecer seus filhos, sem a necessidade de autorização paterna ou judicial.¹⁷⁹

Em Portugal podem reconhecer os que tiverem dezesseis anos ou mais, independentemente da anuência do representante legal.¹⁸⁰

Discute a doutrina, também, se o reconhecimento é *ato unilateral* ou *bilateral*.

Para Pontes de Miranda o ato é unilateral dependente de recepção se o filho for maior de idade.¹⁸¹ É essa também a orientação de Maria Susana Quicios Molina:

El reconocimiento, como acto a través del cual puede determinarse la filiación como consecuencia de la admisión de la paternidad o de la maternidad, es unilateral en la medida en que se perfecciona como tal cuando se expresa en la debida forma su contenido, que es esa admisión de la paternidad o de la maternidad.¹⁸²

¹⁷⁶ Cf. Wilfried Schlüter, *Código Civil alemão, direito de família*, p. 346.

¹⁷⁷ Dispõe o art. 121 do Código Civil espanhol: “El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

¹⁷⁸ De acordo com o art. 127 do Código Civil argentino, “son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos”.

¹⁷⁹ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 41. Dispõe o art. 286 do Código Civil argentino: “Art. 286. El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar.”

¹⁸⁰ Art. 1.850.º: “1. Têm capacidade para perfilar os indivíduos com mais de dezasseis anos, se não estiverem interditos por anomalia psíquica ou não forem notoriamente dementes no momento da perfilhação. 2. Os menores, os interditos não compreendidos no número anterior e os inabilitados não necessitam, para perfilhar, de autorização dos pais, tutores ou curadores”.

¹⁸¹ *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 82. Noticia Caio Mário da Silva Pereira que, para o direito francês, a filiação é mais um ato da vontade do que uma relação biológica, razão pela qual se considera o reconhecimento como ato unilateral. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 106.

¹⁸² Maria Susana Quicios Molina, *Determinación de la filiación no matrimonial por lo reconocimiento*, p. 35. Veja-se que o direito espanhol também exige, no caso de o reconhecido ser maior, o seu consentimento e,

Para outros, é *ato unilateral*, mas tratando-se de maior de idade é *bilateral* o reconhecimento.¹⁸³

Concluir se, no ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento é ato unilateral ou bilateral impõe a análise do disposto no art. 1.614 do Código Civil, que determina que “o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento”.

Significa então que, nos casos de reconhecimento de filho que já tenha alcançado a maioridade, a sua manifestação de vontade deve integrar o próprio ato.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

Para grande parte dos doutrinadores o consentimento do filho maior representa condição de validade do reconhecimento, e, desta forma, a sua ausência acarreta a nulidade do ato.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

E ainda há doutrinadores, como Silvio Rodrigues, que entendem que a ausência de consentimento do filho maior afetaria apenas a eficácia do ato. Para o autor tal disposição “não tira do ato seu caráter unilateral. A exigência do assentimento do filho maior reconhecido ou a permissão para o menor impugnar tempestivamente o ato que reconheceu são medidas protetoras que se justificam no fato de o reconhecimento envolver efeitos morais e materiais de enorme relevância, que não podem ser provocados pelo arbítrio de um só”.¹⁸⁸

sendo menor, o consentimento de seu representante legal ou a aprovação judicial, conforme dispõem os arts. 123 e 124 do Código Civil espanhol.

¹⁸³ Cf. J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 91.

¹⁸⁴ J. M. Carvalho Santos manifesta posicionamento no sentido de que o consentimento do filho não deve ser simultâneo ao ato e, portanto, pode ser posterior ao ato do reconhecimento. E corrobora sua posição com a hipótese de reconhecimento feito por testamento, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 471.

¹⁸⁵ Tratando das razões que justificam a necessidade de consentimento do filho maior com o reconhecimento, Maria Susana Quicios Molina explica: “La exigencia del consentimiento del hijo para que el reconocimiento determine la filiación [...] supone, a nuestro entender, dar preponderancia, en el ámbito extrajudicial, a lo que es, en definitiva, la filiación: una relación entre dos personas, entre el padre y el hijo o entre la madre y el hijo. Así como esta relación, biológicamente, nace de un hecho en el que el hijo no interviene, jurídicamente se ha pretendido que nazca no sólo del acto de en el que el presunto progenitor reconoce esa filiación, sino de ese acto complementado con el consentimiento del hijo”. *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, p. 148.

¹⁸⁶ Firmes nessa orientação estão Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 100; Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 360; e Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v. 2, p. 260.

¹⁸⁷ Entende de forma diversa Samir José Caetano Martins, para quem a ausência de consentimento do filho maior é causa de inexistência do reconhecimento, *A recusa do filho natural ao reconhecimento voluntário da paternidade*, p. 171.

¹⁸⁸ *Curso de direito civil*, v. 6, p. 348.

Entendemos que não se trata de ato unilateral tanto porque no caso de perfilhação de filho maior de idade se mostra necessário o seu consentimento, como está facultado ao menor oferecer impugnação à perfilhação ao atingir a maioridade.

Note-se que, diferentemente do direito espanhol, que dispõe expressamente que o reconhecimento do filho maior não produz efeitos sem o seu consentimento, que pode ser expresso ou tácito,¹⁸⁹ no direito brasileiro o consentimento do filho é indispensável à própria validade do ato. Assim, integra-o como condição de validade, e não como condição de eficácia,¹⁹⁰ como no direito espanhol.

Veja-se que os ordenamentos jurídicos que tratam o reconhecimento como ato unilateral não exigem a aceitação do reconhecido, como é o caso do espanhol, supramencionado, e do argentino. Borda reforça esse entendimento:

Es *unilateral*; no requiere aceptación del reconocido (art. 249). Esta regla es la más común en la legislación comparada, aunque algunos Códigos exigen la aceptación: Brasil (art. 362, C. Civil), Chile (art. 273, C. Civil), Venezuela (art. 215, C. Civil).¹⁹¹

No caso de filho menor o reconhecimento pode ser impugnado no prazo de quatro anos após a maioridade ou a emancipação (art. 1.614 do Código Civil).¹⁹²

Entendemos ser inoportuna a fixação de prazo para a impugnação do reconhecimento no caso de filhos menores, justamente porque o ordenamento trata de forma diferente os filhos em razão de sua idade, o que não se justifica.

¹⁸⁹ Dispõe o art. 123 do Código Civil espanhol: “El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito”.

¹⁹⁰ A teoria das nulidades do ato jurídico no direito civil contempla a invalidade, ineficácia e a inexistência. Miguel Maria de Serpa Lopes assim explica a distinção existente entre os vícios do ato jurídico: “A ineficácia pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. Num sentido amplo, ela compreende todas as modalidades de ineficácia de um negócio jurídico, decorra de um vício de forma ou de fundo, ou seja um produto de qualquer outra causa. Num sentido estrito, é que ela se diferencia da nulidade. Esta, parte de uma deficiência *intrínseca*, ao passo que a ineficácia em sentido decorre de uma deficiência *extrínseca*. O negócio simplesmente ineficaz está aparelhado de todos os elementos essenciais e pressupostos de validade, de modo que sua eficácia está apenas impedida por uma circunstância de fato e *extrínseca*. [...] A distinção entre atos inexistentes e atos nulos não é destituída de interesse prático. Enquanto o ato nulo, mesmo que se trate de uma nulidade absoluta, pode ainda dele existir algum efeito, do ato inexistente nenhum efeito é possível surgir; ou ainda, embora o ato nulo excepcionalmente possa ser suscetível de convalidação, o ato inexistente por hipótese nenhuma tem essa possibilidade”. *Curso de direito civil*, v. 1, p. 313-314.

¹⁹¹ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 38.

¹⁹² Em São Paulo consta do Anexo do Provimento 494/93: “5) A anuência da genitora do menor de idade é indispensável, e, se o reconhecido for maior de idade, seu consentimento é imprescindível”.

É o reconhecimento *ato formal* e, assim, se impõe a observância a uma das formas prescritas no art. 1.609 do Código Civil: assento de nascimento, escritura pública, testamento, escrito particular arquivado em cartório, manifestação perante juiz. Cada uma dessas formas, como adiante se analisará, está sujeita a exigências que, desrespeitadas, não importarão em reconhecimento. No entanto, nesse caso, embora o ato não possa ser considerado como reconhecimento voluntário, poderá servir como meio de prova em ação de investigação de paternidade.

É ainda ato *perpétuo e irrevogável*, pois uma vez praticado não admite retratação. Explica Caio Mário da Silva Pereira:

Uma vez pronunciada a declaração volitiva de reconhecimento, ela se desprende do foro interior do agente, para adquirir a consistência jurídica de um ato perfeito. É neste sentido que alguns o dizem irretroatável.¹⁹³

Para Guillermo A. Borda, a irrevogabilidade é uma regra universal, que se justifica tanto porque o ato tem natureza declaratória como também por razões morais e de segurança jurídica, sendo necessário dar estabilidade ao estado das pessoas que não pode ser alterado caprichosamente.¹⁹⁴

Mas a irrevogabilidade do reconhecimento não é regra absoluta e há casos em que, efetivamente, acaba ocorrendo a revogação.

A primeira hipótese se verifica nos casos em que o reconhecimento é manifestado em testamento.

Consoante dispõe o art. 1.858 do Código Civil, o testamento pode ser mudado a qualquer tempo, o que caracteriza a sua revogabilidade (art. 1.969 do Código Civil). Isso ocorre porque, em vida, a vontade do testador pode ser variável e mutável, e somente estará realmente cristalizada com a sua morte. Sendo variável a vontade, nada obsta que o testador modifique, tantas vezes quantas se mostrarem necessárias, a forma de disposição de seu patrimônio.¹⁹⁵

¹⁹³ *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 97.

¹⁹⁴ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 39.

¹⁹⁵ Assevera Eduardo de Oliveira Leite que “do caráter de revogabilidade do testamento decorre a possibilidade de poder ser mudado ou mesmo anulado a qualquer tempo”. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XXI, p. 659. É ainda uníssono o posicionamento doutrinário de que a revogação deve se dar, unicamente, por meio de outro testamento, mas, não necessariamente, que seja elaborado pela mesma forma do anterior. Tal como acentua Zeno Veloso, “um testamento público pode ser revogado por outro, particular; um testamento cerrado pode ser revogado por testamento especial. O art. 1.969 não determina que se revogue pelo mesmo modo e

Discute-se na doutrina, destarte, a possibilidade da revogação do reconhecimento quando feito por testamento que vem a ser revogado pelo testador, firmando-se o entendimento majoritário pelo não-cabimento dessa revogação. Vale registrar as observações de Zeno Veloso:

[...] algumas disposições do testador ficam inatingidas pela revogação posterior, e isso ocorre, especialmente, quanto ao conteúdo *atípico* do testamento, quanto às declarações ou afirmações não patrimoniais. Tais disposições, que sobrevivem à revogação do testamento que as continha não são, rigorosamente, *mortis causa*, e, por seu próprio significado prático e lógico, pelo seu objetivo, alcance e natureza jurídica, tornam-se irretiráveis assim que são emitidas. Se o testamento contém uma confissão, um depoimento sobre um fato, a narração de um acontecimento, tais declarações, embora fazendo parte de um ato de última vontade, não são, exatamente ou restritamente, testamentárias, e não perdem eficácia pela revogação do testamento. Não fica o dito por não dito por ter-se, depois, revogado o instrumento em que se o disse. [...]

O reconhecimento de um filho emana de declaração de vontade, representa uma confissão, possibilita a alguém a revelação e o acesso à sua ascendência genética, conferindo-lhe um estado [...] e não seria justo que essa situação fosse modificada. [...] ¹⁹⁶

Em razão da controvérsia doutrinária sobre o tema, o próprio diploma civil vigente, no art. 1.610, acabou por prever, expressamente, que “o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

No entanto, a previsão encerra certa dificuldade, no plano da sua realização prática, em razão das diversas formas de testamento que podem ser utilizadas por aqueles que intencionam praticar o ato de última vontade.

Com exceção do testamento público (arts. 1.864 a 1.867), que, mesmo revogado, permite o conhecimento de seu teor e, portanto, não viola a integridade do reconhecimento, lembra Orlando Gomes que “as outras formas de testamento não asseguram a irrevogabilidade do reconhecimento com tanta certeza, porque os respectivos instrumentos podem ser destruídos pelo testador”. ¹⁹⁷

forma por que *foi feito*, mas pelo mesmo modo e forma por que *pode ser feito* o testamento”. *Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 349.

¹⁹⁶ *Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 8. Firmes nesta orientação estão Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 359; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao novo Código Civil*, v. XXI, p. 315-316; entre outros.

¹⁹⁷ *Direito de família*, p. 359.

O testamento particular (arts. 1.876 a 1.880) é aquele escrito pelo testador, de próprio punho ou através de processo mecânico, assinado pelo testador e por testemunhas que conheçam o seu conteúdo. Nesse caso, em havendo revogação pelo testador, seria impossível o reconhecimento do reconhecimento por aqueles que não figuraram como testemunha. Além disso, exigindo a lei forma escrita para o reconhecimento, salvo quando manifestado perante autoridade judiciária, uma vez revogado o testamento, a vontade de reconhecer manifestada às testemunhas não poderia ser considerada como reconhecimento voluntário. No máximo, tais pessoas poderiam ser ouvidas por ocasião da produção da prova oral nos autos de ação de investigação de paternidade.

O testamento cerrado (arts. 1.868 a 1.875), mesmo sujeito à aprovação do tabelião, é elaborado pelo testador ou por alguém a seu rogo. O tabelião não toma conhecimento do seu conteúdo. Revogado o testamento, impossível se dar publicidade ao reconhecimento nele contido porque dele só tem conhecimento o testador ou aquele que o escreveu a rogo.

Já as disposições constantes de testamentos especiais (marítimo, aeronáutico e militar – art. 1.886) deverão, dada a excepcionalidade de sua aceitação, na hipótese de sobrevivência do testador, ser objeto de um novo testamento a ser elaborado na forma ordinária (público, particular ou cerrado), sob pena de caducidade (arts. 1.891 e 1.895). Mas o ato de reconhecimento valerá, em nossa opinião, mesmo se verificando a caducidade justamente por força do caráter pessoal da declaração, que permanece válida.

Hipótese diversa é a que se verifica nos casos de nulidade ou de anulação do testamento,¹⁹⁸ já que, nessas situações, a manutenção ou não do reconhecimento dependerá das razões que levaram ao decreto de nulidade ou à anulação. San Tiago Dantas tem posicionamento bastante claro a esse respeito:

¹⁹⁸ Giselda Hironaka explicita os motivos que podem levar à declaração de nulidade ou à anulação do testamento: “São as seguintes hipóteses que acarretarão a nulidade absoluta de um certo testamento: a) incapacidade do testador; b) impossibilidade ou ilicitude do objeto; c) inobservância da forma prescrita por lei; d) designação expressa da lei; e) ter sido ele elaborado sob condição captatória, isto é, exigindo-se do herdeiro ou legatário que estes também disponham, por testamento, a favor do testador; f) referir-se a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar; g) beneficiar pessoa incerta mas deixando a determinação de sua identidade a cargo de terceiro, comprometendo o caráter personalíssimo das disposições de última vontade; h) deixar ao arbítrio de terceiro, ou do herdeiro, a fixação do valor do legado, comprometendo a validade do ato por ser esta designação tarefa exclusiva do testador. [...] São as seguintes hipóteses que acarretarão a nulidade relativa de um certo testamento: a) erro substancial na designação de herdeiro, de legatário, ou da própria coisa legada; b) dolo capaz de induzir o testador em erro, ou de mantê-lo sob o erro em que já se encontrava; c) coação contra o testador, impedindo-o de livremente testar; d) simulação, cometida pelo testador, com a intenção de violar norma jurídica; e) fraude, como, por exemplo, o reconhecimento de dívidas inexistentes pelo testador, com o intuito de enganar os seus credores, futuros credores do espólio”. *Curso avançado de direito civil*, v. 6, p. 389-390.

O que se deve é investigar a razão em virtude da qual o testamento caiu: se caiu por uma razão intrínseca, que vicia de nulidade todas as manifestações do testador, não há dúvida de que também o reconhecimento desaparece. Se um filho natural foi reconhecido num testamento que se anulou por insanidade mental daquele que testava, é evidente que todos os atos jurídicos de que o testamento é o complexo, desaparecem, mas se o testamento se invalidou por falta de um requisito formal, daqueles que apenas produzem o efeito de estabelecer as normas da sucessão legítima, então não há motivo para que se destrua um ato que, normalmente, na vida prática feito por escritura pública, não dependerá daquela circunstância para sua validade.¹⁹⁹

Além dessa forma de revogação, o próprio reconhecimento pode ser declarado nulo ou ser anulado.

A nulidade pode decorrer da ausência de observância das formalidades exigidas para o ato; do reconhecimento ser realizado por absolutamente incapaz e, conforme a doutrina majoritária, quando feito sem o consentimento do filho maior.

E a anulabilidade pode ser reconhecida caso o ato esteja maculado pela presença de vícios do consentimento, ou seja, em face da ocorrência de erro, dolo, coação e estado de perigo.

Não obstante a lesão e a fraude contra credores também sejam causas de anulação do negócio jurídico, não acreditamos que possam ser consideradas, nem mesmo em abstrato, como hipóteses de anulação do reconhecimento simplesmente porque não há como se vislumbrar que o ato “reconhecimento” possa ser praticado pelo perflhante nesses casos.

Considerando que o objetivo do reconhecimento é que reflita a verdade da filiação, é possível que, acreditando ser seu filho aquele que, de fato, não é, o homem promova voluntariamente o reconhecimento e, posteriormente, tome conhecimento da verdade. Essa é a única hipótese em que acreditamos ser possível a anulação do ato por erro.

O erro, neste caso, é o erro substancial quanto à pessoa previsto no art. 139, II, do Código Civil, justamente porque se relaciona à identidade daquele a quem se refere a declaração de vontade.²⁰⁰ Ou seja, o perflhante crê que aquele filho foi por ele gerado e o reconhece como tal, unicamente, por essa razão.

¹⁹⁹ San Tiago Dantas, *Direito de família e das sucessões*, p. 362.

²⁰⁰ Esclarece Silvio Rodrigues que “erro é a idéia falsa da realidade, capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse”, e adiante prossegue

Em razão da possibilidade de anulação do reconhecimento por erro, muito tem se debatido sobre a anulação do ato nos casos de falsidade da declaração. O tópico merece análise mais acurada.

A falsidade pode ser material ou ideológica. Explica Moacyr Amaral Santos:

A falsidade material opera-se, geralmente, por dois modos: pela confecção de documento falso, isto é, pela criação de documento falso; ou pela adulteração, ou alteração, de documento existente, seja transformando-o materialmente, ou adicionando-lhe, suprimindo-lhe ou substituindo-lhe palavras ou cifras.

A falsidade ideológica diz respeito à substância do ato ou fato representado no documento. Materialmente o documento é perfeito; no entanto traduz idéias, declarações, notícias falsas.²⁰¹

Tratando exatamente da falsidade material e ideológica no reconhecimento da filiação, Pinto Ferreira assevera que:

A falsidade material pode ocorrer, por ex., quando o oficial do registro falsifica um assento de nascimento ou concede uma certidão falsa. A falsidade ideológica ou o “*falsum*” ideológico quando a forma é válida e perfeita, porém, à maneira inversa, o conteúdo não corresponde à realidade. O reconhecimento deve estar vinculado a uma declaração verdadeira, que vale como confissão ou como declaração (*Wissenserklärung*) de vontade, que equivale à verdade.²⁰²

Na realidade, o ato de reconhecer como seu filho alguém que se sabe não ser é o que, usualmente, se denomina de adoção “à brasileira”. Como explica Débora Gozzo, “a adoção à brasileira ou também designada de simulada, nada mais é do que registrar como seu filho que não o é. O ‘adotante’ almeja, com esse ato, o mesmo resultado que obteria com a adoção, isto é, trazer para dentro de seu lar, na qualidade de filho, pessoa que muitas vezes lhe é estranha, sem que tenha de passar pelas etapas do processo judicial de adoção”.²⁰³

explicando que erro substancial “é aquele de tal importância que, se fosse conhecida a verdade, o consentimento não se externaria”. *Direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 187-188.

²⁰¹ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 427.

²⁰² *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*, p. 39.

²⁰³ A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado, *Revista Mestrado em Direito*, p. 14.

Parte da doutrina aceita a anulação do reconhecimento nos casos em que o perfilhante reconhece ser seu filho que, sabidamente, não é.²⁰⁴ Confira-se o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira:

Na paternidade reconhecida, o pai concede *status* ao filho, que o seja biologicamente. Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponda à realidade (o pai reconhece como seu um filho que o não é), o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica, em se provando a inverdade da declaração. [...] ²⁰⁵

J. M. Carvalho Santos entende do mesmo modo:

[...] se a filiação é falsa não pode haver reconhecimento, o qual supõe a filiação verdadeira. Ou, como dizem outros, nada pode criar relações de uma paternidade que não existe: será uma espécie de adoção imperfeita, ilícita, contrária aos bons costumes e à ordem pública (AUBRY ET RAU, ob. et loc. cit.; LAURENT, ob. cit., n. 78).²⁰⁶

Não podemos concordar com essa postura, pois o perfilhante não pode pretender a anulação de um ato que ele mesmo praticou, intencional e voluntariamente, em fraude à lei. Ademais, o reconhecimento, mesmo que falso, gera no reconhecido a crença do seu estado de filiação, que pode perdurar por muitos anos, atribuindo-lhe direitos e impondo-lhe deveres.

Aceitar que aquele que agiu tendo conhecimento da falsidade que praticava pode, ao seu alvedrio, promover demanda objetivando anular o ato que praticou é situação que deve ser rechaçada pelo nosso direito.²⁰⁷ Como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo:

²⁰⁴ A abordagem dessa questão é mais aprofundada quando tratamos das ações que objetivam a impugnação do reconhecimento da filiação, ver adiante Capítulo 1 da Parte II.

²⁰⁵ *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 69. Também é essa a orientação de Orlando Gomes, para quem: “A falsidade da declaração do que reconhece motiva, igualmente, a ineficácia do reconhecimento. A confissão do pai ou da mãe pode ser inexata por erro intencional ou não. Um reconhecimento desta ordem não pode produzir efeito. Qualquer interessado tem o direito de contestá-lo”. *Reconhecimento dos filhos adultos*, v. 1, p. 81.

²⁰⁶ *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 409.

²⁰⁷ A conduta praticada pelo genitor, além das conseqüências nefastas que pode gerar ao reconhecido, fere o princípio da boa-fé que norteia todo o ordenamento jurídico nacional. O direito obrigacional já veda a prática dessas condutas pelos contratantes, como bem observa Antonio Junqueira de Azevedo: “A expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da regra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas – em todos mas especialmente na parte contrária. [...] pode-se dizer que tanto a lei como a jurisprudência, ainda que sem referência nominal, consagram largamente a proibição do *venire contra factum proprium*”. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual: o comportamento das partes posterior à celebração; interpretação e

O genitor, pai ou mãe, em hipótese alguma pode atacar ou impugnar o próprio ato de reconhecimento. [...] Não poderá [...] impugnar indiretamente o ato de reconhecimento, ou seja, o erro ou a falsidade será do ato de registro e não do reconhecimento em si, porque poderia significar fraude à lei, uma vez que se alcançariam os mesmos efeitos vedados da revogação.²⁰⁸

Débora Gozzo, igualmente, assume posição contrária à anulação do ato por aquele que, voluntariamente, promoveu o reconhecimento:

[...] este sujeito de direitos não poderá requerer em juízo a desconstituição desse vínculo de parentesco, por meio de uma ação anulatória de registro. Antes de tudo, por conta do fato de ninguém poder alegar sua própria torpeza. Depois, porque se isso for possível, aquele que tiver sido “adotado”, será prejudicado, sendo-lhe retirado o estado de filho que até então lhe era garantido e ao qual ele, pelo menos em princípio, teria direito. Ainda que esse “status” não fosse o verdadeiro no sentido biológico (paternidade-procriação). Poderia, no entanto, ser o verdadeiro, olhando-se o fato sob a perspectiva da paternidade sócio-afetiva.²⁰⁹

Acreditamos, assim, que o reconhecimento somente poderá ser anulado quando decorrer de erro, e não nas hipóteses em que o perfilhante notadamente sabe não ser seu o filho e, mesmo assim, o reconhece como tal.

O reconhecimento é ainda *ato puro e simples*, não estando sujeito, portanto, a condição ou termo. Essa característica decorre da própria irrevogabilidade do reconhecimento obstando que esteja sujeito a evento futuro, seja incerto ou certo.

Se, eventualmente, ao reconhecimento forem apostos condição ou termo, tal atitude do perfilhante não terá o condão de invalidar o ato, mas, como explica Orlando Gomes, deixam de

efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva; impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e de duas medidas (*tu quoque*); efeitos do contrato e sinalagma; a assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido, Parecer, *RF*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 275-283.

²⁰⁸ *Famílias*, p. 236.

²⁰⁹ A anulação do registro na adoção à brasileira e a dignidade do adotado, *Revista Mestrado em Direito*, p. 15-16. Silmara Juny Chinelato também se mostra contrária à possibilidade de ser alegado erro ou falsidade da declaração por aquele que sabe não ser seu determinado filho e, ainda assim, o registra como seu, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 119.

existir como se estivessem não escritos.²¹⁰ É o que prevê o art. 1.613 da lei civil, ao estabelecer serem ineficazes a condição e o termo apostos no ato de reconhecimento do filho.

O reconhecimento pode também, nos termos do parágrafo único do art. 1.609 do Código vigente, *preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes*. O dispositivo reproduz o parágrafo único do art. 357 do Código revogado.

Podendo preceder o nascimento, trata a norma de reconhecimento do nascituro, denominado reconhecimento pré-natal.²¹¹ Mas, como alerta Clóvis Beviláqua, o filho já deve estar concebido porque não se admite uma perfilhação indeterminada ou genérica.²¹²

Esclarece Carvalho Santos que a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento o temor do pai de morrer antes de nascer o filho, de achar-se por outro motivo (interdição, loucura etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento, e a incerteza da mãe de escapar com vida do próprio parto, sobrevivendo-lhe o filho.²¹³

De toda forma, ainda que o filho nasça sem vida, isso não será causa de invalidade ou de inexistência do reconhecimento, porquanto “o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz”.²¹⁴

Neste caso, os efeitos produzidos pelo reconhecimento se verificam durante a própria gestação com a possibilidade de auxílio na cobertura de despesas suportadas na gravidez e com o parto, mas não ultrapassam isso.

Na hipótese de falecimento do filho, ainda assim o reconhecimento se mostra possível. No entanto, nesse caso, somente poderá ser realizado se o filho tiver deixado descendentes. Sem isso, como pondera Clóvis Beviláqua, o reconhecimento não teria utilidade, a ninguém aproveitaria, salvo ao próprio pai para suceder o filho, o que seria imoral.²¹⁵

²¹⁰ *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*, p. 83. Também nesse sentido é a posição de J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, V, p. 467; Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 149.

²¹¹ Cf. Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 128.

²¹² *Código Civil*, v. 2, p. 327.

²¹³ *Código Civil brasileiro interpretado*, V, p. 435.

²¹⁴ Cf. Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 129.

²¹⁵ *Código Civil*, v. 2, p. 327.

Justamente para evitar que o reconhecimento tenha por motivo apenas a pretensão do perflhante à sucessão do filho falecido, no direito argentino o reconhecimento após a morte é admitido, porém, se negando ao perflhante e aos demais ascendentes da mesma *rama*, a participação na sucessão do reconhecido.²¹⁶

E na Espanha também se admite o reconhecimento pós-morte, mas o ato somente produz efeitos mediante o consentimento dos descendentes do reconhecido.²¹⁷ Em Portugal, diferentemente, é possível a perflhação após a morte do filho, mas só se produzem efeitos em favor de seus descendentes,²¹⁸ não beneficiando, portanto, aquele que praticou o ato.

6.4 Formas de reconhecimento voluntário

O art. 1.609 do Código Civil permite que se promova o reconhecimento voluntário de cinco formas: a) no registro de nascimento; b) por escritura pública; c) por escrito particular a ser arquivado em cartório; d) por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; e) por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.²¹⁹

A forma mais simples de reconhecimento é a que se dá no *registro de nascimento*. Neste caso, o perflhante comparece ao Registro Civil, declara o nascimento da criança e promove o seu registro. O ato pode ser praticado pelos pais pessoalmente ou por procurador com poderes para assim proceder.

Como o reconhecimento voluntário se aplica aos filhos não-matrimoniais, é necessária a presença dos genitores ao ato. Significa que a mãe não pode exigir o registro do nascimento em nome de ambos os genitores se o pai não estiver presente. No entanto, pode o pai, munido da declaração de nascido vivo, que consiste em documento expedido pela maternidade e que

²¹⁶ Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 45. Assim dispõe o art. 249 do Código Civil Argentino: “El reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo. El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama”.

²¹⁷ É o que determina o art. 126 do Código Civil espanhol: “El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales”.

²¹⁸ É o que se verifica do art. 1.856.º do Código Civil português: “A perflhação posterior à morte do filho só produz efeitos em favor dos seus descendentes”.

²¹⁹ A redação do dispositivo é a mesma dada ao art. 1.º da Lei 8.560/92, que regulava a matéria antes da entrada em vigor do Código Civil vigente.

indica o nome da mãe, junto com os documentos de identificação de ambos os genitores, promover sozinho o registro do filho.²²⁰

Pode o reconhecimento ser feito por *escritura pública*, que deve estar revestida de todas as formalidades exigidas pela lei. É fundamental que a escritura identifique, exatamente, o perfilhante e o filho reconhecido, a fim de que não subsistam quaisquer dúvidas a respeito de suas identidades.

É assente o posicionamento doutrinário no sentido de que a escritura pública não precisa, necessariamente, ter como fim precípuo o reconhecimento.²²¹ Admite-se como reconhecimento, ainda que a declaração seja feita de modo incidente ou acessório, em qualquer ato notarial,²²² de forma explícita e inequívoca.²²³

Ressalte-se que a partir da lavratura da escritura com a assinatura do perfilhante e das testemunhas presentes ao ato torna-se irretroatável a manifestação de vontade.²²⁴

Quanto ao *escrito particular*, que na vigência do Código Civil de 1916 era admitido apenas como fundamento para a ação de investigação de paternidade (art. 363, III), desde a edição da Lei 8.560/92, constitui uma das modalidades de reconhecimento voluntário da filiação.

²²⁰ É o que consta das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo: “42. No registro de filhos havidos fora do casamento não serão considerados o estado civil e/ou eventual parentesco dos genitores, cabendo ao Oficial velar unicamente pelo atendimento da declaração por eles manifestada e a uma das seguintes formalidades: a) genitores comparecem, pessoalmente, ou por intermédio de procurador com poderes específicos, à Unidade de Serviço do Registro Civil das Pessoas Naturais, para efetuar o assento, do qual constará o nome dos genitores e dos respectivos avós; b) apenas a mãe comparece com declaração de reconhecimento ou anuência do pai à efetivação do registro; c) apenas o pai comparece, mas munido da declaração de nascido vivo, ou declaração médica que confirme a maternidade, com firma reconhecida. 42.1. Nas hipóteses acima a manifestação da vontade por declaração, procuração ou anuência será feita por instrumento público ou particular, reconhecida a firma do signatário. [...]”. No Estado de São Paulo a regulamentação do procedimento para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento está prevista no Provimento CSM 494/1993 com as alterações do Provimento CSM 1.404/2007.

²²¹ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, V, p. 429; Orlando Gomes e Nelson Carneiro, *Reconhecimento dos filhos adulterinos*, p. 81; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Parte especial, t. IX, p. 76.

²²² Cf. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v. 2, p. 256.

²²³ Cf. Marco Aurélio S. Viana, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 42. O STF, por ocasião do julgamento do RE 95.967-0/RS, assim se posicionou: “[...] É preciso que haja manifestação inequívoca da vontade e da intenção de reconhecer, embora em ato não específico de reconhecimento. Pode ser essa manifestação inserida num outro ato jurídico, mas essa manifestação deve ser explícita e formal. A relevância do estado de filiação é de tal magnitude no mundo jurídico que ele não pode resultar de ilações ou de probabilidades, mas deve mostrar-se desde logo evidente, inequívoco, incontestável [...]”. STF, RE 95.967/RS, rel. Min. Moreira Alves, deram provimento, v.u., j. 16.03.1982, DJ 28.05.1982.

²²⁴ Nesse sentido: Marco Aurélio S. Viana, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 42.

É certo que essa forma de reconhecimento “deve conter os mesmos requisitos reclamados para a escritura pública, trazendo a qualificação do declarante, do filho, ou seja, é indispensável que seja possível aquilatar que se busca estabelecer a filiação”.²²⁵ Não é necessário, entretanto, que contenha a assinatura de testemunhas, já que a lei não impõe qualquer formalidade ao escrito particular e razão não haveria para o cartório de registro civil introduzir qualquer exigência.²²⁶

Vale a pena transcrever as críticas apresentadas por João Baptista Villela quanto à introdução do escrito particular como forma de reconhecimento voluntário da filiação:

O que se ganha aqui em facilidade para o reconhecimento, perde-se ali na segurança do ato. A forma pública, embora mais onerosa e menos expedita, recomenda-se não apenas para cobrar maior teor de determinação, conselho e prudência na emissão da vontade (*Warnfunktion*). Ela confere, ainda, estabilidade e firmeza ao ato. A perfilhação é suficientemente grave para não transigir com uma ou outra ordem de valores.²²⁷

José Luiz Mônaco da Silva entende que até mesmo o perfilhante analfabeto poderia fazer uso do escrito particular, que, lido em voz alta e assinado por duas testemunhas, se prestaria ao reconhecimento.²²⁸

Não concordamos com esse posicionamento. Primeiramente, porque se a lei utiliza a expressão “escrito particular” permite concluir que se trata de documento elaborado pelo próprio declarante. Ademais, a magnitude do ato de perfilhação e os efeitos daí decorrentes não podem autorizar que nenhuma dúvida cerque o reconhecimento, de forma que ao analfabeto, em nossa opinião, estariam facultadas apenas as outras formas de reconhecimento, que levam em conta a participação de quem tenha fé pública.

O raciocínio deve ser o mesmo que reveste as formalidades do testamento cerrado (art. 1.872 do Código Civil) e do particular (art. 1.876 do Código Civil), que não podem ser elaborados por analfabeto justamente porque, nesses casos, saber escrever e ler são exigências mínimas para a prática da disposição de última vontade.

²²⁵ Marco Aurélio S. Viana, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 43.

²²⁶ Para Silmara Juny Chinelato se mostra *salutar* a assinatura de testemunhas no escrito particular, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 120.

²²⁷ *O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico*: primeiras observações da Lei 8.560/92, p. 76.

²²⁸ *Reconhecimento de paternidade*, p. 32.

Na medida em que o ato exige a exata identificação do perfilhante e do perfilhado, não se mostra razoável admitir que quem não tenha conhecimento de escrita e de leitura esteja apto a promover esta forma de reconhecimento.

Uma vez feito o reconhecimento, devem a escritura pública ou o documento particular ser levados ao Registro Civil de Pessoas Naturais, onde esteja registrado o filho para que se promova a respectiva averbação (art. 29, § 1.º, *d*, da Lei 6.015/73).

O reconhecimento também pode ser feito por *testamento*, ainda que incidentalmente manifestado. A escoreita identificação do perfilhado é imprescindível, do mesmo modo que o é nas outras formas de reconhecimento. Qualquer modalidade de testamento (público, cerrado, particular, aeronáutico, marítimo, militar e nuncupativo) se presta ao reconhecimento.

Os questionamentos que surgem quanto à forma testamentária de reconhecimento decorrem da possibilidade de sua revogação pelo testador. Como mencionamos anteriormente, caso se trate de testamento público, ainda que haja revogação, será possível o conhecimento de seu teor e, assim, permanecerá válido o reconhecimento.

Quanto ao testamento particular e cerrado, justamente pelas peculiaridades de sua elaboração, caso o testador decida revogá-los, impossível será garantir a manutenção do reconhecimento porque, em tais casos, poderia nem mesmo se tornar conhecida a vontade do testador.

Por fim, pode o reconhecimento ocorrer através de *manifestação expressa e direta do perfilhante, perante o juiz*. Como o dispositivo não especifica de que juiz se trata, é indiscutível que pode ser um juiz estadual ou federal, da área cível, criminal ou trabalhista, de qualquer grau de jurisdição. O que se exige é que se trate de manifestação expressa e direta. Também não é necessário que o ato praticado pelo magistrado, e do qual participe o perfilhante, tenha como finalidade o reconhecimento. Assim, tanto o ato pode ser praticado em demanda, que vise ao reconhecimento forçado da paternidade, como em qualquer outro processo judicial no qual figure o genitor, na qualidade de parte ou de testemunha.²²⁹

Mesmo antes dessa previsão, Pontes de Miranda já mencionava que o termo escritura pública deveria ser interpretado como “o instrumento que se lhe equipare, como a declaração por termo nos autos e a confissão judicial, ainda em processo criminal”.²³⁰

²²⁹ O reconhecimento dos filhos por meio de manifestação expressa e direta perante o juiz, no Estado de São Paulo, está regulamentado pelo Provimento CSM 1.404/2007.

²³⁰ *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 76. Assim também se posiciona Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 358.

6.5 *Averiguação oficiosa da paternidade: Lei 8.560/92*

A Lei 8.560, de 29.12.1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, introduziu no ordenamento jurídico nacional a averiguação oficiosa da paternidade inspirada no modelo português.²³¹

Não se trata de processo judicial contencioso, mas de procedimento de *jurisdição voluntária*²³² em razão da necessidade, imposta pela Lei 8.560/92, de intervenção do Poder Judiciário.

Não obstante parte da doutrina e da jurisprudência entenda tratar-se de mero procedimento administrativo²³³ presidido por juiz de direito, e que tem como finalidade precípua a obtenção do reconhecimento voluntário da paternidade, acreditamos que, em razão da obrigatoria intervenção judicial, há atividade jurisdicional.²³⁴

Na averiguação oficiosa da paternidade essa atividade jurisdicional não se revela pela intervenção do Estado na solução de um conflito de interesses posto à sua apreciação. Mesmo porque o juiz que preside tal procedimento não prolata decisão substituindo a vontade dos envolvidos. Justamente por essa razão é que não se trata de jurisdição contenciosa.

O que ocorre, nesse caso, é a intervenção do Estado em decorrência da relevância dos interesses privados aí colocados, tal como explicam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover:

²³¹ Dispõe o art. 1.864 do Código Civil de Portugal: “Sempre que seja lavrado registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registro, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai”.

²³² De acordo com José Frederico Marques, “a impropriamente denominada jurisdição voluntária, que não é voluntária nem jurisdição, constitui função estatal de Administração Pública de direitos de ordem privada, que o Estado exerce, preventivamente, através de órgãos judiciários, com o fito e objetivo de constituir relações jurídicas, ou de modificar e desenvolver relações já existentes”. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 59.

²³³ Assim já reconheceu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo: “[...] A chamada averiguação oficiosa tem por objetivo buscar o reconhecimento da suposta paternidade, através de procedimento administrativo. Em que pese tratar-se simples procedimento administrativo, a lei derogou ao Judiciário a instauração do mesmo, cabendo ao Oficial do Registro Civil apenas a comunicação e remessa de cópia da certidão, e ao magistrado tomar duas decisões fundamentais, quais sejam, mandar lavrar o termo de reconhecimento, ou remeter os autos ao Ministério Público para, havendo indícios suficientes, propor ação de investigação de paternidade contra o suposto pai que não reconhecer a paternidade. Tem-se que a intenção do legislador era criar um procedimento o mais simples possível, observando, contudo, preceito constitucional inserto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal que assegura, mesmo em processos administrativos, o contraditório e ampla defesa. [...]” (TJSP, Conflito de Competência 127.656-0/0-00, rel. Des. Paulo Alcides, j. 27.03.2006).

²³⁴ Luiz Edson Fachin também entende tratar-se de procedimento de jurisdição voluntária, *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92*, p. 24.

Existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesses das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade. [...]

Observando isso, o legislador (Estado) impõe, para a validade desses atos de repercussão na vida social, a necessária participação de um órgão público. [...]

Costuma a doutrina dizer que, através dessa atividade, realiza-se a *administração pública de interesses privados*. Trata-se de limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos – limitação justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada.²³⁵

A averiguação oficiosa da paternidade apenas se destina ao reconhecimento de *filhos menores*. Como acertadamente ressalta Luiz Edson Fachin, mesmo nos casos em que o menor for capaz, o que pode ocorrer nas hipóteses previstas no parágrafo único, do art. 5.º do Código Civil, ainda assim se mostra possível o procedimento, porquanto menoridade e incapacidade não se confundem.²³⁶

Como determina o art. 2.º da Lei 8.560/92, tal procedimento se instaura por iniciativa²³⁷ do oficial do registro civil, nos casos em que o registro do filho é realizado exclusivamente pela mãe e tem, portanto, apenas a maternidade estabelecida.

Diante de tal circunstância, o próprio oficial remete ao juiz a certidão de nascimento do filho, junto com os dados do suposto pai (nome, prenome, profissão, identidade e residência). Sem dúvida, nem todos os dados pessoais do suposto genitor se mostram primordiais, mesmo porque a mãe pode não conhecê-los com exatidão, mas o nome e o endereço a permitir sua localização são fundamentais.

²³⁵ *Teoria geral do processo*, p. 152.

²³⁶ *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92*, p. 26.

²³⁷ Para João Baptista Villela, essa determinação da Lei 8.560/92 contraria a orientação contida nos arts. 2.º e 262 do Código de Processo Civil, que estabelecem a inércia da jurisdição. *O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8.560/92*, p. 75. Em sentido diverso se posiciona Luiz Edson Fachin, para quem “o juiz intervém no procedimento de jurisdição voluntária para assegurar a tutela de um interesse maior. É no proveito do Estado que o magistrado atua no esclarecimento e na definição da relação de filiação. Não há que se cogitar, portanto, de ofensa ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, por se tratar de situação jurídica de caráter excepcional, uma vez que a lide ainda não se apresenta no procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, à semelhança do que ocorre em alguns procedimentos especiais constantes do Livro IV, Título II do Código de Processo Civil”. *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92*, p. 26.

Caso a mãe não indique o nome do suposto pai, por desconhecimento ou, simplesmente, porque não intenciona assim proceder, questiona-se se a certidão será remetida ao juízo ou se restará a lacuna no registro de nascimento.²³⁸

Grande parte da doutrina entende que, mesmo nos casos em que a mãe não indique o nome do suposto pai, deverá a certidão ser remetida ao juízo com a informação sobre o ocorrido.²³⁹ Assim, “o Juiz deverá inquiri-la em audiência, esclarecendo-lhe que o filho tem o direito natural e constitucional ao nome, promovendo todos os esforços no sentido de ser informado o nome do suposto pai e os dados fáticos que originaram a paternidade”.²⁴⁰

Com o recebimento da certidão pelo juízo, instaura-se o procedimento, que deve tramitar em *segredo de justiça*. Apesar de o § 2.º do art. 2.º da Lei 8.560/92 deixar a critério do magistrado a decisão quanto ao segredo de justiça no procedimento, acreditamos que a medida deva ser adotada em todos os casos, tanto porque a ação de investigação de paternidade está protegida pelo segredo, nos termos do art. 155, II, do Código de Processo Civil, como porque, mesmo tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, a intimidade dos envolvidos deve estar resguardada.²⁴¹

Embora a lei não especifique, a competência para o procedimento de averiguação oficiosa é do juiz corregedor do serviço de registro civil do local de nascimento da criança ou do seu domicílio.²⁴²

²³⁸ Não há qualquer imposição na lei no sentido de que a mãe deve indicar o nome do suposto pai, como já reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da ApCív 27.452-0: “Inexiste qualquer norma no ordenamento jurídico nacional que obrigue a mãe a declinar o nome do pai de seu filho e, como ninguém está obrigado a fazer o que a lei proíbe ou não fazer o que ela permite, nenhuma obrigação ou dever jurídico tem a mãe de declinar o nome do pai de seu filho até por uma questão muito íntima e pessoal, como muito bem observado na respeitável sentença e no parecer da ilustre Doutora Procuradora de Justiça”. (*JTJ* 191/183). Discorda desse posicionamento Belmiro Pedro Welter, para quem “[...] o direito natural e constitucional ao nome precede o direito constitucional à privacidade [...] o direito de privacidade nasce e necessita de proteção do ordenamento jurídico, mas o direito ao nome, que é um atributo da personalidade, indispensável à dignidade humana, não nasce com a lei, e sim com a própria pessoa. A única coisa que o direito natural precisa é a proteção do Direito Positivo. E essa proteção é justamente a de evitar que o titular do direito ao nome sofra constrangimento em não lhe ser informado o nome de seu pai biológico”. *Investigação de paternidade*, p. 50. Também Luiz Edson Fachin assume posição no sentido de que o interesse do filho na descoberta da paternidade é superior à proteção à privacidade da genitora, *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92*, p. 46.

²³⁹ J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 106. Observa o autor que, como o registro de nascimento pode ser feito por outras pessoas, que não a mãe do filho, pode ocorrer verdadeiro desconhecimento sobre o nome do pai.

²⁴⁰ Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, p. 43.

²⁴¹ Compartilham dessa posição: Luiz Edson Fachin, *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92*, p. 49; J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 120, entre outros.

²⁴² Cf. José Luiz Mônaco da Silva, *Reconhecimento de paternidade*, p. 43; J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 96; Belmiro Pedro Welter, *Investigação de Paternidade*, p. 40. Também é essa a orientação jurisprudencial: “Conflito de competência – Averiguação de paternidade – Lei

Tratando-se de procedimento que visa à regularização do assento no registro civil, por determinação do art. 109 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a competência só pode ser do juiz responsável pelos registros civis.^{243_244}

Instaurado o procedimento, pode o juiz ouvir a mãe sobre a paternidade. Apesar de o § 1.º do art. 2.º da Lei 8.560/92 fazer uso da expressão “sempre que possível”, em certas situações, a oitiva da genitora será absolutamente desnecessária. E, em regra, o será porque o objetivo do procedimento é que o pai, depois de notificado, reconheça o vínculo parental. A utilidade da oitiva da mãe apenas se justifica, em nossa opinião, quando houver recusa da indicação do nome do suposto pai ao oficial do registro civil e, mesmo assim, a certidão for remetida ao Juízo para início do procedimento.

Com a notificação²⁴⁵ do suposto pai, a este se abrem três opções: a) vir a juízo e reconhecer expressamente a paternidade; b) vir a juízo e a negar; c) não comparecer.

No primeiro caso, lavra-se termo de reconhecimento e remete-se a certidão ao oficial do registro civil para que proceda à devida averbação no assento de nascimento (art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.560/92).

Caso o pai não compareça, após 30 dias da notificação judicial, ou compareça e recuse a paternidade, nenhuma medida será adotada pelo juízo a não ser a remessa dos autos ao Ministério Público para que, na existência de elementos suficientes, promova a ação de investigação de paternidade (art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.560/92).

8.560/92 – Procedimento registrário não contencioso – Processamento inicial no juízo com competência em registros públicos, Cf. Provimentos 19/93 e 07/99 da Corregedoria Geral da Justiça de Santa Catarina – Conflito acolhido” (TJSC, 2.ª Câm. Cív., Conflito de Competência 2002.006421-7, rel. Des. Monteiro da Rocha, acolheram o conflito, v.u., j. 19.12.2002).

²⁴³ Dispõe o art. 109 da Lei 6.015/73: “Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no registro civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório”.

²⁴⁴ Dispõe o art. 10 do Provimento 1.404/2007 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo: “Em caso de registro de nascimento sem paternidade estabelecida, havendo manifestação escrita da genitora com os dados de qualificação e endereço do suposto pai e declaração de ciência de responsabilidade civil e criminal decorrente, deverá o oficial encaminhar certidão do assento e a manifestação da genitora ao Juiz Corregedor Permanente do Ofício de Registro Civil”. Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, da mesma forma, estabelecem a competência da vara de registros públicos para este procedimento.

²⁴⁵ A Lei 8.560/92 faz uso da expressão “notificação”. Embora não seja tecnicamente correta, demonstra que não se trata de processo judicial, no qual o ato pelo qual se dá ao réu conhecimento da ação proposta, abrindo-se oportunidade para sua defesa, recebe o nome de citação, ou intimação quando se dá a alguém ciência dos atos e termos do processo para que faça ou deixe de fazer algo.

João Baptista Villela apresenta severa crítica à necessidade de tramitação do procedimento de averiguação oficiosa da paternidade perante o Poder Judiciário porque, segundo o autor, “o juiz se traveste de sindicante da filiação, sem qualquer poder, de outra parte, para decidir ou praticar atos maiores de autoridade”. E conclui:

Se o objetivo era adotar um sistema de consulta pública ao indigitado pai, com vistas a eventual propositura da ação de investigação de paternidade e, até mesmo, a, se possível, evitá-la, tudo poderia ser deixado nas mãos do oficial do registro civil. O envolvimento do juiz, no caso, além de impróprio, tecnicamente falando, avilta-lhe o múnus pela inseqüência de sua intervenção.²⁴⁶

Entendendo não existirem elementos suficientes para a propositura da ação, o Ministério Público poderá requerer o arquivamento do procedimento, apresentando as razões pelas quais entende que a ação não deve ser proposta nesse momento.²⁴⁷

Adotada tal providência pelo Ministério Público, poderá o próprio filho, representado pela genitora, promover a ação de investigação de paternidade objetivando, assim, o reconhecimento forçado da filiação.

Em regra, não são produzidas provas no procedimento de averiguação oficiosa justamente porque não se trata de processo judicial em que haja o devido contraditório.

Pode ocorrer, no entanto, de o Ministério Público requerer ou, até mesmo, de o pai, voluntariamente, se submeter ao exame de DNA para a supressão de quaisquer dúvidas acerca da filiação biológica.

É absolutamente possível que isso ocorra. No entanto, justamente porque não há processo e, assim, não há manifestação do Estado-juiz no sentido de promover a solução dos conflitos de interesses, não poderá ser determinada a realização da prova genética se o suposto pai a ela não se pretender submeter voluntariamente.

²⁴⁶ *O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8.560/92*, p. 75.

²⁴⁷ Na opinião de José Luiz Mônaco da Silva, o Ministério Público poderá, caso não existam elementos para a propositura da ação, “abrir procedimento tendente a coligir elementos probatórios capazes de possibilitar-lhe o ajuizamento da demanda investigatória”. *Reconhecimento da paternidade*, p. 45.

Além disso, também se mostra possível que o Ministério Público, na busca de elementos que justifiquem a propositura da ação de investigação de paternidade, decida ouvir testemunhas.

Repita-se: não se trata de processo judicial, mas pode haver produção de provas.²⁴⁸

Na hipótese de reconhecimento pelo pai, além da lavratura do termo de reconhecimento e, mesmo no silêncio da lei a esse respeito, é possível que as partes celebrem acordo para pagamento de alimentos ao filho reconhecido, que deverá ser homologado pelo juiz, servindo de título executivo judicial para futura e eventual execução. Frise-se que a fixação de alimentos apenas pode ocorrer em se tratando de composição amigável entre o genitor e o filho, representado pela mãe; não se mostrando possível que o juiz fixe a verba alimentar contra a vontade do genitor. Caberá ao filho, na ausência de acordo, a propositura da competente ação de alimentos.²⁴⁹⁻²⁵⁰

²⁴⁸ Cf. Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, p. 58; Pedro Roberto Decomain, *Declaração e investigação de paternidade*, p. 67.

²⁴⁹ Comungam da mesma opinião: José Luiz Mônaco da Silva, *Reconhecimento de paternidade*, p. 43; Pedro Roberto Decomain, *Declaração e investigação de paternidade*, p. 44.

²⁵⁰ Controverte a jurisprudência acerca do juízo competente para processar e julgar eventual execução de alimentos nos casos de acordo homologado em procedimento de averiguação oficiosa da paternidade. Entendendo pelo afastamento da regra contida no art. 575, II, do Código de Processo Civil, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “Processual civil – Conflito negativo de competência – Procedimento administrativo de averiguação oficiosa da procedência da alegação de paternidade – Homologação pelo juízo dos registros públicos – Execução dos alimentos acordados – Competência do juízo de família – Conflito procedente. 1. Não se inclui na competência do juízo de registros públicos, mas sim, na dos juízos de família, a execução dos alimentos acordados ao ensejo do reconhecimento da paternidade em procedimento administrativo de averiguação, por aquele homologado. Inteligência dos arts. 570, inc. II, do CPC, e 28, inc. I, alínea *b*, da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal. 2. Conflito procedente. [...]”

A obrigação de pagar alimentos resultou de acordo realizado perante o Juízo dos Registros Públicos, em procedimento administrativo instaurado para averiguação oficiosa da procedência da alegação da paternidade e, porque reconhecida, lavrou-se o competente termo, que foi homologado pelo juiz, tudo como estatuído na Lei 8.560/92. Deixando a alimentante de pagar os alimentos, pode o credor executá-lo, o que não significa dizer, entretanto, que deva fazê-lo nos autos do procedimento administrativo, por isso que este não pode ser confundido com processo, como tal regulado pelo Cód. de Pr. Civ., a atrair a regra inscrita em seu art. 570, inc. II, que pressupõe a existência de sentença – ainda que homologatória – proferida em processo contencioso. O Juiz dos Registros Públicos, na hipótese, exerceu atividade meramente administrativa. Daí resulta que se deve dar interpretação ao art. 570, inc. II, do CPC, harmonizando-o com o art. 28, inc. I, alínea *b*, da Lei 8.185/91, que estabelece a competência dos Juízes das Varas de Família para processarem e julgarem as ações de alimentos, nelas incluídas, por óbvio, as execuções.” (TJDF, 1.ª Câm. Cív., Conflito de Competência 2002 00 2 009172-9, rel. Des. Estevam Maia, julgaram procedente, v.u., j. 12.02.2003). Contrário é o posicionamento do TJRS: “Conflito negativo de competência. Acordo estipulando pensão alimentícia homologado nos autos da investigação oficiosa da alegação de paternidade. Nos termos do art. 575, II, do CPC, a competência é do juiz que homologou o pacto, o qual extrapolou o âmbito do mero procedimento administrativo, ao fixar a verba alimentar. Julgaram improcedente. Unânime” (TJRS, 7.ª Câm. Cív., Conflito de Competência 70018117770, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgaram improcedente, v.u., j. 13.06.2007).

6.6 *Reconhecimento judicial*

O reconhecimento judicial decorre de sentença proferida nos autos de ação de investigação de paternidade, que tanto poderá ser homologatória de reconhecimento jurídico do pedido por parte do réu quanto de decisão do magistrado sobre o pedido formulado pelo investigante. Em qualquer caso, o reconhecimento judicial produz os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário e, também, apresenta as mesmas características quanto à pessoalidade, irrevogabilidade, formalidades etc. já tratadas no reconhecimento voluntário.

2

DAS AÇÕES DE ESTADO, DA SENTENÇA E SEUS EFEITOS E DA COISA JULGADA

1. Classificação das ações

1.1 *A classificação das ações de acordo com a natureza da tutela jurisdicional*

A classificação apresentada por Enrico Tullio Liebman, e adotada pela doutrina processual tradicional, distingue as ações em três categorias: a) ações de conhecimento; b) ações executivas e, c) ações cautelares.²⁵¹ Tal classificação leva em conta a *natureza da tutela jurisdicional invocada*,²⁵² ou como afirma Arruda Alvim, os “efeitos objetivados”.²⁵³

O que permite enquadrar determinada ação em uma ou outra classificação é a análise da sua carga preponderante, mesmo porque, como ressalta Pontes de Miranda, não é possível conceber uma classificação pura de cada ação.²⁵⁴

Nas ações de conhecimento, “habilita-se o juiz a conhecer (daí a denominação de *cognição*) e declarar (em sentido lato) o direito com base nos fatos e nos argumentos de direito que servem de fundamento à pretensão deduzida em juízo pelo autor, afora as outras conseqüências do tipo de ação”.²⁵⁵ As ações de conhecimento podem, ainda, ser subdivididas em: i) declaratórias; ii) condenatórias, iii) constitutivas; iv) mandamentais; e v) executivas *lato sensu*.²⁵⁶

²⁵¹ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 144.

²⁵² José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 46.

²⁵³ *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 94. Cassio Scarpinella Bueno apresenta severa crítica à utilização da palavra “ação” tal como faz a doutrina majoritária e, da mesma forma, critica a classificação apresentada. Faz o autor questão de frisar que “a ação deve ser entendida como o direito público subjetivo porque exercitada contra o Estado”, sendo “um direito que se limita a provocar o exercício da função jurisdicional no sentido de ser um pedido a que o Estado *tutele* (proteja) um direito que se alega ter, já lesionado ou na iminência de sê-lo (ameaça).” Nesse sentido, como adotada em seu *Curso*, toda a classificação apresentada se destina a classificar, na verdade, a tutela jurisdicional, assim entendida como “o resultado da provocação do exercício da função jurisdicional”, que poderá, então, ser condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 339-344.

²⁵⁴ *Tratado das ações*, t. I, p. 117.

²⁵⁵ William Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 80.

²⁵⁶ Embora a doutrina controverta acerca da classificação trinária ou quinária das ações de conhecimento, essa é a classificação que acreditamos ser a mais adequada à luz do direito processual vigente. Como explica Teresa

Sempre prevaleceu, entretanto, na doutrina, a classificação trinária das ações de conhecimento em: a) declaratórias; b) constitutivas (positivas ou negativas); e c) condenatórias.²⁵⁷⁻²⁵⁸

As ações declaratórias têm como objetivo a obtenção de pronunciamento judicial que declare a existência ou a inexistência de uma determinada relação jurídica, ou a declaração de “autenticidade ou falsidade de um documento”, conforme dispõe o art. 4.º do Código de Processo Civil. É a incerteza a respeito de determinada relação jurídica ou de um fato (autenticidade ou falsidade de um documento) que se busca extirpar com a prolação de sentença.²⁵⁹ Nas palavras de Pontes de Miranda, “só se pede que se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para ver se *é*, ou se *não é* a relação jurídica de que se trata”.²⁶⁰

Como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, “o bem da vida outorgado ao autor, através da sentença declaratória acobertada pela autoridade de coisa julgada material, é a eliminação da incerteza que recaía sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica”²⁶¹ e que, assim, não poderão ser negados em outro processo.

Será positiva a ação declaratória quando o pedido formulado objetivar a declaração de existência da relação jurídica e, negativa, se pretender a declaração de sua inexistência.²⁶²

Arruda Alvim Wambier, “quando se propõe uma ação mandamental ou executiva *lato sensu*, se pleiteia *exata e precisamente o tipo de eficácia que as caracteriza*, e, portanto, nesse sentido mais largo, pode-se dizer que também se classificam as sentenças em mandamentais e executivas *lato sensu* em função do pedido formulado. Apesar de a doutrina tradicional se mostrar, de um modo geral, resistente à adoção destas duas categorias, cremos, diferentemente do que pensávamos quando da publicação das edições anteriores deste trabalho, que elas *devem, sim*, ser consideradas pela doutrina como categoria autônoma, principalmente pelo relevante papel que vêm assumindo nos tempos modernos, de que é sintoma a tendência de inclusão de instrumentos deste tipo nos ordenamentos jurídicos positivos”. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 103-104.

²⁵⁷ Nesse sentido: Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 147; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 47-48; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 70.

²⁵⁸ Humberto Theodoro Júnior afirma que, mesmo com a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, as sentenças continuam sendo, de acordo com o seu conteúdo, declaratórias, constitutivas e condenatórias. Para o autor, embora nenhum tipo de sentença tenha sido extinto, todas passaram a ter um regime jurídico único de cumprimento e nenhuma delas dependerá mais de *ação executiva* separada para ser posta em execução, *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 129.

²⁵⁹ Discorda João Batista Lopes porque, para o autor, “a ação declaratória não visa, na verdade, a desfazer dúvida ou incerteza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica, mas objetiva o valor segurança, emergente da coisa julgada, enquanto a ação constitutiva objetiva a alteração de um estado jurídico e a condenatória a obtenção da sanção”. *Ação declaratória*, p. 59.

²⁶⁰ *Tratado de direito privado*, Parte geral, t. V, p. 485.

²⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, *Manual do processo de conhecimento*, p. 412.

²⁶² Cf. José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 48-49.

A satisfação da pretensão deduzida na ação declaratória, portanto, se atinge com a prolação de sentença, que produz, como regra, efeitos *ex tunc*,²⁶³ retroagindo “à época em que se formou a relação jurídica, ou em que se verificou a situação jurídica declarada”.²⁶⁴

As ações constitutivas, por sua vez, são aquelas que objetivam um pronunciamento judicial tendente a constituir, modificar ou extinguir determinada relação jurídica.

Explica Paulo Henrique dos Santos Lucon que “a sentença constitutiva possui dois momentos lógicos: a) o primeiro é declaratório, pois o juiz declara a existência do poder substancial da parte de produzir a modificação por meio de um pronunciamento jurisdicional; b) o segundo é o constitutivo, resultante da própria declaração, pois diz respeito ao poder-dever do juiz de operar a modificação pedida pela parte”.²⁶⁵

Será constitutiva positiva ao criar ou modificar determinada relação jurídica e constitutiva negativa, ou desconstitutiva, quando a extinguir. Possui efeitos que se projetam para o futuro a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*). No entanto, excepcionalmente, em razão do direito material envolvido na demanda, podem ter efeitos retroativos.²⁶⁶

As ações condenatórias são aquelas em que se objetiva, além do reconhecimento do direito, a aplicação de uma sanção ao réu, qual seja, a sua condenação.²⁶⁷ Diferentemente das declaratórias e das constitutivas, cujos efeitos se produzem com a mera prolação da sentença, na ação condenatória será preciso, para a efetiva satisfação do direito do autor, a submissão do réu a medidas de coerção patrimonial, salvo na hipótese de cumprimento voluntário da condenação.²⁶⁸

²⁶³ Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 54. Sobre os efeitos da sentença declaratória, esclarece Arruda Alvim: “Ao proferir a sentença, em regra, deverá o magistrado considerar os efeitos jurídicos como existentes a partir de momento anterior à sentença, o qual, em nosso sentir, de um modo geral, deve coincidir com o momento em que ocorreram os próprios fatos, que levaram o autor a demandar – efeitos jurídicos *ex tunc*, salvo disposição legal em sentido contrário (v.g., o art. 219, *caput*, se a mora houver de ser determinada pela citação, pois poderá se dar que precede à citação) “. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 568.

²⁶⁴ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 566.

²⁶⁵ *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 154.

²⁶⁶ Nesse sentido: Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 134; José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 53. Enrico Tullio Liebman acrescenta que: “Normalmente as sentenças constitutivas produzem seus efeitos *ex nunc*, isto é, do momento em que transitam em julgado; às vezes porém elas voltam a um momento anterior, por exemplo, ao momento da demanda judicial (separação do dote, art. 204, CC), ou ao momento em que surge o estado ou relação que é modificada (indignidade para suceder, art. 464, CC; resolução por inadimplemento, art. 1458)”. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 167.

²⁶⁷ Cf. William Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 83.

²⁶⁸ Com a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, explicam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, que o princípio da autonomia entre processo de conhecimento e de exe-

As ações mandamentais e as executivas *lato sensu*, explica Arruda Alvim, “têm como característica serem capazes de gerar, no mundo empírico, alterações tendentes a satisfazer o credor *in natura*, independentemente do processo de execução, porque o juiz, nesses casos, será dotado de poderes para tomar providências (= determinar medidas de apoio) que acabam tendo por resultado levar o réu a cumprir o mandamento (a ordem) contida na sentença”.²⁶⁹ A diferença entre elas estaria no fato de que, nas executivas *lato sensu*, em face da resistência do réu, pode o juiz determinar providência equivalente, sub-rogando-se.²⁷⁰

Esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart que “a sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu; seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado”.²⁷¹

As ações cautelares, por sua vez, são as que objetivam assegurar a eficácia de provimento jurisdicional decorrente de processo de conhecimento ou de execução.²⁷² Nas palavras de Arruda Alvim são as

que têm por escopo proteger (“acautelar”) uma pretensão, com aparência de direito (*fumus boni iuris*) e em relação à qual ocorra o perigo da demora da solução processual (*periculum in mora*), com vistas a assegurar praticamente futura execução (ou a própria, eventual e futura proteção da eficácia da sentença, declaratória ou constitutiva [...]).²⁷³

cução, no que se refere à execução de sentença, foi desprezado, e quase que totalmente eliminado do direito processual civil brasileiro, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, II, p. 33-34.

²⁶⁹ *Manual de direito processual civil*, p. 97. Afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que, nas ações executivas *lato sensu*, a função da sentença não é apenas a “de declarar, em sentido amplo, a existência do direito, mas também a de determinar a realização de atos materiais tendentes à realização do direito declarado, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, II, p. 34.

²⁷⁰ Cf. Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 97. Paulo Henrique dos Santos Lucon acentua que “a sentença executiva *lato sensu* é um provimento jurisdicional portador de eficácia condenatória com uma força a mais: com ela não há necessidade de um novo processo, agora executivo, ou seja, o juiz simplesmente determina a realização prática do comando emergente da sentença de natureza condenatória, dispensando-se a iniciativa da parte para o início da execução. [...] O juiz na própria sentença de procedência emite um comando, ordenando a realização de atos práticos e materiais a serem executados de imediato por auxiliares do Poder Judiciário [...]”. *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 161.

²⁷¹ *Manual do processo de conhecimento*, p. 417.

²⁷² Há controvérsia na doutrina quanto à possibilidade de as ações cautelares, além de assegurarem direitos, se destinarem à sua própria satisfação. Ressaltando o aspecto primordial das tutelas cautelares como aquelas que têm por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, Luiz Guilherme Marinoni assevera que nos casos de prestação jurisdicional satisfativa sumária não há tutela cautelar, posto que “a tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente.”, *Antecipação da tutela*, p. 131.

²⁷³ *Manual de direito processual civil*, p. 95. Explica José Frederico Marques que “a ação cautelar provoca um procedimento único em que as fases de conhecimento e de execução se aglutinam em razão do objetivo da tutela jurisdicional invocada”. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 57.

Por fim, as ações²⁷⁴ de execução visam “a realização concreta de atos materiais de satisfação do exequente”²⁷⁵ praticando o Estado-juiz medidas constritivas que recaem sobre o patrimônio do devedor.

1.2 Da classificação das ações consoante a natureza do direito

Além da classificação tradicional, outra forma de se analisar as ações – e que interessa ao objeto do nosso trabalho – é a que leva em conta a *natureza do direito que*, por meio do exercício da ação, *se objetiva proteger*.²⁷⁶

Fazendo uso desse critério, as ações podem ser classificadas em: a) pessoais; b) reais; e c) prejudiciais. Explica Moacyr Amaral Santos que as ações reais são as que visam à tutela de um direito real, enquanto as pessoais tendem ao cumprimento de uma obrigação.^{277,278}

Sobre as ações prejudiciais, esclarece o autor:

As ações prejudiciais (actiones praeiudiciales) surgiram na velha Roma e consistiam em pedidos de declaração de certeza quanto à existência de uma relação jurídica. Por meio delas se obtinha o praeiudicium, isto é, uma decisão prévia, antecipada, sobre a existência de uma relação jurídica, para servir de fundamento a uma outra ação. Nelas se tem a origem remota das chamadas ações meramente declaratórias. [...] com o tempo, as ações prejudiciais, ainda entre os romanos, passaram a tutelar os estados das pessoas: o de liberdade (status libertatis), o de cidadão (status civitatis), o de família (status familiae). [...]

²⁷⁴ Embora a Lei 11.232/2005 tenha alterado o procedimento da execução, introduzindo o cumprimento de sentença nos casos de títulos judiciais, fazendo com que essa seja mais uma fase do processo de conhecimento e não instaure uma nova ação, entendemos que a execução dos títulos executivos extrajudiciais justifica a utilização da terminologia.

²⁷⁵ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 341.

²⁷⁶ Embora também reconheça tal classificação, Enrico Tullio Liebman faz questão de frisar que “no sistema do direito processual a única definição legítima e importante é aquela que faz referência à espécie e à natureza da decisão que é demandada”. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 144. Já José Frederico Marques entende ser perfeitamente aceitável a divisão das ações segundo a pretensão; no entanto, também ressalta o autor que “o ponto fundamental da classificação das ações está no agrupamento destas em razão da tutela jurisdicional invocada”. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 39.

²⁷⁷ *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 192.

²⁷⁸ Assinala José Frederico Marques que “a ação real e a ação pessoal constituem a categoria de ações denominada de patrimonial, a qual se contrapõe a categoria das ações não patrimoniais. Estas últimas são ligadas a pretensões decorrentes de direitos sobre o estado das pessoas [...]”. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 43.

Dos romanos essas ações entraram para o direito moderno, com a finalidade de defender o estado de família.²⁷⁹

Ainda, como explica Affonso Dionysio Gama, as ações prejudiciais são as que derivam do estado das pessoas e se destinam a fazê-lo reconhecer e a garanti-lo contra quaisquer violações, presentes ou futuras.²⁸⁰

São assim denominadas porque a sentença proferida na ação de estado torna-se prejudicial às demais e subsequentes questões que dependam do estado acertado.²⁸¹

Thereza Alvim, em estudo aprofundado sobre as questões prévias, assim entendidas “todas aquelas que logicamente devem ser decididas antes de outras, por manterem entre si uma vinculação de subordinação lógica”,²⁸² explica que a questão prejudicial é “aquela questão que deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes de outra, sendo que a sua decisão influenciará o próprio teor da questão vinculada”.²⁸³

As ações de estado são prejudiciais em relação a todas as relações jurídicas de que seus titulares participam porque o estado – reconhecido, criado, alterado ou extinto – pela decisão judicial influencia em tais relações, além de não poderem ser desconhecidas em razão de sua *generalidade*.

As ações relativas à filiação são classificadas pela doutrina como ações prejudiciais. Para Gabriel de Rezende Filho são ações prejudiciais no direito brasileiro, entre outras, a ação de filiação, a de contestação de paternidade e de maternidade, a ação de impugnação ao reconhecimento de filho e a ação reclusória de filho.²⁸⁴

2. Do estado das pessoas

O conceito de *estado das pessoas* não é noção pouco controvertida na doutrina. Mesmo porque, desde o direito romano até os tempos atuais, o que se entende por *estado* se alterou de forma significativa.

²⁷⁹ *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 191.

²⁸⁰ *Acções prejudiciaes*, p. 10.

²⁸¹ Cf. Jorge Salomão, *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 32.

²⁸² *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 23.

²⁸³ *Idem*, p. 24.

²⁸⁴ *Curso de direito processual civil*, v. 1, Cap. XXI, citado por Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 191-192 e, também, Affonso Dionysio da Gama, *Das acções prejudiciaes*, p. 14.

Em Roma, como noticia Jorge Salomão, o conceito de estado estava eminentemente relacionado à personalidade jurídica e, assim, para que esta fosse reconhecida, ou seja, para que determinada pessoa tivesse aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações era necessário: “a) o *status civitatis* (que o indivíduo tivesse a posse da cidadania romana); b) o *status libertatis* (que o indivíduo fosse livre, e não escravo); c) o *status familiae* (que o indivíduo gozasse de uma posição independente no seio da sua família)”.^{285_286}

Com o passar do tempo, em virtude da evolução das instituições políticas e sociais, entretanto, as noções de personalidade jurídica e de estado se dissociaram e o estado passou a ser entendido, explica Guillermo A. Borda, como “la posición jurídica que las personas ocupan en la sociedad; esa posición les es dada por el conjunto de calidades que configuran su capacidad y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos”.²⁸⁷

Não há, no entanto, como se afastarem, por completo, as noções de estado e de personalidade, na medida em que o estado continua sendo um dos atributos da personalidade.²⁸⁸

Ensina Rubens Limongi França que “atributo da personalidade é toda característica, situação ou condição, suscetível de ser assumida pela personalidade, e que seja capaz de ocasionar uma repercussão jurídica”.²⁸⁹

Willis Santiago Guerra Filho, após transcorrer por farta doutrina que busca conceituar o estado das pessoas, desde a Sociologia até o conceito apresentado pelos juristas, conclui:

O estado jurídico (ou *status*) da pessoa é uma situação jurídica em que se encontra o sujeito de direito, a qual condiciona sua capacidade jurídica e qualifica-lhe a personalidade, em face do direito, por encerrar os elementos

²⁸⁵ *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 74.

²⁸⁶ Sobre o estado das pessoas no Direito Romano ver, por todos, José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 1, p. 109-123.

²⁸⁷ *Tratado de Derecho Civil*, v. 1, p. 29.

²⁸⁸ Nelson Nery Junior apresenta cinco atributos da personalidade: capacidade, *status* (individual, familiar e social), fama, nome e domicílio, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 157. José Antonio de Paula Santos Neto afirma: “O estado, à época, como ainda hoje, era a situação jurídica do indivíduo no seio da coletividade, vale dizer, sua peculiar condição. Mas, revestia-se, então, de uma natureza que atualmente lhe é estranha. Isto porque era verdadeiro componente da personalidade. Tal caráter, no entanto, lhe foi retirado pela evolução das instituições e a supressão das distinções artificiais que aviltavam a dignidade humana. [...] no direito moderno [...] não é mais um pressuposto da própria personalidade, mas ainda é um elemento distintivo, caracterizador da pessoa. Nesse sentido, o *status* é verdadeiro atributo da personalidade”. Direitos da pessoa e direitos da personalidade ou estado da pessoa, direitos de estado, direito ao estado e direitos da personalidade, *RT* 719, p. 37.

²⁸⁹ *Manual de direito civil*, v. 1, p. 145.

definidores da posição fundamental dos indivíduos diante do ordenamento jurídico a que se acha submetido, aos quais reconhece certos atributos a eles inerentes.²⁹⁰

De toda forma, Guillermo Borda ressalta que o estado continua sendo apreciado sob três pontos de vista, quais sejam: a) com relação às pessoas consideradas em si mesmas; b) com relação à família; e c) com relação à sociedade.²⁹¹ Tem-se, daí, que três são os estados das pessoas: o estado individual, o familiar e o político.²⁹²

O estado individual, segundo Orlando Gomes, é a condição física do indivíduo influente no seu poder de agir e está relacionado à idade, sexo e saúde,²⁹³ que exercem influência sobre sua capacidade civil.²⁹⁴

O estado familiar, segundo Washington de Barros Monteiro, é “a posição ocupada pela pessoa no seio da família”,²⁹⁵ o que se verifica por três ordens de relações: o vínculo conjugal, o parentesco por consangüinidade e a afinidade.²⁹⁶

Arnold Wald ressalta, ainda, que “os direitos de família dependem do *status* da pessoa, podendo tal estado na família ser adquirido ou modificado, seja por um fato jurídico (nascimento), seja por um ato jurídico (adoção, casamento). Os direitos de família só se transferem com o *status*”.²⁹⁷

Antonio Chaves ressalta a importância do estado de família citando Antonio Cicu, para quem o *status familiae* foi o *status* originário, vez que a família foi o agregado originário da pessoa e, apesar das modificações, assim permanece até hoje.²⁹⁸

²⁹⁰ *Do litisconsórcio necessário nas ações de estado*, p. 105. Segundo Mário de Aguiar Moura, “o estado representa situações-presetadas ou situações-bases, pois se constitui na posição da pessoa na sociedade maior. Não é em si nem uma relação jurídica, nem direito subjetivo, mas pressuposto para adquirir situações e relações jurídicas. Tem como figura aproximada a qualidade jurídica [...]”. *Tratado prático da filiação*, v. 3, p. 81-82.

²⁹¹ *Tratado de derecho civil*, v. 1, p. 29, tradução livre.

²⁹² Cf. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 92; José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 125; Antonio Chaves, *Lições de direito civil*, Parte geral, v. 3, p. 53.

²⁹³ *Introdução ao direito civil*, p. 92.

²⁹⁴ Cf. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 76.

²⁹⁵ *Curso de direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 76.

²⁹⁶ Idem, ibidem. Também Antonio Chaves, *Lições de direito civil*, Parte geral, v. 3, p. 56. Como aponta J. M. Leoni Lopes de Oliveira, de fato, “dentro do estado de família há duas relações de caráter fundamental: o de estado de cônjuge e de filiação”. *A nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 127.

²⁹⁷ *O novo direito de família*, p. 6.

²⁹⁸ *Lições de direito civil*, Parte geral, v. 3, p. 55.

Finalmente, o estado político “é a qualidade jurídica que advém da posição do indivíduo como parcela de uma sociedade politicamente organizada e chamada nação”.²⁹⁹ Dividem-se as pessoas em nacionais e estrangeiros podendo, ainda, os primeiros, se subdividir em natos e naturalizados.

Esclarece Jorge Salomão que “o *status* forma-se em decorrência de um *fato jurídico*, como o nascimento, ou em razão de *atos jurídicos*, como o casamento, a adoção etc.”.³⁰⁰

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy analisa a teoria do *status* apresentada por Georg Jellinek, segundo o qual há quatro *status*: o *status* passivo ou *status subiectionis*, o *status* negativo ou *status libertatis*, o *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa. Para referido autor o *status* se caracteriza como “uma relação do Estado que qualifica o indivíduo”, tendo como conteúdo o ser e não o ter jurídico.³⁰¹

Quanto aos caracteres do estado, Miguel Maria de Serpa Lopes os classifica em intrínsecos e extrínsecos. Intrínsecos são a *indivisibilidade*, a *indisponibilidade*, a *imprescritibilidade* e, com relação ao estado civil, a *aquisição mediante posse*. E, extrínsecos são a *pessoalidade*, a *cogência* e a *generalidade*.³⁰² Cumpre analisar cada uma dessas características.

A *indivisibilidade* advém do fato de “não ser possível a concomitância de estados diversos e opostos entre si”,³⁰³ além de o indivíduo não poder possuir senão um estado perante todos.³⁰⁴

Sobre esse aspecto, lembra Orlando Gomes que “não é possível ser simultaneamente solteiro e casado, filho legítimo e natural, menor e maior. O estado de uma pessoa há de ser o mesmo para todos. Seria absurdo admitir que alguém fosse reconhecido filho de outrem e não adquirisse o estado de irmão em relação aos filhos do pai”.³⁰⁵

²⁹⁹ Cf. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 76; Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 92, entre outros.

³⁰⁰ *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 78.

³⁰¹ *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 255.

³⁰² *Curso de direito civil*, v. 1, p. 311.

³⁰³ Cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Do litisconsórcio necessário nas ações de estado*, p. 105.

³⁰⁴ Cf. Jorge Salomão, *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 79.

³⁰⁵ *Introdução ao direito civil*, p. 96.

Ser *indisponível* significa que o estado é inalienável, não podendo ser negociado, ser objeto de transação ou de renúncia,³⁰⁶ vez que “atribuído pela lei compulsoriamente”.³⁰⁷

Da indisponibilidade não decorre, no entanto, a imutabilidade do estado das pessoas. É o que explica Arnaldo Medeiros da Fonseca:

Como situação jurídica que interessa à ordem pública, o estado das pessoas é, em princípio, *indisponível*, não tendo a vontade humana eficácia para desconhecê-lo ou negá-lo. Contudo, podendo o estado fundar-se num fato material, como a menoridade ou a alienação, ou numa manifestação de vontade, como sucede na adoção, ou ainda num julgamento, o que se verifica quando há reconhecimento forçado da paternidade ilegítima, é possível à vontade humana, tendo em vista a sua origem, influir para a sua alteração. [...] Desta forma, a vontade privada, de acordo com a lei, contribui, às vezes, para alteração do estado das pessoas. É, entretanto, ineficaz para negá-lo ou desconhecê-lo, uma vez legalmente estabelecido. Nisso consiste a indisponibilidade do estado, como regra geralmente acolhida.³⁰⁸

Ademais, como ressalta Orlando Gomes, “a indisponibilidade do *estado* não se estende aos direitos patrimoniais decorrentes de sua posse. Esses direitos são disponíveis. Assim, o filho natural que investiga a paternidade pode fazer transação com o direito de sucessão proveniente do possível reconhecimento”.³⁰⁹

É, ainda, *imprescritível*, porque o transcurso do tempo não exerce influência sobre ele.³¹⁰ Acentua Caio Mário da Silva Pereira que “por maior que seja o tempo decorrido de inércia da pessoa quanto à reivindicação do estado que lhe compete e de que não desfruta, não decai do seu direito, e por maior que seja o escoado, uma pessoa não adquire direito ao estado que indevidamente se atribua”.³¹¹

³⁰⁶ Cf. Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil*, v. 1, p. 30. Willis Santiago Guerra Filho ressalta que essa indisponibilidade, evidentemente, se estende ao plano processual, sendo vedada a autocomposição em questões de estado sob qualquer uma de suas formas (transação, convenção, renúncia etc.), *Do litisconsórcio nas ações de estado*, p. 106.

³⁰⁷ Cf. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 96.

³⁰⁸ *Investigação de paternidade*, p. 344.

³⁰⁹ *Introdução ao direito civil*, p. 96.

³¹⁰ *Tratado de derecho civil*, p. 30.

³¹¹ *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 267.

Reconhece a doutrina, entretanto, de forma praticamente uníssona, que essa regra não é absoluta, podendo a lei, por vezes, estabelecer prazos para o exercício da ação referente ao estado, em exceção à regra.³¹²⁻³¹³

O estado civil pode, ainda, ser *adquirido mediante posse* e isso pode ocorrer tanto com relação ao estado de casado, como com relação ao estado de filho. Quanto à posse do estado de casado, o Código Civil de 1916, em seu art. 203, já continha tal previsão que, no Código vigente, consta do art. 1.545. A posse do estado de filho tem sido reconhecida, atualmente, como modalidade de parentesco civil.

O Enunciado 103 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2002, deu ao art. 1.593 interpretação que reconhece a existência de vínculo parental o proveniente da paternidade socioafetiva fundada na posse do estado de filho. Com a mesma orientação, o Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil reconheceu que a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

A posse do estado revela uma situação de fato que se exterioriza por se tratarem as pessoas como se casadas fossem ou como pais e filhos, e, desta forma, se apresentarem à sociedade.

Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni acentuam que a posse do estado cria um estado aparente de família³¹⁴ e ressaltam a sua importância:

Tal posesión de estado tiene importancia jurídica, porque, según los casos, permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado.³¹⁵

Ensina Arnaldo Medeiros da Fonseca que

³¹² Cf. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 96; Willis Santiago Guerra Filho, *Do litisconsórcio nas ações de estado*, p. 107-110; Paulo Nader, *Curso de direito civil*, v. 1, Parte geral, p. 251; Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil*, v. 1, p. 30.

³¹³ Sob a égide do Código Civil de 1916, a ação negatória de paternidade, diferentemente da investigatória, continha prazos prescricionais exíguos previstos pelo art. 178, § 3.º e § 4.º, I. No Código Civil vigente, tal diferenciação não mais existe, posto que tanto a ação negatória como a investigatória são imprescritíveis (arts. 1.601 e 1.606). O tratamento doutrinário e jurisprudencial dispensado a essas ações é analisado adiante quando tratamos das ações de estado.

³¹⁴ *Manual de derecho de familia*, p. 31.

³¹⁵ *Idem*, p. 30.

a *posse de estado* constitui-se por três fatos característicos: *nomen*, *tractatus* e *fama* ou *reputatio*. *Nomen* consiste no fato de usar o filho o *nome de família* ou apelido do genitor. *Tractatus* refere-se à circunstância de ser *tratado como tal*, isto é, sustentado, educado e protegido pela pessoa de quem se supõe filho. *Fama* ou *reputatio* envolve o conhecimento dessa qualidade por terceiros, que hajam presenciado fatos inequívocos dela reveladores, na família e na sociedade.³¹⁶

Quanto aos caracteres extrínsecos, a *personalidade* do estado se revela porquanto “se acha estreitamente agregado à pessoa, constituindo sua *imago juris*”.³¹⁷

Justamente porque o estado “diz respeito à situação jurídica da pessoa perante a comunidade política e perante a família, na qual a sociedade está diretamente interessada”,³¹⁸ é uníssono o entendimento de que as normas a ele relativas são *normas cogentes* ou de ordem pública.

Tratando da distinção entre o preceito de ordem pública e o de ordem privada, Carlos Maximiliano ensina que o de ordem pública tem como objetivo a salvaguarda do equilíbrio social, uma vez que “o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita a cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo”, enquanto o de ordem privada “só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial”.³¹⁹

O conceito de ordem pública tem como corolário a precedência do interesse geral, público ou social, sobre o individual.³²⁰

³¹⁶ *Investigação de paternidade*, p. 226.

³¹⁷ Cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Do litisconsórcio nas ações de estado*, p. 111.

³¹⁸ Cf. Antonio Chaves, *Lições de direito civil*, Parte geral, v. 3, p. 63.

³¹⁹ *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 176.

³²⁰ Para Piero Calamandrei, ordem pública são as “relações regulamentadas por normas jurídicas, cuja observância é subtraída, em medida mais ou menos ampla, segundo os casos, à livre vontade das partes e à valorização arbitrária que as mesmas podem fazer de seus interesses individuais”. *Direito processual civil*, v. 1, p. 111. Ensina Cândido Rangel Dinamarco que “são de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam, mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*”, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 69.

Por fim, da *generalidade* se extrai que o estado é oponível contra todos (*erga omnes*), além de repercutir em todas as instituições jurídicas.³²¹

Além dessas características, Jorge Salomão destaca outras que, segundo o autor, distinguem o estado de outras situações jurídicas, quais sejam, é *necessário*, posto que nenhum homem pode dispensá-lo e é permanente, pois se destina a uma ilimitada duração.³²²

3. Das ações de estado

Chamam-se ações de estado as que visam ao accertamento do estado da pessoa, seja para afirmá-lo quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se acha, sem a ele ter direito.³²³ Explica, com clareza, Miguel Maria de Serpa Lopes:

As ações de estado podem ter duas finalidades: ou se destinam a fazer estabelecer, reconhecer a existência de um estado anterior, o que ocorre não só quando se pretende reivindicar um determinado estado ou contestar o que se apresenta por não ser real; ou então visam à modificação do estado, isto é, diferentemente das primeiras, propõem-se as desta segunda categoria a constituir uma modificação do estado existente, de modo que o julgamento nelas proferido tem caráter constitutivo, como ocorre na ação de desquite (hoje separação judicial).³²⁴

Ressalta Willis Santiago Guerra Filho que tais ações têm como objeto “oferecer a definição jurídica do *status* das partes envolvidas, dirimindo qualquer controvérsia que porventura haja entre elas a respeito de tal *status* jurídico”.³²⁵

Não obstante o *status* possa ser analisado sob três aspectos (político, individual e familiar), é voz corrente na doutrina que, atualmente, as ações de estado estão mais relacionadas ao estado familiar.³²⁶ Ponderam Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni:

³²¹ Cf. M. M. Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, v. 1, p. 316.

³²² *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 79.

³²³ Cf. Planiol, apud Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 66.

³²⁴ *Curso de direito civil*, v. 1, p. 318.

³²⁵ *Do litisconsórcio necessário nas ações de estado*, p. 120.

³²⁶ Cf. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 125.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde, tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado; así, el hijo no reconocido sostiene en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que, mediante la sentencia, se lo emplace en ese estado.³²⁷

Quanto às características das ações de estado, que seguem os caracteres do próprio *status*, tem-se que são: a) personalísimas; b) inalienáveis; c) imprescritíveis; d) requerem a intervenção do Ministério Público³²⁸ e, especificamente no direito brasileiro, e) devem tramitar pelo procedimento ordinário (art. 275, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Tais particularidades apenas refletem a preponderância do interesse público nestas ações. Isso porque, sendo o próprio *status* indisponível, as ações que sobre ele versam devem receber o tratamento processual necessário para o resguardo dessa indisponibilidade, o que revela, indubitavelmente, uma forma diversa de atuação do Estado na prestação da tutela jurisdicional.

Firme nessas razões, lembra Willis Santiago Guerra Filho que o princípio basilar orientador da atividade processual nas ações de estado é o princípio inquisitório ou inquisitivo, oposto ao princípio dispositivo, que normalmente rege o processo civil.³²⁹⁻³³⁰

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, pelo princípio inquisitivo,³³¹ “o juiz pode (e, a bem da verdade, deve) agir de ofício, isto é, independentemente da provocação das partes ou, até mesmo, contra a vontade delas”.³³²

³²⁷ Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni, *Manual de derecho de familia*, p. 32.

³²⁸ Cf. Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil*, p. 33; Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 97; Arnaldo Rizzardo, *Parte geral do Código Civil*, p. 96; Marco Aurélio S. Viana, *Curso de direito civil – Parte geral*, p. 60.

³²⁹ *Do litisconsórcio necessário nas ações de estado*, p. 125.

³³⁰ Para Cassio Scarpinella Bueno, em razão do princípio dispositivo, cabe às partes fixar o âmbito da matéria a ser levada para solução a juízo, não sendo lícito ao juiz decidir fora, além ou aquém do pedido. Ressalta o autor, ainda, que a construção do princípio dispositivo parte do pressuposto de que o direito material levado para a solução do Estado-juiz é sempre e em qualquer caso disponível. No entanto, como nem todas as situações conflitantes levadas ao Judiciário se resumem a direitos disponíveis, quando houver indisponibilidade do direito material, aplicar-se-á o princípio inquisitorial, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 481-482.

³³¹ A denominação utilizada pelo autor é princípio inquisitorial, conforme seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 482.

³³² *Idem*, *ibidem*.

William Santos Ferreira acentua que “com a evolução do processo, o princípio dispositivo deixou de envolver o momento da prova e passou a incidir especificamente no poder das partes de estabelecerem as ‘cercas do litígio’ (ação e exceção)”.³³³

No que toca à personalidade, a ação de estado é personalíssima. Guillermo Borda explica que se trata de ações inerentes à pessoa e, por tal razão, não podem ser negociadas ou cedidas a terceiros, nem exercidas “por los acreedores por subrogación”, tampouco podem ser transmitidas por sucessão. Excepcionalmente, entretanto, podem ser exercidas pelos herdeiros, em manifesta exceção a essa regra. Pondera o autor:

La ley reconoce esta acción a los *herederos*; éstos pueden ejercerla únicamente en el caso de muerte del titular originario y siempre que él no hubiera perdido el derecho de hacerlo o no fuera vencido en el juicio. Todo ello demuestra que se trata de una auténtica transmisión *mortis causa* y que los herederos proceden como sucesores y no a título propio.³³⁴

As ações de estado não possuem, em regra, conteúdo patrimonial.³³⁵ No entanto, o estado gera efeitos patrimoniais, como o direito de alimentos ou de herança, que se verificam uma vez estabelecido o estado de cônjuge ou filho. Por isso, é comum que o pedido de reconhecimento do estado (ou de sua alteração) venha cumulado com outro pedido de conteúdo patrimonial, como ocorre na ação de investigação de paternidade cumulado com pedido de alimentos ou com petição de herança. Tem-se que os direitos referentes ao próprio estado são inalienáveis e, assim, não podem ser cedidos no curso da ação ou objeto de transação; mas os efeitos patrimoniais do estado podem ser objeto de renúncia ou transação.³³⁶

Embora se reconheça, como regra geral, que os direitos da personalidade são perpétuos e, sendo o estado um de seus atributos, também não poderia ser extinto pelo não uso (prescrição e decadência), a imprescritibilidade das ações de estado³³⁷ não é matéria pacífica na doutrina.

³³³ *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 186.

³³⁴ *Tratado de derecho civil*, p. 35. No direito brasileiro, de acordo com o disposto no art. 11 do Código Civil, “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”. Excepcionalmente, tratando-se de violação a direitos da personalidade de morto, assegura-se ao cônjuge sobrevivente ou a qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau o direito de promover a medida judicial (art. 12, parágrafo único, do Código Civil).

³³⁵ Isso decorre do fato de o próprio estado ser destituído de valor econômico.

³³⁶ Nelson Nery Junior, tratando dos direitos da personalidade, afirma que tais direitos são intransmissíveis em sua essência, mas são transmissíveis os efeitos patrimoniais da personalidade, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, p. 158.

³³⁷ Referindo-se ao disposto no Código Civil italiano, Pietro Perlingieri faz importante distinção quanto à prescrição nas ações de estado. De acordo com o autor, “as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra, são imprescritíveis quando a pessoa age para afirmar a veracidade do próprio status (arts. 248, § 2, 249, § 2, 270, § 1, Cód. Civ.; não assim o art. 244, §§ 2 e 3, Cód.

Muito se discutiu, sob a égide do diploma civil anterior, quanto à fluência ou não de prazo prescricional, especialmente, nas ações de investigação de paternidade. Grande parte da doutrina já considerava tratar-se de ação não sujeita a qualquer prazo prescricional. Caio Mário da Silva Pereira sintetiza as posições doutrinárias da época:

Anteriormente, fazia-se muita confusão a propósito da ‘prescrição da ação investigatória’. [...]

Pela prescrição, opinavam Clóvis Beviláqua, Astolfo Resende, Carlos Maximiliano, Filadelfo Azevedo, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Lino de Moraes Leme, Vieira Ferreira, Paulo Brossard de Sousa Pinto.

Pela imprescritibilidade argumentavam Estevam de Almeida, Pontes de Miranda, Mendes Pimentel, Alfredo Bernardes, Batista Melo, Câmara Leal, Carvalho Santos, Sílvio Portugal, Luís Frederico Carpenter, Orlando Gomes, Nelson Carneiro. [...]

É inequívoco e indiscutido que uma das características do estado das pessoas é sua imprescritibilidade. [...]

Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo o filho, qualquer filho, tem o direito de vindicar *in iudicio* o *status* que lhe compete. [...] Imprescritível será, pois, a ação investigatória, como ação de estado que é, tenha ela em vista a proclamação relativa ao filho fora da relação de casamento, ou não.³³⁸

Alcides de Mendonça Lima, integrante da corrente favorável à prescrição da ação investigatória, entende que a imprescritibilidade não é da essência das ações de estado e critica veementemente a doutrina que acolhe a tese de inexistência de prazo para sua propositura:

O argumento central em prol da imprescritibilidade da ação investigatória é de que a mesma visa ao reconhecimento de um estado pessoal do autor, que, por sua natureza, é imprescritível, pois ninguém pode deixar de ser filho do verdadeiro pai, ou mãe, ao menos por motivos de ordem biológica.

Não se trata, porém, de negar esta evidência. Trata-se de situar a espécie dentro de nosso direito positivo [...] Os corifeus da imprescritibilidade realizam trabalho de criação legislativa, *lege ferenda*, oferecendo subsídios para que, de modo categórico, se exclua, também, aquela ação do alcance do art. 177 do

Civ.) e são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”, *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*, p. 138.

³³⁸ *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 129-130. Também era esse o entendimento de Pinto Ferreira na vigência do Código Civil anterior, *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*, p. 49.

Cód. Civil, como ação pessoal de estado, sem a prescrição, porém, de qualquer termo fixo. Mesmo assim, é discutível se deve conceder-se tal privilégio, pelas razões em que se assenta o instituto da prescrição, como vimos no exórdio deste estudo. É difícil de compreender qual o interesse honesto que o investigando possa ter em demorar a propositura da ação, deixando que o tempo apague ou arrefeça as provas a serem produzidas. É, também, difícil compreender como poderá, durante longo tempo, ignorar sua situação, em face das condições modernas da vida social. A qualquer das hipóteses, falta uma resposta lógica que satisfaça, de modo a aconselhar que a ação não sofra qualquer limite prescricional.³³⁹

Sendo a ação de investigação de paternidade ação declaratória, que, em regra, é imprescritível, também por essa razão se justifica o posicionamento contrário à fluência de prazo prescricional.³⁴⁰

De qualquer forma, a imprescritibilidade da investigação do estado de filiação foi introduzida no nosso ordenamento pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. E agora está expressamente prevista no Código Civil que, em seu art. 1.606, dispõe que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros se morrer menor ou incapaz.

Por ser imprescritível, enquanto vivo assiste ao filho o direito de reclamar o reconhecimento de seu *status familiae*. Da mesma forma, pelo Código Civil vigente, é imprescritível a ação negatória de paternidade (art. 1.601).³⁴¹

A mudança da disposição normativa quanto à prescrição da ação negatória de paternidade fez surgir, na doutrina, severas críticas pela manifesta possibilidade de, a qualquer tempo, o pai poder se insurgir contra uma situação familiar que já se encontra estabelecida.

³³⁹ A prescritibilidade da ação investigatória de filiação natural, *Revista Forense* 152, p. 482.

³⁴⁰ João Batista Lopes, *Ação declaratória*, p. 113. Ressalta Agnelo Amorim Filho a inadequação da expressão, que, gramaticalmente, significa a não submissão à prescrição, propondo a sua substituição por “ações perpétuas”, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, *RT* 744/742.

³⁴¹ Pelo Código Civil de 1916, havia a previsão de prescrição para as ações de contestação de paternidade, consoante o disposto nos §§ 3.º e 4.º, I, do art. 178: “Prescreve: [...] § 3.º Em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 338 e 344). § 4.º Em três meses: I – A mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo”.

É fato que a jurisprudência, sob a égide do diploma revogado, já abrandava o rigor do prazo prescricional contido no art. 178, §§ 3.º e 4.º, do Código Civil, a fim de que o prazo para o ajuizamento da ação negatória tivesse início quando do conhecimento, pelo marido, de que o filho não era seu.³⁴² E, nos julgados mais recentes, proferidos pouco antes da entrada em vigor do Código Civil vigente, a imprescritibilidade da ação que objetiva contestar a paternidade já vinha sendo admitida.³⁴³

A peça de teatro, em forma de monólogo, escrita por João Baptista Villela em crítica ao disposto no art. 1.601 do Código Civil retrata, com esmero, a desagregação de uma família por conta de ação negatória proposta pelo marido para impugnar a paternidade de um filho, havido

³⁴² Conforme notícia Antonio Carlos Mathias Coltro, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 14, p. 330. É o que se pode verificar dos precedentes do STJ: “Paternidade. Contestação. As normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, art. 178, § 3.º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa”. STJ, 3.ª Turma, REsp 194.866/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, não conheceram, v.u., j. 20.04.1999, DJ de 14.06.1999, p. 188 (grifos nossos). E, com a mesma posição: STJ, 4.ª Turma, REsp 157.879/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento, v.u., j. 15.06.1999, DJ de 16.08.1999, p. 73.

³⁴³ Nesse sentido: “Civil – Ação negatória de paternidade – Prazo para propositura. Modernamente, não mais se impõe prazo para a investigação do estado de filiação. Assim, o marido pode propor a ação negatória de paternidade mesmo já ultrapassado o prazo estabelecido pelo § 3.º do art. 178 do Código Civil. Precedentes do STJ. Com ressalvas quanto à terminologia, recurso a que se nega conhecimento”. STJ, 3.ª Turma, REsp 155.681-PR, rel. Min. Castro Filho, não conheceram, v.u., j. 10.09.2002, DJ de 04.11.2002, p. 195; “Ação negatória da paternidade. Decadência. O tempo não determina a extinção do direito de o marido propor a ação negatória da paternidade. Precedente (4.ª Turma, REsp 146.548/GO, rel. Min. Cesar Asfor Rocha). Recurso conhecido e provido”. STJ, 4.ª Turma, REsp 278.845-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, deram provimento, por maioria, j. 20.02.2001, DJ 28.05.2001, p. 202; “Civil. Investigação da paternidade. Decadência superada. Interpretação atual do § 3.º do art. 178 do Código Civil. ‘Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação’ (Min. Eduardo Ribeiro, REsp 194.866/RS). Pelas especiais peculiaridades da espécie, admite-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo previsto no § 3.º do art. 178 do Código Civil. O aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor. ‘As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito’ (Nelson Sampaio). Interpretação atual do § 3.º do art. 178 do Código Civil. Recurso conhecido e provido”. STJ, 4.ª Turma, REsp 146.548/GO, rel. Min. Barros Monteiro, deram provimento, por maioria, j. 29.08.2000, DJ de 05.03.2001, p. 167. “Negatória de paternidade – Imprescritibilidade – Sentença de indeferimento da inicial, fundada no § 3.º do art. 178 do Código Civil, desconstituída para que a demanda tenha regular seqüência – Apelação provida – A orientação – que se impõe, ante o atual estado da ciência e da técnica médicas, permitindo conclusão de, praticamente, certeza absoluta sobre a paternidade biológica – é a da perda de eficácia dos §§ 3.º e 4.º do art. 178 do Código Civil, não mais se configurando o óbice da prescrição (ou decadência) ao pedido de tutela jurisdicional direcionado à verdade da filiação”. TJSP, 5.ª Câmara de Direito Privado, ApCív 064.598-4/0-00-Barueri-SP, rel. Des. Marcus Andrade, j. 14.05.1998; v.u.; *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 2.073/150-152.

na constância do casamento, fruto de relacionamento extraconjugal da mulher. Na narrativa, como em muitos casos que usualmente se verificam na vida real, o marido, mesmo ciente de que o filho não era seu biologicamente, o registrou como seu e, muitos anos depois, decidiu impugnar a filiação não biológica.³⁴⁴

A preocupação doutrinária com a previsão de imprescritibilidade da ação negatória diz respeito à manutenção, durante longo tempo, do estado de pai e filho com a criação de laços e vínculos familiares que, a qualquer momento, podem ser desfeitos pela iniciativa do marido da mãe, em total desprestígio à paternidade socioafetiva.³⁴⁵⁻³⁴⁶

Com relação à ação de impugnação ao reconhecimento voluntário da paternidade, proposta pelo filho que não manifestou seu consentimento com o reconhecimento,³⁴⁷ nos termos do art. 1.614 do Código Civil, tanto o Código revogado (art. 362), como o vigente estabelecem o prazo de quatro anos para a sua propositura, que são contados a partir da maioridade ou emancipação do filho.

Em que pese também se tratar de ação de estado, nesse caso, o diploma civil em vigor dispensou a tal ação tratamento diverso do escolhido para a investigatória e para a negatória, que não sofrem os efeitos do tempo em razão da imprescritibilidade.

As razões desta distinção são bem observadas pelo Ministro Gueiros Leite no julgamento do Recurso Especial 1.380-RJ, que merecem ser transcritas:

Recurso especial. Ação impugnativa do reconhecimento filial. Prescritibilidade. A ação do reconhecido para impugnar o reconhecimento filial é prescritível, *ex vi* do disposto nos arts. 178, parag. 9.º, inciso VI, e 362, do Código Civil, exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas. Recurso não conhecido.

³⁴⁴ Art. 1.601, disponível em: <www.ibdfam.org.br>, acesso em: 22 ago. 2008.

³⁴⁵ Cf. Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 45; Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 132.

³⁴⁶ Há, inclusive, proposta de alteração legislativa do art. 1.601 do CC, que foi aprovada na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob os auspícios do STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior: Enunciado 130: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. § 1.º Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho. § 2.º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

³⁴⁷ Observa J. M. de Carvalho Santos que “a impugnação pode versar sobre a incapacidade do reconhecente, a inobservância das formalidades essenciais ao ato do reconhecimento, e a inveracidade da afirmação de paternidade ou maternidade”. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 473.

[...]

A partir daí questiona-se se é de estado da pessoa a ação de nulidade de registro e negatória de paternidade. O acórdão afirma que sim. E, por isso, o recorrente contesta a sua prescritibilidade ou decadência, citando Câmara Leal: o estado das pessoas, sendo uma situação permanente, não pode sofrer modificação por ato ou omissão de terceiros e, por isso, as ações que o protegem têm por fim, apenas, o seu reconhecimento para segurança dos seus efeitos, donde, em regra, a sua imprescritibilidade (fls. 153). Ora, exatamente porque *o estado das pessoas constitui-se em situações permanentes, impõe-se a sua preservação, de modo que nem todas as situações assim conceituadas devem seguir a regra da imprescritibilidade*. Daí a exceção contida nos arts. 178, § 9.º, VI, e 362, do Código Civil, do que não é recomendável discordar. Por isso PONTES DE MIRANDA preleciona que “a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento é ação que preclui (o prazo é preclusivo, e não prescricional).”; (Cf. *Tratado de direito privado*, tomos VI, § 669, 4, e IX, § 972,3 – *apud Tratado das ações*, t. II, RT, 1971, p. 81, *in fine*). PONTES faz distinções relevantes. Assim, a ação declarativa típica é imprescritível: a de filiação, mas sempre que pode ser exercida sem embutimento. Na hipótese destes autos, quando se alega ser nulo o ato de reconhecimento, ou o registro de legitimidade da filiação, a ação é constitutiva negativa (cf. PONTES, obr. e lugar cit., p. 295). [...]”³⁴⁸ grifos nossos

³⁴⁸ STJ, 3.ª Turma, REsp 1.380/RJ, rel. Min. Gueiros Leite, não conheceram, v.u., j. 06.03.1990, DJ04.06.1990, p. 5.057. No mesmo sentido: “Filiação. Legitimação. Ação de investigação de paternidade. Decadência da ação de impugnação. No regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei 8.069/90, o filho que não impugnasse, no prazo de quatro anos, o reconhecimento da paternidade, – legitimado que fora quando do casamento de sua mãe, – não poderia promover ação de investigação de paternidade contra outrem. Precedentes do STJ. Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido. Voto vencido”. STJ, 4.ª Turma, REsp 83.685-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, negaram provimento, por maioria, j. 18.12.1996, DJ 22.04.1997, p. 14.429; “Ação de impugnação de reconhecimento de filho natural. Prescritibilidade. Demanda proposta e julgada no regime da constituição pretérita. Código Civil, art. 178, § 9.º, VI. A norma do art. 178, § 9.º, VI, do Código Civil implicou exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações relativas ao estado das pessoas”. STJ, 4.ª Turma, REsp 19.244, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, negaram provimento, v.u., j. 03.03.1996, DJ 29.03.1993, p. 5.259; “Civil e processo civil. Ação de investigação de paternidade cumulada com retificação de registro civil. Decadência. Arts. 178, 9.º, VI e 362, CC. Exceção ao princípio da imprescritibilidade das ações de declaração de estado. Precedentes da Corte (REsp 1.380-RJ e 19.244-PR). Recurso provido. I – O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado dentro dos quatro anos que se seguirem a sua maioridade ou emancipação. II – Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial cujo transcurso *in albis* – sem manifestação de insurgência de qualquer espécie – conduz a inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido. III – A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido”. STJ, REsp 38.856/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, v.u., j. 21.06.1994, DJ 15.08.1994, p. 20.339.

Encontram-se, no entanto, sujeitos à prescrição os direitos patrimoniais advindos do reconhecimento, da criação, alteração ou extinção do estado.³⁴⁹

Por fim, como decorrência da incidência do princípio inquisitório e não dispositivo nas ações de estado, Willis Santiago Guerra Filho ressalta que a atividade jurisdicional tende ao estabelecimento da verdade material (real) e disso resulta aumento de poderes e participação ativa do órgão jurisdicional na investigação dos fatos e na colheita das provas, não se limitando a declarar a verdade formal.³⁵⁰

Essa é a orientação jurisprudencial prevalecente, primordialmente, nas ações relativas ao estabelecimento ou à impugnação da filiação:

Direitos civil e processual civil. Investigação de paternidade. Prova genética. DNA. Requerimento feito a destempo. Validade. Natureza da demanda. Ação de estado. Busca da verdade real. Preclusão. Instrução probatória. Inocorrência para o juiz. Processo civil contemporâneo. Cerceamento de defesa. Art. 130, CPC. Caracterização. Produção antecipada de provas. Colheita de material do morto antes do sepultamento. Possibilidade. Recurso provido. I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3.º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. III – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV – Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz.³⁵¹

³⁴⁹ Súmula 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

³⁵⁰ *Do litisconsórcio necessário nas ações de estado*, p. 126.

³⁵¹ STJ, 4.ª Turma, REsp 140.665-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, v.u., j. 17.09.1998, *DJ* 03.11.1998, p. 147. No mesmo sentido: STJ, 4.ª Turma, REsp 192.681-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, por maioria, j. 02.03.2000, *DJ* 24.03.2003, p.

William Santos Ferreira explica que “o princípio inquisitivo, fundante da atividade jurisdicional, passou a incidir no que se refere à busca e aquisição das provas (esclarecimentos dos fatos) como uma técnica processual (instrutória) voltada a um melhor julgamento”.³⁵²

Embora seja manifesta a distinção da atividade judicial quando a causa verse sobre direito indisponível,³⁵³ por força da participação mais ativa do juiz na condução do processo, grande parte da doutrina já entende que a atividade probatória sempre deve estar pautada pelo princípio inquisitorial. Tal compreensão é, de forma clara, sintetizada por Cassio Scarpinella Bueno:

Não há como admitir, partindo do pressuposto de que há sempre, em qualquer caso, interesse público subjacente à prestação da tutela jurisdicional – porque o processo é sempre forma de atuação do Estado-juiz mesmo quando o direito material controvertido nele veiculado for disponível desde o plano do direito material –, que o magistrado fique vinculado ou restrito à iniciativa probatória das partes ou, mais amplamente, de quaisquer outros sujeitos do processo.

[...] a melhor interpretação para o art. 131 é a de que o juiz tem a iniciativa probatória e que isto não significa, de modo nenhum, qualquer comprometimento de sua sempre indispensável imparcialidade. Prevalece, nestes casos, portanto, o princípio “inquisitorial”.³⁵⁴

Humberto Theodoro Júnior explica que o moderno processo civil procura conciliar os princípios dispositivo e inquisitivo, mas que em razão da necessidade de se permitir o *acesso à ordem jurídica justa*, se manifestou a necessidade de reforço dos poderes do juiz na

22; STJ, 4.^a Turma, REsp 222.445-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, v.u., j. 07.03.2002, *DJ* 29.04.2002, p. 246; STJ, 3.^a Turma, REsp 348.007/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgaram extinto o processo e prejudicado o recurso especial, v.u., j. 19.05.2005, *DJ* 01.08.2005, p. 437; STJ, 3.^a Turma, REsp 208.582/PR, rel. Min. Castro Filho, deram provimento ao recurso, v.u., j. 03.05.2005, *DJ* 23.05.2005, p. 265; STJ, 4.^a Turma, REsp 241.886/GO, rel. Min. Jorge Scartezini, deram provimento ao recurso, v.u., j. 17.08.2004, *DJ* 27.09.2004, p. 360; STJ, 4.^a Turma, REsp 218.302/PR, rel. Min. Barros Monteiro, deram provimento ao recurso, v.u., j. 02.12.2003, *DJ* 29.03.2004, p. 244.

³⁵² *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 186.

³⁵³ William Santos Ferreira esclarece que há mitigação do princípio dispositivo nas matérias relativas a direito indisponível, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 197.

³⁵⁴ *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 483. Também é essa a posição de William Santos Ferreira: “o Estado participando ativamente da relação jurídica processual tem o dever-poder da solução do que lhe foi submetido a julgamento, precisando contar com instrumentos viabilizadores desta participação-julgamento. Em razão disto, um juiz *ativo* na instrução probatória não é um juiz parcial, porque seu móvel é o esclarecimento dos fatos voltados a garantir-lhe a convicção para julgamento fundamentado. Imparcialidade não significa distanciamento; a imediatidade, princípio já tratado neste trabalho, indica exatamente o contrário, é técnica voltada ao esclarecimento dos fatos através de instrução probatória dirigida *diretamente* por um juiz *ativo* e não um juiz de pedra”. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 202-203

condução do processo de modo a permitir a busca da verdade real quanto aos fatos em que se funda o litígio.³⁵⁵

3.1 Natureza jurídica das ações de estado

As sentenças proferidas em ações de estado podem, simplesmente, declarar a existência de uma relação jurídica, tal como ocorre na ação de investigação de paternidade³⁵⁶ e de maternidade, em que se revela um estado de filiação que sempre existiu mas que, antes da sentença, não havia sido expressamente reconhecido.

Ou então, podem as decisões promover a criação de um estado, alterar ou extinguir o estado já existente. É o que ocorre, por exemplo, nas sentenças de adoção (criação do estado de filiação), de interdição³⁵⁷ e de separação³⁵⁸ (alteração do estado) ou de divórcio (extinção do estado de cônjuge pela dissolução do vínculo matrimonial).

³⁵⁵ Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 3, p. 7.

³⁵⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 67; Lourenço Mário Prunes, *Investigação de paternidade*, p. 20; Luis Pinto Ferreira, *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*, p. 42; William Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 82. Mário de Aguiar Moura entende que a sentença na ação investigatória “a par do aspecto declaratório, não deixa de ser também constitutiva [...] a natureza declaratória consiste na retroatividade de seus efeitos, pois recobre a condição de filho desde o nascimento e, ainda, com os efeitos restritos até a concepção. Todavia, seu caráter também constitutivo consiste em que opera uma mudança, uma modificação na condição jurídica do filho”. *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 264.

³⁵⁷ “INTERDIÇÃO – Anulação de atos anteriores à decisão – Inadmissibilidade – Sentença constitutiva de efeito *ex nunc* – Atos atacados que, ademais, não são nulos, mas anuláveis – Recurso Improvido. A sentença de interdição produz efeitos a partir de sua publicação, de forma que os atos praticados pelo interdito anteriormente a ela são apenas anuláveis, tudo dependendo da insanidade e do proveito possivelmente tirado pela parte contrária. Necessária, portanto, a propositura de outra ação para anulação dos referidos atos, na qual, pelo princípio do contraditório, participarão os interessados. (Ap 71.550-1 (segredo de justiça) – 6.^a C. – j. 8.5.86 – rel. Des. Roque Komatsu)”, *RT* 611/58; “INTERDIÇÃO – Sentença – Pretendida retroação dos efeitos da decisão, para alcançar atos ou negócios jurídicos de que participou a pessoa interditada – Inadmissibilidade – Decisório com natureza constitutiva que cria uma situação nova, sujeitando-se ao regime jurídico da curatela. *Ementa de Redação*: A sentença que decreta a interdição não é declaratória, mas constitutiva, criando, com base na confirmada incapacidade do interditando, uma situação nova, sujeita ao regime jurídico da curatela. A força vinculativa de tal decisão é prospectiva, tornando ineficazes todos os atos que porventura vierem a ser praticados pelo interdito; jamais poderá ser retroativa, de molde a alcançar atos anteriores à decretação da interdição, cuja situação de incapacidade, causa de invalidade dos atos e negócios jurídicos de que participou a pessoa que depois foi interditada, exige comprovação satisfatória em cada processo. (Ap 185.349-4/8 – Segredo de Justiça – 2.^a Câm. – j. 20.11.2001 – rel. J. Roberto Bedran)”. *RT* 797/240.

³⁵⁸ “SEPARAÇÃO CONSENSUAL – Homologação – Sentença que produz efeito de coisa julgada relativamente à partilha dos bens, tem natureza constitutiva e produz efeito *ex tunc* no que tange às relações patrimoniais entre os cônjuges, retroagindo à data da ratificação do acordo. *Ementa oficial*: A sentença que homologa a separação judicial consensual produz efeito de coisa julgada relativamente à partilha de bens, tem natureza constitutiva e produz efeito *ex tunc* no que tange às relações patrimoniais entre os cônjuges, retroagindo à data da ratificação do acordo. Não é possível, após a ratificação do acordo, a retratação unilateral. Da data da ratificação se desfazem os devedores de ordem pessoal dos cônjuges como o regime matrimonial de bens,

Assim, não há como se estabelecer, em regra, uma mesma natureza jurídica para todas as ações de estado, justamente porque em cada qual há um tipo de tutela jurisdicional pleiteada.

Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni explicam serem constitutivas as sentenças cujo exercício é o pressuposto para a constituição, modificação ou extinção de um estado determinado, e declarativas aquelas em que se declara a existência ou inexistência dos pressupostos que são o fundamento do vínculo jurídico familiar.³⁵⁹

Acentua Caio Mário da Silva Pereira que nas ações de estado constitutivas é o pronunciamento judicial que cria ou constitui o estado, “originando-se do julgado a condição individual das partes”, enquanto nas declaratórias, o que se objetiva é o reconhecimento de uma situação jurídica preexistente, mas que necessita de uma “palavra jurisdicional” para produzir efeitos.³⁶⁰

Prossegue o jurista esclarecendo que as ações de estado podem ser positivas ou negativas. Positivas “quando o autor postula o estabelecimento ou afirmação de um estado a que tem direito, mas que não lhe é reconhecido” e, negativas ao objetivar o desfazimento de um estado a que a pessoa não tem direito, mas que lhe é imputado.³⁶¹

Apesar de, quanto ao estado, serem as ações declaratórias ou constitutivas, conforme o caso, tais ações também poderão ter eficácia condenatória. Isso não ocorrerá em razão do *status* – despidido de conteúdo econômico – mas por força dos pedidos que podem ser cumulados ao de reconhecimento, criação, modificação ou extinção do estado. É o que ocorre, a título ilustrativo, nas ações investigatórias cumuladas com o pedido alimentar ou de herança ou nas ações negatórias de paternidade cumuladas com pedido de exoneração de alimentos.

A natureza jurídica de cada uma das ações de filiação abordadas neste trabalho será tratada, especialmente, quando do estudo específico de cada ação.

não necessitando aguardar-se a homologação posterior, para a aquisição de bens individuais. (AP. 16.552-6 (segredo de justiça) – 2.^a C. – J. 15.4.92 – rel. Des. Negi Calixto)”. *RT* 700/136.

³⁵⁹ *Manual de derecho de familia*, p. 32. Também Caio Mário da Silva Pereira entende que as ações de estado podem ser declaratórias ou constitutivas. *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 268.

³⁶⁰ *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 268. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho as ações de estado são constitutivas, positivas ou negativas, *Novo curso de direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 127. Da mesma forma se posiciona Silvio de Salvo Venosa para quem as ações de estado têm por finalidade criar, modificar ou extinguir um estado, conferindo um novo à pessoa, *Direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 195-196.

³⁶¹ *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 268.

3.2 Da necessária intervenção do Ministério Público

Mostra-se imperiosa a participação do Ministério Público, na condição de fiscal da lei (*custos legis*), nos termos do art. 82, II, do Código de Processo Civil, em todas as causas em que se discuta o estado das pessoas. José Frederico Marques justifica a necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de estado:

a existência de direitos indisponíveis, ou interesses de ordem pública, é que levou a lei processual a impor a participação do fiscal da lei, para que, com atuação impessoal, mas dinâmica, ponha em destaque aquilo que realmente vai ao encontro do interesse público, ativando o processo, suprimindo a inércia das partes, ou impedindo os efeitos de avenças ocultas em fraude à lei.³⁶²

A atuação do Ministério Público, nestes casos, se dá de forma imparcial, ou seja, sem que esteja vinculado aos interesses de qualquer das partes envolvidas no litígio. Nesse sentido:

Civil e processual. Ação de investigação de paternidade. Revelia do pai investigado. Julgamento antecipado da lide. Recurso do Ministério Público. Custos legis. Apelação não recebida. Agravo de instrumento improvido. Legitimidade e interesse recursal. CPC, arts. 3.º, 320, II, e 499, § 2.º. Exegese.

I. A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de custos legis (CPC, art. 499, § 2.º), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte autora.

II. Destarte, decretada em 1.º grau a revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público.

³⁶² *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 289. Ressalta Cândido Rangel Dinamarco: “É sempre uma razão de interesse público que legitima a Instituição do Ministério Público a participar de um processo. Isso é evidente já no processo crime, pois a tipificação de uma conduta pela lei penal já significa que ela é apta a ferir valores que transcendem a esfera jurídica individual para interessar à própria sociedade. No processo civil, ora é a especial natureza da relação jurídica material posta em juízo que expressa tais valores transcendentais (família, registros públicos etc.), ora é uma peculiar condição das pessoas que no processo figuram como parte (incapaz, ausente). Numa hipótese como em outra, estamos diante do interesse público pela estabilidade desses valores ou pelo equilíbrio entre as partes (princípio do contraditório), sendo então encargo do Ministério Público velar por eles”. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 322.

III. Recurso especial conhecido e provido, para determinar o processamento da apelação do *Parquet*.³⁶³

Sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, como determina o art. 82 do Código de Processo Civil, a sua falta levará à nulidade do processo, nos termos dos arts. 84 e 246 do mesmo *codex*. Trata-se de nulidade absoluta.³⁶⁴

Mas, como ensina Arruda Alvim, “não se deve decretar a nulidade do feito se a causa for decidida em favor daquele a quem a intervenção provavelmente teria beneficiado”.³⁶⁵

Isso porque, a teoria das nulidades não é vislumbrada como um fim em si mesma, devendo ser vista como instrumento a serviço de um fim, já que as exigências formais do processo são, na verdade, técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes. Tem-se, assim, que o que mais importa é o escopo atingido que a forma observada.³⁶⁶

Do princípio da instrumentalidade das formas decorre a irrelevância dos vícios do ato processual, mesmo em caso de nulidade absoluta, se o ato atingir o fim a que se achava destinado no processo.³⁶⁷ Firme nessa orientação, J. J. Calmon de Passos leciona:

se o ato processual é atípico, isto é, defeituoso, ou seja, imperfeito quanto à sua conformidade com o modelo posto na lei, cumpre verificar-se o resultado obtido com sua prática. Se esse resultado se identifica com o resultado que seria logrado com o ato típico, diz-se que a atipicidade é irrelevante. Se diversamente ocorre, ou seja, se o resultado obtido não foi o que se objetivava alcançar com o ato típico, há uma atipicidade relevante. Esta relevância, entretanto, é posta não com vistas exclusivamente ao fim particular do ato, um

³⁶³ STJ, 4.ª Turma, REsp 533.769/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, recurso não conhecido, v.u., j. 16.12.2003, *DJ* 02.08.2004, p. 401.

³⁶⁴ A *nulidade absoluta* se verifica quando o ato processual ofende norma que tutele interesse público, caso em que o vício será insanável, deve ser examinada de ofício pelo juiz, ou invocada pelas partes a qualquer tempo, não gerando preclusão. *Nulidade relativa* ocorre quando a norma violada preserva o interesse das partes, caso em que o vício será sanável, cabendo às partes suscitá-la, sob pena de preclusão. As nulidades consistem em vícios de forma e de fundo. Os vícios de forma são nulidades relativas, salvo se a lei dispuser expressamente que se tratam de nulidade absoluta. Já os vícios de fundo são nulidades absolutas, posto que referentes, primordialmente, aos pressupostos processuais e às condições da ação. Em breve síntese, essa é a classificação apresentada por Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, passim.

³⁶⁵ *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 504.

³⁶⁶ No mesmo sentido é a observação de Sálvio de Figueiredo Teixeira: “não se deve prestigiar a idolatria da forma, que é pernicioso, recordando-se sempre que o processo não é mais que um instrumento, que as formas não são um fim em si mesmas e que todas elas estão postas a serviço de um ideal, a justiça”. *Prazos e nulidades em processo civil*, p. 43.

³⁶⁷ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 600.

na série de atos do procedimento, sim com referência aos já mencionados fins de justiça do processo, ou seja, seu fim de pacificação e seu fim de efetivação do direito material.³⁶⁸

Além da instrumentalidade das formas, outro princípio que se aplica às nulidades é o do prejuízo, previsto no § 1.º do art. 249 do CPC, segundo o qual não há que se falar em nulidade e refazimento do ato sem que tenha havido prejuízo à parte. Esse princípio se aplica tanto às nulidades relativas como às nulidades absolutas.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior,

a ausência de prejuízo faz sempre produzir a convalidação do ato processual. No caso de nulidade cominada pela lei, o que ocorre é a presunção de *prejuízo* quando não se observa a *forma* traçada pela lei. Por isso, a parte interessada pode alegá-la, ou o juiz de ofício pode decretá-la, sem cogitar da prova do prejuízo efetivo. Mas se existir prova da *ausência de prejuízo*, porque estiver patenteado nos autos que o ato, não obstante nulo, atingiu sua finalidade, então não caberá a decretação de nulidade.³⁶⁹

Essa tem sido a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Investigação de paternidade. Julgamento antecipado. Ausência de intimação para intervenção do ministério público em primeiro grau. Suprimento em segundo grau. Possibilidade.

A ausência de intimação do *Parquet* para oferecimento de razões finais restou suprida pela intervenção do Ministério Público em segundo grau, não havendo nulidade do julgamento, ante a inexistência de prejuízo às partes.

Recurso especial não conhecido.³⁷⁰

³⁶⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 402-403.

³⁶⁹ As nulidades no Código de Processo Civil, *RePro* 30/51. Em sentido contrário: Egas Dirceu Moniz de Aragão entende que “em se tratando de nulidade absoluta, insanável, o juiz não poderia deixar de decretá-la, porque a parte não sofrera prejuízo. O bem jurídico lesado pela nulidade absoluta não é o da parte, mas o interesse público; logo, não há a menor possibilidade de se reputar sanado o vício – o texto só fala em ‘*não prejudicar a parte*’”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 287-288.

³⁷⁰ STJ, 4.ª Turma, REsp 533.769-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.12.2003, *DJ* 02.08.2004, p. 401. No mesmo sentido, STJ, 4.ª Turma, REsp 257.544/RN, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, não conheceram do recurso, v.u., j. 19.09.2000, *DJ* 16.10.2000, p. 315; STJ, 6.ª Turma, REsp 188.664/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, deram provimento ao recurso, v.u., j. 22.08.2000, *DJ* 11.09.2000, p. 297; e STJ, 2.ª Turma, REsp 175.181/RS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, recurso não conhecido, v.u., j. 05.08.2003, *DJ* 28.10.2003, p. 237; STJ, 3.ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 364.029-RJ, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 11.02.2003, *DJ* 10.03.2003, p. 187.

Desta forma, pode-se concluir que a atuação do Ministério Público é fundamental nas ações de estado e, assim, nas ações relativas à filiação, por expressa determinação legal. No entanto, a ausência de participação do *Parquet* apenas acarretará a nulidade dos atos processuais caso tenha havido prejuízo às partes.

3.3 Do segredo de justiça

O Código de Processo Civil, em seu art. 155, traz insculpida a regra constitucional contida nos arts. 5.º, LX e 93, IX, da Constituição Federal quanto à publicidade dos atos processuais.³⁷¹

Da regra geral da publicidade afastam-se, todavia, as causas em que o exigir o interesse público (inciso I, do art. 155), e as referentes a casamento, filiação, separação, divórcio, alimentos e guarda de menores (inciso II, do art. 155).³⁷²

Tramitando o feito em segredo de justiça, todos os atos processuais são realizados a portas fechadas para impedir o acesso do público (art. 444 do Código de Processo Civil), os autos não podem ser consultados por quem não seja procurador constituído, além de ser vedada a obtenção de certidões e cópias.

Ressalta Egas Dirceu Moniz de Aragão que o segredo imposto pela lei atinge o *conteúdo* do processo, mas não atinge a *publicidade* de sua existência.³⁷³

Além disso, lembra José Raimundo Gomes da Cruz que “a quebra do segredo de justiça não traz nulidade processual, sujeitando-se, aqueles que deram causa à divulgação indevida, a sanções diversas, até de natureza penal, desde que não tomadas cautelas para resguardar o

³⁷¹ O art. 5.º, LX, da Constituição Federal autoriza seja, em alguns casos, excepcionada a regra da publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem.

³⁷² José Raimundo Gomes da Cruz justifica o segredo de justiça nas ações elencadas pelo inciso II do art. 155 do CPC: as hipóteses constantes do inciso II do art. 155 do C. Pr. Civ., também encerram interesse público, sabido que família e casamento se cercam de normas jurídicas especiais, até em nível constitucional (CF, art. 175, mesmo com a EC 9/77). Assim, interesse público, para o fim do segredo de justiça deve entender-se como certas questões de Estado, de natureza estratégica, admitindo-se sua extensão aos particulares, para garantia de direitos, como os referentes a invenções. As hipóteses do inciso II evidenciam a sensibilidade do legislador pelos sentimentos das pessoas que se vêem como partes em anulações de casamento, divórcio, investigação de paternidade e outras ações em que se discutem fatos constrangedores. Através do segredo de justiça, as partes envolvidas e sua família ficam afastadas da curiosidade pública, dos comentários e até do escândalo”. Segredo de Justiça, *Revista Forense*, v. 284, p. 59.

³⁷³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 16.

interesse público ou das pessoas que possam sofrer vexames e até expor-se a escândalo, se identificadas nas certidões ou publicações de peças do processo”.³⁷⁴

Todas as ações relativas à filiação, por se tratar de ações de estado em que o interesse público é manifesto, estão sujeitas a segredo de justiça e, assim, estariam ainda que não houvesse a previsão expressa no inciso II do art. 155 do Código de Processo Civil.

Tem-se verificado, entretanto, que não obstante o processo, em tais casos, esteja protegido pelo sigilo, no mais das vezes isso, de fato, não acontece. Durante a tramitação do feito em primeiro e segundo grau de jurisdição, o que ocorre é a limitação do acesso aos autos, bem como a realização de audiência a portas fechadas. Mas, considerando que a existência da demanda não está cercada pelo sigilo, usualmente tem ocorrido a veiculação de notícias pela imprensa, que acabam gerando flagrante prejuízo aos envolvidos em tais ações.

Isso porque, a imprensa, sedenta por notícias, acaba divulgando a existência das ações, bem como, em alguns casos, a seqüência dos atos processuais que se realizam, tal como a determinação do exame de DNA pelo juízo, e a sua efetiva coleta pelo investigado, sem qualquer respeito à intimidade e privacidade das partes.³⁷⁵

Além disso, não raro, são divulgados o conteúdo de peças processuais e o inteiro teor das decisões e dos acórdãos proferidos, sem nem mesmo serem omitidos os nomes das partes envolvidas.³⁷⁶

Sob o pretexto da liberdade de imprensa, acaba-se por autorizar que as pessoas tenham a sua vida, sua intimidade e sua privacidade divulgadas. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 398-0 está firmado no sentido de que não viola o segredo de justiça a notícia veiculada pela imprensa sobre o julgamento de recurso em ação de investigação de paternidade.

³⁷⁴ Segredo de justiça, *Revista Forense*, v. 284, p. 62.

³⁷⁵ Recentemente, foi noticiada a existência de ação de investigação de paternidade proposta contra o Vice-Presidente da República, José de Alencar, com a comunicação, inclusive, da data e local da coleta do sangue para a realização do exame de DNA. Poderoso – José de Alencar contesta ação de investigação de paternidade, *Revista Consultor Jurídico*, 4 de junho de 2008, disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>, acesso em: 11 ago. 2008.

³⁷⁶ É o que se verifica, por exemplo, da matéria intitulada “Pedido rejeitado – Leia decisão que nega pedido de suposto filho de Salles”, que noticia a ação investigatória proposta contra o dono de grande banco, em *Revista Consultor Jurídico*, 4 de julho de 2002, disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>, acesso em: 11 ago. 2008.

Liberdade de imprensa. Segredo de justiça. Simples notícia de julgamento da causa não lhe transgredir o segredo de justiça. Recurso ordinário atendido.

[...]

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela empresa jornalista S/A O Estado de São Paulo e outros contra o ato do eminente Desembargador Rubens Xavier Teixeira que, como relator da apelação cível 76.349-2 da Comarca de Pitangui, envolvendo ação de investigação de paternidade proposta por Bruno Alves da Silva, representado pela sua mãe Fátima Inês da Silva, tendo como réu o então governador de Minas Gerais, Dr. Newton Cardoso, acolheu o pedido deste para proibir a publicação jornalística do referido caso [...]

É certo que, no caso presente, há o segredo de justiça, obviamente com as suas conseqüências. Mas ocorre que o que se pugna, nesta segurança, não é divulgar atos que se encontram sob o pálio do segredo de justiça; o que se busca é assegurar o direito da comunicação, o direito de prestar a informação via jornal, enfim, a liberdade de imprensa.

É certo, muito certo, que os fatos que ocorram acobertados pelo segredo de justiça não podem, nem devem ser divulgados. Mas este segredo de justiça que a Constituição admite, quando acolhe a publicidade restrita, e que o Código de Processo Civil agasalha no art. 155, diz com as pessoas do processo, que não podem revelar os fatos do processo. [...]³⁷⁷

Em nossa opinião, em quaisquer ações que versem sobre o estado das pessoas, o respeito ao segredo de justiça deveria impor restrições à liberdade de imprensa, de modo que notícias sobre esses casos não pudessem ser veiculadas levando-se em conta a proteção ao direito à privacidade dos envolvidos.

Isso porque se revela manifesto o conflito entre o direito à informação, de um lado, e o direito à intimidade, à privacidade, de outro, impossibilitando o resguardo de ambos. Casos assim impõem a análise dos direitos em jogo, de modo que se faça prevalecer aquele que, na situação específica, se mostre mais importante.

Mesmo porque, muitas dessas ações têm a improcedência como resultado, e as vidas das partes acabam sendo expostas e devassadas sem qualquer fundamento para tanto.

³⁷⁷ STJ, 4.^a Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 398-0-MG, rel. Min. Fontes de Alencar, deram provimento, v.u., j. 16.03.1992, *DJ* 03.08.1992, p. 11.317.

Além disso, com a informatização do processo judicial (Lei 11.419, de 19.12.2006), tem-se que o cuidado com a proteção ao segredo de justiça deve ser redobrado de modo que não se permita que nas ações de estado haja qualquer exposição dos envolvidos.³⁷⁸

3.4 Da sentença e seus efeitos

Quando tratamos da natureza jurídica das ações de estado, esclarecemos que tais ações podem produzir efeitos declaratórios e constitutivos, conforme o caso.

Guillermo Borda³⁷⁹ apresenta as diversas teorias existentes sobre os efeitos das decisões proferidas nestas ações. Esclarece o autor que, para uma das teorias, os efeitos variam conforme a natureza da decisão, se declaratória ou constitutiva.

Sendo constitutiva, a sentença confere à pessoa um estado diferente do que tinha até aquele momento e, assim, tem um valor absoluto sendo oponíveis *erga omnes*. Por outro lado, as sentenças declaratórias, que apenas declaram um estado existente, possuem efeito relativo.

Tratando da sentença prolatada em ação de investigação de paternidade, que para Mário Aguiar Moura tem natureza declaratória e constitutiva, explica o autor que a natureza declaratória tem por efeito prático operar retroativamente até a data da concepção; enquanto a natureza constitutiva gera mudança no mundo jurídico pelo ingresso nele de uma situação que era, apenas, fática. Com isso, “o filho biológico recobre-se com as vestes de filho jurídico. Ganha o *status filli*”.³⁸⁰

Por poderem ter natureza declaratória ou constitutiva, as sentenças proferidas nas ações de estado produzirão efeitos retroativos até a data da concepção ou do nascimento (*ex tunc*) ou efeitos a partir da decisão (*ex nunc*).³⁸¹

³⁷⁸ Pertinente a observação de William Santos Ferreira quanto à manifesta necessidade de respeito ao segredo de justiça: “A adoção de novas tecnologias não poderá descuidar do sigilo quando o processo tramitar em segredo de justiça, devendo ser estabelecido meios de impedir o acesso, o que foi expressamente determinado pelo § 6.º, *in fine* do art. 11 da Lei 11.419. Provavelmente, a inacessibilidade dos autos eletrônicos acobertados pelo sigilo será mais eficiente do que nos autos ‘físicos’”. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 138.

³⁷⁹ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 39.

³⁸⁰ *Tratado práctico da filiação*, v. 3, p. 64.

³⁸¹ Esclarece Mário Aguiar Moura que a eficácia retroativa da sentença proferida em ação investigatória faz com que o filho seja beneficiado nas relações ou situações jurídicas que se tenham concretizado no espaço concepção-reconhecimento, e que os efeitos absolutos somente não vão se operar com relação às situações definitivamente constituídas e irreversíveis ou quando se mostrarem inúteis, *Tratado práctico da filiação*, v. 3, p. 64-65.

Além dos efeitos declaratório e constitutivo, chamados de efeitos principais, a sentença produz efeitos acessórios, também denominados de secundários ou efeitos de fato da sentença.³⁸²

As ações de estado referentes à filiação, de forma geral, produzem os seguintes efeitos secundários: direito ao nome, ao estabelecimento de relações de parentesco, a alimentos e à sucessão.

4. Da coisa julgada

O Código de Processo Civil, após tratar da sentença e dos seus efeitos, trata do instituto da coisa julgada. Como bem determina o disposto no art. 463 do Código de Processo Civil, após publicada, a sentença não mais pode ser alterada, exceto nos casos expressos nos incisos I e II do art. 463.

Mas a sentença pode ser impugnada pelo vencido. E, enquanto sujeita a recurso dotado de efeito suspensivo, a sentença, em princípio, não produz seus efeitos regulares, principais e acessórios.³⁸³ Ainda não se atingiu a finalidade do processo, que é a composição da lide³⁸⁴ e, especialmente no processo de conhecimento, a atribuição de um bem jurídico a alguém.³⁸⁵

Chegará um momento, no entanto, em que não serão admissíveis quaisquer recursos, seja porque os recursos disponíveis no ordenamento não foram utilizados nos respectivos prazos; seja porque, de fato, não há mais recursos a serem interpostos contra determinada decisão.

Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a sentença transita em julgado, tornando-se firme e imutável dentro do processo. Isso quer dizer que, nesse momento, a sentença, como ato processual, adquire imutabilidade.³⁸⁶

³⁸² Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 57; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 571-572.

³⁸³ Excepcionam-se, nesse caso, as sentenças sujeitas a recurso que, por força de lei, não são recebidos no efeito suspensivo (art. 520, I a VII, do CPC).

³⁸⁴ Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 64.

³⁸⁵ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel García Medina, *O dogma da coisa julgada*, p. 20.

³⁸⁶ Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 65.

Verifica-se, assim, a coisa julgada formal, que consiste na “impossibilidade de revisão da sentença *dentro do próprio processo em que foi proferida*”.³⁸⁷

Como ressalta José Frederico Marques, a coisa julgada formal resulta da impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais, ou porque este foi proferido por órgão ao mais alto grau de jurisdição, ou porque transcorreu o prazo para recorrer sem que o vencido interpusesse recurso ou, finalmente, porque se registrou desistência do recurso ou a ele se renunciou.³⁸⁸

Imutável o ato dentro do processo, a sentença não pode mais ser reexaminada, modificada ou reformada no mesmo processo em que foi proferida. Além disso, uma vez decidido o mérito, o comando emergente da sentença como ato imperativo do Estado torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo.³⁸⁹

Opera-se, destarte, a coisa julgada material ou substancial, que é o fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes.³⁹⁰

Para Enrico Tullio Liebman, a coisa julgada formal e a material representam dois lados da imutabilidade:

O primeiro voltado para o procedimento, do qual determina o fim, ao passo que o segundo se dirige para o exterior, pois dá forma definitiva à eficácia da sentença e se coloca como única e não mais discutível configuração que o direito deu à relação ou estado jurídico sobre o qual o juiz se pronunciou.³⁹¹

Quando se trata de sentença de mérito, à coisa julgada formal se acrescenta outra qualidade, que dá autoridade à sentença além do processo em que ela foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo, impedindo que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida no mesmo ou em outro processo, pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal.

Para Thereza Alvim, “a coisa julgada material é a qualidade de imutabilidade que se agrega ao comando da decisão Judicial (sentença não recorrida ou acórdão não sujeito a recur-

³⁸⁷ Cf. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 131.

³⁸⁸ *Instituições de direito processual civil*, v. 5, p. 41-42.

³⁸⁹ Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 66.

³⁹⁰ *Idem*, *ibidem*.

³⁹¹ *Manual de direito processual civil*, v. 3, p. 171-172.

so) para determinada situação”. Para a autora, os efeitos não são imutáveis, já que estão sujeitos a alteração a qualquer momento.³⁹²

Sem dúvida, a necessidade de se conferir imutabilidade às decisões judiciais surgiu no mundo jurídico como imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranqüilidade social, e que acabaria por afastar o fim primário do direito que é a paz social.

Impõe-se, de certa forma, a “crença” de que as decisões judiciais, uma vez proferidas e não mais sujeitas a recursos (ordinários ou extraordinários) ou à remessa necessária representem, de fato, a atuação do Estado na solução dos litígios de modo que, prolatada a decisão, não mais seja passível a sua modificação conferindo segurança jurídica³⁹³ aos jurisdicionados. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento terá algo mais que o fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranqüilidade social.³⁹⁴

Sendo o princípio da segurança jurídica elemento essencial do Estado Democrático de Direito, é pelo fenômeno da coisa julgada que se obtém essa estabilidade. Nas palavras de Nelson Nery Junior, “a coisa julgada é *elemento de existência* do estado democrático de direito”.³⁹⁵

³⁹² *Direito processual de estar em juízo*, p. 103. Thereza Alvim dá o seguinte exemplo para corroborar seu entendimento: em ação em que o autor pleiteia a condenação do réu a pagar X, devidos em razão de contrato de mútuo firmado entre ambos, se o juiz julgar procedente o pedido, condenará o réu a pagar. O efeito do decidido foi condenatório, mas ele não é imutável. O credor poderá, em regra, renunciar ao crédito, não se efetivando o efeito condenatório. Essa renúncia se constituirá em ato jurídico perfeito e eficaz, deixando, apesar disso, incólume a coisa julgada.

³⁹³ Como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, as “idéias nucleares de segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois aspectos essenciais: a *estabilidade* de modo que as decisões estatais não podem ser arbitrariamente modificadas, podendo ser alteradas apenas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes e a *previsibilidade* que se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”. *Direito constitucional*, p. 380.

³⁹⁴ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, *Revista Forense*, v. 377, p. 49.

³⁹⁵ Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito, *Revista Forense*, v. 375, p. 143.

A necessidade de se conferir segurança jurídica suplanta, assim, a preocupação com o alcance, em todos e em quaisquer casos, de justiça nas decisões proferidas. Ressalta José Carlos Barbosa Moreira que

o que ele [ordenamento] faz, para evitar a eternização de incertezas, é preexcluir, de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volte a cogitar do dilema ‘justo ou injusto’ no concernente ao teor da sentença. Se assim, num caso ou noutro, se leva à eternização de alguma injustiça, esse é preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores.³⁹⁶

4.1 *Dos limites subjetivos da coisa julgada*

Tratar dos limites subjetivos da coisa julgada significa identificar quais são as pessoas alcançadas pela coisa julgada, ou seja, quem está proibido de voltar a discutir as questões que a sentença resolveu e que, nos termos dos limites objetivos, recebeu a imutabilidade.³⁹⁷

Como determina o art. 472 do Código de Processo Civil, somente as partes que participaram da relação processual são alcançadas pela autoridade da coisa julgada, ou seja, somente às partes está vedada a rediscussão da decisão que se tornou imutável.

E o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é de índole política. Significa dizer que quem não foi sujeito do contraditório, não teve possibilidade de produzir suas provas e de apresentar suas razões e, com isso, influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada, sem poder contra ela se insurgir.

Enrico Tullio Liebman distingue a eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada e afirma que a eficácia natural da sentença vale para todos, enquanto a autoridade da coisa julgada existe somente entre as partes. Assim, podem se opor à sentença aqueles terceiros³⁹⁸ que tenham prejuízo jurídico, não apenas prático ou econômico.

³⁹⁶ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, *Revista Forense*, v. 377, p. 50.

³⁹⁷ Cf. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 279.

³⁹⁸ Para Liebman, existem três categorias de terceiros: a) terceiros indiferentes – aqueles que nenhum prejuízo sofrem por motivo da sentença; b) terceiros interessados praticamente – aqueles que sofrem prejuízo prático ou econômico; c) terceiros juridicamente interessados – dividem-se em dois grupos: c1) aqueles que têm interesse igual ao das partes – podem opor-se à sentença, que de modo algum afeta o seu direito. Ex: terceiro que se julgue proprietário de uma coisa reivindicada entre A e B; c2) aqueles cujo interesse jurídico é de categoria inferior ao das partes. Isso porque são titulares de relações jurídicas dependentes da relação jurídica julgada no processo. Esses terceiros estão sujeitos à sentença, com a faculdade de insurgir-se contra ela, demonstrando sua injustiça ou ilegalidade. *Manual de direito processual civil*, v. 3, p. 164-168.

De acordo com o jurista, a regra geral da coisa julgada permite que os terceiros, que tenham interesse de igual hierarquia ao das partes, o defendam com plena autonomia, sem qualquer obstáculo. Por outro lado, os terceiros titulares de interesse hierarquicamente inferior ao das partes, deverão se submeter à autoridade da coisa julgada, suportando eventual prejuízo sem que possam, contra ela, se insurgir.³⁹⁹

Ainda, como assevera Vicente Greco Filho, o terceiro pode sofrer os efeitos civis da sentença e, em virtude da modificação produzida no plano do direito material, não tem ele direito de recompor a situação anterior.⁴⁰⁰

Há de se delimitar, então, quem é considerado como parte para ser atingido pela coisa julgada.

Na clássica definição de Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.⁴⁰¹

Como esclarece Cassio Scarpinella Bueno, “é terceiro todo aquele que não pede ou contra quem nada se pede em juízo. Partes são os não-terceiros; terceiros são todos os que não são partes”.⁴⁰²

Entretanto, de acordo com a lei processual, na condição de partes, para o efeito de serem abrangidos pela coisa julgada, não estão apenas aqueles que estiverem figurando no pólo passivo ou ativo da relação processual. Na realidade, conforme acentua Antonio Carlos de Araújo Cintra, “a palavra partes não está na lei no seu sentido de sujeitos do contraditório no processo, mas indica os sujeitos da relação litigiosa”.⁴⁰³

Por essa razão, são atingidos pela coisa julgada, o espólio das partes, seus herdeiros, sucessores e, ainda, o adquirente da coisa ou do direito litigioso. A extensão da coisa julgada

³⁹⁹ Idem, p. 201.

⁴⁰⁰ E exemplifica, se A é credor hipotecário de B, tendo a sua garantia sobre imóvel que B vem a perder em ação de reivindicação movida por C, tal garantia está perdida. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 280.

⁴⁰¹ *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 278.

⁴⁰² *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 3.

⁴⁰³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 305.

ocorre, nestes casos, a quem não foi parte, em virtude da especial posição ocupada no plano das relações de direito material.⁴⁰⁴

4.2 *Coisa julgada nas ações de estado*

No que concerne ao *estado* das pessoas, a sentença deve valer para todos, justamente porque o estado está ligado de tal forma à personalidade que ninguém pode ter um estado para alguns e outro estado, para outros. Como visto anteriormente, o estado tem como característica a *indivisibilidade*.

Ressalta Jorge Salomão que as características de necessidade, permanência e indivisibilidade do estado justificam a ampliação do campo de incidência da coisa julgada.⁴⁰⁵ Alerta o autor que o problema dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações de estado sempre constituiu percalço para a Ciência do Processo justamente porque constantemente se preocupou em dar às decisões proferidas em tais ações valor *erga omnes* em razão da natureza do *status* e da sua importância nas relações familiares.⁴⁰⁶

Dispõe o art. 472, segunda parte, do Código de Processo Civil, que “nas causas relativas ao estado das pessoas, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Da leitura do dispositivo conclui-se que a sentença transitada em julgado, nas ações relativas ao estado, tem eficácia *erga omnes* atingindo terceiros, desde que, para a ação, tenham sido citados todos os interessados em litisconsórcio necessário.

Questiona-se, então: quem são os “interessados” que devem ser citados em litisconsórcio necessário? Sem a citação de um dos interessados, a sentença proferida em ação relativa ao estado da pessoa, não teria autoridade perante terceiros? Ou, ainda, a ausência de citação de um interessado o autorizaria a questionar, em outra ação, o estado de determinada pessoa? Por

⁴⁰⁴ O art. 6.º do CPC, impede a defesa de direito alheio, em nome próprio, salvo quando a lei assim autorizar. Ocorrendo isso, estar-se-á diante da legitimação extraordinária. Nesses casos, o substituto processual é o autor e o substituído é o titular do direito pleiteado na ação. O legitimado extraordinário (substituto processual), como explica Thereza Alvim, não é atingido pela coisa julgada material, mas, apenas, pela coisa julgada formal, enquanto que a coisa julgada material alcança o substituído porque, apesar de não figurar na relação jurídica, a lide é dele. *Direito processual de estar em juízo*, p. 105.

⁴⁰⁵ *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 83.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 133.

fim, será que existe alguma diferença entre a coisa julgada nas ações de estado da coisa julgada que se opera nas demais ações?

Para Enrico Tullio Liebman, “a validade *erga omnes* da coisa julgada, nas questões de estado, não é uma exceção à relatividade da coisa julgada, mas sim uma aplicação, à natureza especial dessas questões, dos princípios gerais que regem toda a matéria”.⁴⁰⁷

De acordo com o autor, embora as ações de estado exerçam influência sobre uma série de relações jurídicas, que dela dependem, e sobre um número indeterminado de pessoas, a demanda interessa, em primeiro lugar, aos sujeitos do *status* controvertido, denominados por Liebman de legítimos contendores primários. Dá, como exemplo, o pai e o filho em uma questão de filiação e sustenta que a sentença proferida entre os legítimos contendores primários é oponível *erga omnes* porque “ninguém tem na questão direito comparável ao dos sujeitos da relação controvertida”.⁴⁰⁸

Fazendo uso do mesmo exemplo – filiação –, Liebman entende que, sendo falecido o pai, os parentes próximos teriam interesse na solução da questão, qualificando-os como legítimos contendores secundários. E, no que toca à sentença pronunciada em face desses legítimos contendores secundários, afirma que será oponível a todos os terceiros, exceto aos outros legítimos contendores secundários porque teriam estes interesses e direitos iguais aos daqueles que figuraram no processo.⁴⁰⁹

Observa-se, entretanto, que o posicionamento doutrinário majoritário entende ser possível a completa supressão do contido na segunda parte, do art. 472, “pois a idêntica solução se chegaria em decorrência das demais regras contidas no Código de Processo Civil”.⁴¹⁰

Ainda que a segunda parte do art. 472 tenha como fim a mera confirmação da regra da coisa julgada, qual seja, a de que a impossibilidade de discussão da decisão atinge apenas aqueles titulares da relação jurídica de direito material controvertida, mostra-se fundamental a

⁴⁰⁷ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 198.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 202.

⁴⁰⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁴¹⁰ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 306. No mesmo sentido é a posição de Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*, p. 315: “[...] a segunda parte da disposição em exame exprime o mesmo princípio inscrito na primeira, a qual soluciona por si todas as hipóteses, incluídas as causas sobre o estado das pessoas. [...] o intérprete sente-se tentado a dizer que a segunda proposição do texto comentado chega a ser inócua; sua ausência em nada alteraria a eficácia da regra geral, da qual não passa de projeção e reafirmação; serve, todavia, a explicitá-la”.

identificação de quem são os possíveis interessados que devem, nas ações de estado, ser citados em litisconsórcio necessário.

Em sua análise, Jorge Salomão denomina tais “interessados” como legítimos contraditores e explica:

Legítimos contraditores serão todos os interessados; quer dizer, não só os interessados diretos, da versão portuguesa, como os portadores de um interesse que, por ser menos intenso, não os autorizava a figurar como réus no feito, embora os situasse numa posição muito próxima à destes, tal a dependência em que se encontravam perante a relação deduzida no processo alheio.⁴¹¹

Vicente Greco Filho entende, entretanto, que a expressão “interessados” é utilizada pela lei apenas levando em conta os procedimentos de jurisdição voluntária em que não há partes – pela ausência de conflito de interesses – mas apenas interessados. Firme nessa orientação restritiva conclui referido autor:

devem ser citados, exclusivamente, os legitimados a contrariar o pedido, isto é, aqueles que podem alegar-se titulares do estado sobre o qual a sentença vai pronunciar-se e teriam uma legitimidade igual àquela das partes. São aqueles sujeitos da relação jurídica que se institui ou se desfaz com a questão de estado.⁴¹²

Da mesma forma, ressalta Cassio Scarpinella Bueno que “os interessados referidos pelo dispositivo são, na verdade, pessoas legitimadas para intervir no feito porque o estado de pessoa que está em discussão lhes interessa por algum motivo”.⁴¹³

Eduardo Talamini sintetiza esclarecendo ser “apenas aparente a exceção à norma geral de que a coisa julgada limita-se às partes” e explica:

a coisa julgada virá a atingir os “terceiros” (*sic*) que diretamente tinham interesse jurídico na questão de estado objeto do julgamento precisamente porque, tendo sido citados, eles assumiram a condição jurídica de *partes*. Quanto aos demais terceiros, despidos de interesse jurídico na questão, não

⁴¹¹ *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 128.

⁴¹² *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 286.

⁴¹³ *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 108.

se trata de a coisa julgada verdadeiramente lhes atingir. Faltam-lhes interesse processual e legitimidade para discutir judicialmente a questão.⁴¹⁴

Tem-se, desta forma, que nas ações de estado devem ser citados, em litisconsórcio necessário, todos os interessados que, na realidade, são partes porque o direito debatido nestas ações lhes diz respeito. Não tendo sido citados, não poderão ser atingidos pela imutabilidade da decisão proferida na ação e, como terceiros, poderão discutir a decisão.⁴¹⁵ Confirma-se o posicionamento de Jorge Salomão:

Quando se afirma, entre nós, que o julgado nas ações de estado vale contra todos, quer-se dizer, na verdade, que ninguém pode ignorar o *status* definido pela sentença alheia, embora se faculte ao terceiro juridicamente prejudicado repelir-lhe os efeitos danosos, uma vez que demonstre a desconformidade dela com o Direito.⁴¹⁶

Para Willis Santiago Guerra Filho, proposta a ação em face dos legítimos contraditores, ela deve se considerar proposta, implicitamente também perante os demais, porventura existentes, e não citá-los significa violar o princípio do contraditório. A identificação de quem são os legítimos contraditores nas ações de estado, segundo o autor, acaba sendo possível apenas pela casuística.⁴¹⁷

De forma exemplificativa tem-se que nas ações de investigação de paternidade propostas por quem já tenha pai registral, em face daquele que o autor entenda ser seu pai biológico, deverão ser citados, como parte (legítimos contraditores), tanto o pai que consta do registro, como aquele cuja paternidade se pretende reconhecer com a ação. Em outra situação em que, por exemplo, determinada sentença seja proferida com a declaração do vínculo de filiação entre A e B, não tendo C participado da ação, mas entendendo ser o verdadeiro pai de A, não há qualquer óbice para a propositura, por este, de ação de reconhecimento do vínculo.

Tratando da coisa julgada nas ações de estado, especificamente as de filiação, no direito argentino, Guillermo Borda ressalta que a sentença só tem valor de coisa julgada entre as

⁴¹⁴ *Coisa julgada e sua revisão*, p. 120.

⁴¹⁵ Ressalta Egas Dirceu Moniz de Aragão que “a reação dos terceiros pode ser manifestada por qualquer meio, seja como autores, em ação meramente declaratória de sua imunidade à eficácia da sentença e à autoridade da coisa julgada, se tão-só pretendem afastar de si o julgamento e suas conseqüências; seja como réus, contestando a solução decorrente da sentença, tanto por não estarem a ela subordinados, quanto por ser injusta”. *Sentença e coisa julgada*, p. 313.

⁴¹⁶ *Da coisa julgada nas ações de estado*, p. 134.

⁴¹⁷ *Do litisconsórcio nas ações de estado*, p. 216.

partes. E que os terceiros que não intervieram em juízo podem promover ação de impugnação de filiação.⁴¹⁸

4.3 A “relativização” da coisa julgada

Justamente porque a segurança jurídica está fundada na estabilidade das decisões judiciais, que se obtém com a coisa julgada material, o ordenamento contempla limitadas hipóteses que autorizam a *rediscussão* da decisão transitada em julgado.

E, tal possibilidade apenas ocorre porquanto a decisão judicial de mérito transitada em julgado pode conter vícios tão graves que a necessidade de sua apreciação e solução pelo Poder Judiciário supere a própria necessidade de segurança imposta pela coisa julgada. Nesses casos, taxativa e legalmente⁴¹⁹ previstos no art. 485 do Código de Processo Civil, é que se autoriza o manejo da ação rescisória.

Tanto os vícios de atividade (*errores in procedendo*), assim entendidos como “a infração pelo juiz encarregado de dirigir o processo de qualquer norma procedimental que ponha em risco a higidez da relação jurídica processual”, como os vícios de juízo (*errores in iudicando*), “vícios de fundo, de natureza substancial, que provocam a injustiça do ato judicial”, podem autorizar a propositura de ação rescisória.⁴²⁰ Da leitura do art. 485 do Código de Processo Civil se verifica que os incisos II e IV representam vícios ou erros de atividade, enquanto os incisos V e IX são casos de vícios ou erros de juízo.

No entanto, não se podem confundir sentenças rescindíveis e, assim, passíveis de ser atacadas por meio da ação rescisória, com as sentenças nulas (relativas ou absolutas) ou com as sentenças inexistentes. Isso porque, os vícios contidos no processo e, em consequência, na sentença nele proferida devem ser analisados conforme a sua gravidade, o que acaba por determinar a adoção de providências diversas, de acordo com a natureza do vício.

⁴¹⁸ *Tratado de derecho civil*, v. 2, p. 83.

⁴¹⁹ De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade, as hipóteses estão arroladas em *numerus clausus*, não se admitindo ampliação por interpretação analógica ou extensiva, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*, p. 863. Para José Carlos Barbosa Moreira, a enumeração legal é exauriente, mas se admite a interpretação extensiva apenas a fim de se limitar o verdadeiro alcance da norma, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 180. Concordamos com Barbosa Moreira, e a análise de cada um dos fundamentos da ação demonstrará que a interpretação extensiva em nada fere a coisa julgada, mas permite que se chegue ao verdadeiro alcance da norma.

⁴²⁰ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 862.

É preciso que se analise, assim, a teoria das nulidades processuais a fim de distinguir quais vícios dão ensejo à rescisória. Para tanto, adotamos a classificação apresentada por Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo a qual a teoria das nulidades processuais compreende a inexistência, a nulidade absoluta e a nulidade relativa (anulabilidade).⁴²¹

O ato é *inexistente*, segundo a autora, se lhe faltar o mínimo de elementos necessários para lhe conferir tipicidade, ou por integrar uma cadeia de atos consecutivos, que teria sido inaugurada por um ato intrinsecamente inexistente. Exemplo de sentenças inexistentes são aquelas proferidas em processos inexistentes, posto que faltantes um dos pressupostos processuais de existência.

A *nulidade absoluta* se verifica quando o ato processual ofende norma que tutele interesse público, caso em que o vício será insanável, devendo ser examinada de ofício pelo juiz, ou invocada pelas partes a qualquer tempo, não gerando preclusão.

Estar-se-á diante de *nulidade relativa* quando a norma violada preserve o interesse das partes, caso em que o vício será sanável, cabendo às partes suscitá-la, sob pena de preclusão.

As nulidades, ainda de acordo com a autora, consistem em vícios de forma e de fundo. Os vícios de forma são nulidades relativas, salvo se a lei dispuser expressamente que se trata de nulidade absoluta. Já os vícios de fundo são nulidades absolutas, posto que referentes, primordialmente, aos pressupostos processuais e às condições da ação.

No plano endoprocessual, as conseqüências decorrentes da inexistência jurídica e da nulidade absoluta são coincidentes.⁴²²⁻⁴²³

A análise da teoria das nulidades processuais se mostra extremamente importante no que tange à formação da coisa julgada material e, conseqüentemente, na possibilidade de pro-

⁴²¹ *Nulidades do processo e da sentença*, passim.

⁴²² Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 159. No mesmo sentido é a lição de Cleanto Guimarães Siqueira, para quem, “no plano do processo, enquanto relação processual autônoma, distinta e inconfundível com a de direito material [...] terão idênticas repercussões tanto o ato tido como inexistente, quanto aquele atingido por nulidade absoluta. Isso porque serão as mesmas as principais características do seu comportamento processual”. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 314.

⁴²³ Não obstante apresentem as mesmas conseqüências dentro do processo, a distinção entre a nulidade e a inexistência mostra-se fundamental porque, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, a coisa julgada só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente; mas no caso de processos nulos, de sentenças nulas, forma-se a coisa julgada, e a sentença passa a ser rescindível. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 164.

positura da ação rescisória porque, dependendo do vício: i) ou a alegação somente pode ser feita durante o processo, sob pena de, uma vez transitada em julgado a decisão definitiva, não mais poder ser alegada (nulidade relativa); ii) ou a alegação pode ser feita após o trânsito em julgado da decisão, mas apenas durante o biênio decadencial da ação rescisória, sob pena de o vício se considerar sanado após esse prazo (nulidade absoluta); iii) ou a alegação poderá ser feita a qualquer momento, não ficando sujeita à ação rescisória, posto que faltante um dos pressupostos de existência da relação jurídica processual (inexistência jurídica).⁴²⁴

Para José Frederico Marques, “a *res judicata*, como preclusão máxima, sana todas as nulidades da sentença e do processo, não porém as sentenças juridicamente inexistentes.”..⁴²⁵ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “com o *trânsito em julgado*, todas as nulidades ficam neutralizadas e a *auctoritas rei judicatae* prepondera apesar delas (*convalescimento do ato nulo*: CPC, arts. 471 e 474 – *infra*, n. 717)”.⁴²⁶ No mesmo sentido, Arruda Alvim explica que

no processo civil, à diferença do que ocorre no Direito Civil, tanto as nulidades quanto as anulabilidades se sanam. Estas, se não argüidas, sanam-se no mesmo processo em que produziram; aquelas, em princípio, no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença (de mérito) que põe fim à causa em que tiveram lugar.⁴²⁷⁻⁴²⁸

Desta forma, pode-se concluir que as sentenças sujeitas à rescisão são aquelas eivadas de vício de atividade ou vício de juízo, que podem ou não estar maculadas por hipóteses de nulidade absoluta, mas nunca as sentenças juridicamente inexistentes, posto que estas não estão sujeitas a controle por meio de rescisória.⁴²⁹

⁴²⁴ Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina são, ainda, inexistentes as sentenças proferidas nos processos decorrentes de ações propostas sem o preenchimento das condições de seu exercício. Assim, para os autores, “se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito proferida neste contexto é juridicamente inexistente. Como, em casos assim, inexistente *ação*, considera-se que o que se terá exercido terá sido, em verdade, o direito de petição”. *O dogma da coisa julgada*, p. 31.

⁴²⁵ *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 421.

⁴²⁶ *Idem*, p. 597.

⁴²⁷ *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 279.

⁴²⁸ Sustentando a não formação de coisa julgada material nos casos de nulidade absoluta, Humberto Theodoro Júnior explica: “a) a nulidade dos atos processuais, quando não atinge pressupostos processuais ou condições da ação, é sempre sanada pela preclusão e totalmente superada pela *res iudicata*; b) a nulidade *ipso iure* do processo, inutilizando a relação jurídica processual, impede a formação da coisa julgada material, e permite, em qualquer tempo, a reabertura de processo regular sobre a mesma lide já anteriormente julgada, mas de forma ineficaz”. As nulidades no Código de Processo Civil, *RePro*, n. 30, p. 57.

⁴²⁹ Embora seja possível pensar no princípio da fungibilidade, ressalta José Carlos Barbosa Moreira que a sentença inexistente pode ser assim declarada por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la porque “não se desconstitui o que não existe”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 107.

Mas, recentemente, no direito brasileiro têm se propagado posições doutrinárias⁴³⁰ que autorizam a “relativização” da coisa julgada. De acordo com essa tese, tem-se que a segurança jurídica decorrente da imutabilidade dos efeitos de uma decisão transitada em julgado não é absoluta porque, em algumas situações, é preciso que a imutabilidade ceda espaço à justiça das decisões, não podendo ser imutável algo que não é justo, que afronte os princípios e garantias individuais..⁴³¹

Destacam-se, por oportunas, as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

Trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada. Ao que parece o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado *a todo custo*, à luz da mentalidade que vem prevalecendo.⁴³²

Várias teorias se formaram na doutrina e têm sido aplicadas pelos tribunais, que apresentam, sob aspectos diversos, quando e por quais razões se deve relativizar a coisa julgada material.

Ressaltando a preocupação com o alcance da justiça das decisões, Cândido Rangel Dinamarco frisa a necessidade de se “repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*”.⁴³³

José Augusto Delgado afirma a necessidade de se compatibilizar a decisão judicial com a realidade das coisas e dos fatos naturais, devendo ser escrava obediente da moralidade e da legalidade.⁴³⁴ Para o autor, a autoridade da coisa julgada está sempre condicionada aos prin-

⁴³⁰ Vários são os juristas que têm defendido a tese da relativização da coisa julgada, entre eles, Cândido Rangel Dinamarco, Min. José Delgado, Min. Ruy Rosado de Aguiar, Humberto Theodoro Júnior, Hugo Nigro Mazzilli, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina, Fredie Didier Junior. As obras ou julgados de cada um desses juristas são citadas ao longo dos tópicos seguintes.

⁴³¹ Como expõe José Augusto Delgado: “A atividade judiciária, pela nobreza contida no seu exercício, deve imprimir o máximo de segurança jurídica. Esse patamar só será alcançado se ela configurar de modo explícito a harmonia dos seus efeitos com as linhas mestras materializadas no texto da Constituição Federal”. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal: manifestações doutrinárias, p. 108.

⁴³² *O dogma da coisa julgada*, p. 13.

⁴³³ Relativizar a coisa julgada material, *RePro*, n. 109, p. 13.

⁴³⁴ *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, p. 33.

cípios da razoabilidade e da proporcionalidade sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada não é o tipo de segurança posta na Constituição Federal.⁴³⁵

Para Cândido Rangel Dinamarco, a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença acaba por *impedir* a formação da coisa julgada material, justamente porque essa é “uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir”.⁴³⁶

Para o jurista, uma vez acolhida a tese de relativização da coisa julgada, a escolha dos meios processuais “é problema bem menor e de solução não muito difícil”.⁴³⁷ E, adotando os caminhos indicados por Pontes de Miranda, Dinamarco entende possíveis:

(a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada, (b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e (c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.⁴³⁸

Conforme Galeno Lacerda, “a coisa julgada, para ser intangível, deve corresponder à verdade real dos fatos”.⁴³⁹ E, justifica o autor a afirmação explicando que o dogma da coisa julgada não é algo absoluto, tanto que o legislador prevê as hipóteses em que se admite a rescisão. Além disso, aduz que a autorização de rescisão da sentença em razão de prova falsa, de documento novo ou fundada em erro de fato demonstra a preocupação com a primazia da verdade real. Frisa o autor:

Como todas essas hipóteses visam assegurar o primado da verdade real ou material na solução da lide, segue-se que a Constituição e o Código desejam a prevalência dessa verdade, ao autorizarem a rescisão da coisa julgada. Por isso, na análise dos textos, devemos afastar aquelas interpretações que obscureçam ou dificultem o emprego da rescisória com vistas à apuração da verdade.⁴⁴⁰

⁴³⁵ Idem, p. 37.

⁴³⁶ Relativizar a coisa julgada material, *RePro*, n. 109, p. 31. E, prossegue o autor: “Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional”.

⁴³⁷ Idem, p. 16.

⁴³⁸ *Tratado da ação rescisória*, § 18, n. 2, esp. p. 195.

⁴³⁹ *Direito de família*, v. 1: ações de paternidade, p. 192.

⁴⁴⁰ *Direito de família*, v. 1: ações de paternidade, p. 193.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,⁴⁴¹ em nossa opinião, são os doutrinadores que, de forma mais técnica, procuram *aproximar* o instituto da coisa julgada da realidade social, explicitando, de forma clara e com argumentos sólidos, não a mera “relativização” da coisa julgada, mas a sua não-formação em situações específicas, que merecem destaque.

Referidos autores, em síntese, em sua proposta de sistematização das hipóteses de relativização, apresentam dois caminhos distintos a afastar o que denominam de *estabilização de situações indesejáveis*. O primeiro, em que apresentam situações em que não há formação de coisa julgada, “seja porque a decisão judicial esteja inquinada de um vício capaz de torná-la juridicamente inexistente, seja porque não se terá realizado aquele grau de cognição exigido para que a decisão possa ser acobertada pela coisa julgada”; e o segundo, em que propõem interpretação mais abrangente do art. 485 do Código de Processo Civil.⁴⁴²

Sustentam a não-formação de coisa julgada, nos seguintes casos: a) sentenças juridicamente inexistentes, que ocorrem nos casos de ausência de pressupostos processuais de existência e de ausência de condições da ação; b) sentenças que acolhem pedidos inconstitucionais; c) sentenças que julgam pedido sem que tenha sido formulado e sentenças que deixam de julgar pedido formulado na inicial.⁴⁴³

Com relação à interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que autoriza a propositura de ação rescisória nos casos de “violação a literal disposição de lei”, defendem os autores que a norma também abarca a violação a princípio jurídico, como causa de pedir na ação rescisória.

Como assevera Teresa Arruda Alvim Wambier, os princípios, ainda que não estejam expressamente positivados, são norma jurídica não escrita, e o desrespeito a eles é potencialmente muito mais danoso ao sistema do que a ofensa a um dispositivo legal, já que como a Constituição Federal é, de certo modo, a base das demais leis do país, os princípios são mais do que isso: estão por trás de tudo na origem do ordenamento escrito, e sua existência se infere da leitura dos dispositivos de lei.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ *O dogma da coisa julgada*, passim.

⁴⁴² Idem, p. 13-14.

⁴⁴³ Idem, p. 26-85. Entendem os autores serem inconstitucionais as seguintes sentenças: i) proferida com base em lei e posterior ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente; ii) sentença baseada na não-incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional *incidenter tantum*, e sentença posterior de ação declaratória de constitucionalidade.

⁴⁴⁴ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 338. Em sentido contrário, posiciona-se Sergio Rizzi entendendo que a infração para justificar a rescisória seja necessariamente

Mas a proposta de se “relativizar” a coisa julgada não encontra, no âmbito doutrinário, apenas adeptos de sua aplicação. Nelson Nery Junior, em conhecido estudo sobre a Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito, não aceita a teoria da relativização da coisa julgada sob o argumento, tão propagado, de justiça da decisão. Para o autor:

Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.⁴⁴⁵

Para o jurista, que defende a supremacia da coisa julgada material como um dos elementos de existência do Estado Democrático de Direito, a interpretação da coisa julgada sob o aspecto do justo ou injusto “é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia”.⁴⁴⁶

José Carlos Barbosa Moreira, também defendendo posição contrária à “relativização” da coisa julgada, com exceção do realce que dá às sentenças prolatadas em ações de investigação de paternidade quando não era disponível a pesquisa genética do DNA e das sentenças que transitam em julgado, mas violam disposição constitucional, entende que os meios processuais disponíveis no nosso ordenamento já se mostram suficientes para a revisão da coisa julgada, dentro dos limites legalmente previstos. E assevera:

à lei escrita, *Ação rescisória*, p. 105. Está se consolidando na jurisprudência o posicionamento no sentido de que a violação a princípio jurídico dá ensejo à ação rescisória. Veja-se: “Processual Civil. Ação rescisória. Falta de peças essenciais. art. 485, V, do CPC. Violação a princípios gerais de direito. Possibilidade. Improcedência do pedido. Quando o autor não apresenta os documentos essenciais à compreensão da causa, mas o réu os apresenta, fica suprida a deficiência. A interpretação do art. 485, inciso V, do CPC, deve ser ampla e abarca a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4.º da LICC). A interpretação divergente de princípios ou de posicionamento jurisprudencial não autoriza a rescisão do acórdão (Súmulas 343 do STF e 143 do TFR). Pedido rescisório improcedente. Decisão unânime”. STJ, 1.ª Seção, Ação Rescisória 822, São Paulo, rel. Min. Franciulli Netto, julgaram improcedente, v.u., j. 26.04.2000, DJ 28.08.2000, p. 50. “Processual civil – Recurso especial – Ação rescisória – Correção monetária na fase executiva de sentença – Lei 6.899/81 – Art. 485, V, CPC. 1. A ação rescisória, diante de objetivas circunstâncias da ordem social e econômica, liberta a interpretação construtiva da norma legal na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como instrumento restrito só a exame de literal violação à disposição de lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso ou tecnicista. 2. Demonstração de fundamentos suficientes para a rescisão. 3. A correção monetária (Lei 6.899/81), simples atualização de valor, pode ser deferida na fase de execução, mesmo quando não pedida na inicial da ação, processada, ainda que transitado em julgado o título judicial exequendo. 4. Recurso conhecido e improvido”. STJ, 1.ª Turma, REsp 640-0/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, negaram provimento, v.u., j. 16.12.1992, DJ 15.02.1993, p. 1664.

⁴⁴⁵ *Revista Forense*, v. 375, p. 145.

⁴⁴⁶ Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito, *Revista Forense*, v. 375, p. 151. Ainda, como frisa José Carlos Barbosa Moreira, “condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto”. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, *Revista Forense*, v. 377, p. 51.

Ao que tudo faz crer, cabe aditar, os meios de controle previstos no ordenamento positivo são suficientes para atingir o fim visado. Os exemplos (confessadamente excepcionais) que se costumam invocar para fundamentar a proposta de “relativização” ou têm sabor meramente acadêmico, ou não permitem juízo seguro, pela sumariedade dos dados que se ministram; conhecimento mais profundo das espécies poderia talvez revelar a possibilidade de dar remédio adequado à situação sem infringir o ordenamento positivo.

4.4 A “relativização” da coisa julgada nas ações relativas à filiação

Teoricamente, a coisa julgada nas ações referentes à filiação se opera da mesma forma que nas outras ações, ou seja, primeiramente, com a preclusão do prazo para recursos – por ter sido o recurso julgado pelo mais alto grau de jurisdição ou por ter transcorrido o prazo para sua interposição –, opera-se a coisa julgada formal, tornando-se imutável a sentença dentro do processo em que foi proferida.

Em conseqüência, opera-se a coisa julgada material pela imutabilidade dos efeitos da decisão, que transcendem o processo, passando a ser conhecida e ter autoridade fora do processo. Adquirindo força de lei entre as partes, fica impossibilitada a revisão da decisão tanto naquele processo como em qualquer outro, por qualquer juiz ou tribunal.

A peculiaridade que se verifica nas ações relativas à filiação é que tais ações têm o condão de estabelecer, criar, alterar ou extinguir o vínculo entre pais e filhos. Por serem ações de estado, os valores mais intrínsecos da pessoa humana estão sendo discutidos, e a decisão transitada em julgado pode cristalizar uma situação jurídica que, não necessariamente, corresponda à realidade fática.

E, justamente porque o estado das pessoas é um atributo da sua personalidade, o que se deve buscar em tais ações é a verdade real, seja no sentido de se atribuir um pai àquele filho que não foi, voluntariamente, reconhecido, seja para se desfazer uma relação paterno-filial que não corresponda à realidade. E a verdade real se aproxima da verdade biológica na maior parte dos casos.

Os problemas surgem porque, apesar de as ações relativas à filiação serem as que sempre apresentaram maiores dificuldades no campo probatório, foram as mais beneficiadas com a evolução da medicina genética. Até pouco tempo atrás, a questão da coisa julgada material nessas ações não era objeto de preocupação na doutrina e na jurisprudência. Da mesma maneira, o próprio estabelecimento do vínculo paternidade-maternidade-filiação não constituía

motivo de grandes questionamentos, tendo em vista o sistema de presunções em que se erigiu o direito de filiação.

Mesmo porque, os casos que autorizavam a ação de investigação de paternidade eram tão taxativos e, ainda, a produção da prova era tão precária que não havia qualquer razão para se discutir a *verdade* da decisão judicial. Assim, a relação jurídica da paternidade ficava definitivamente sedimentada com o trânsito em julgado da decisão.⁴⁴⁷

Da mesma forma, se a ação fosse julgada improcedente e, em consequência, não fosse declarado o vínculo paterno-filial, não estaria disponível, ao filho, qualquer medida para a propositura de nova ação.

No entanto, com a evolução da medicina genética, a prova pericial consistente na coleta de sangue para a verificação do DNA, que é a chamada “rainha das provas”, com a probabilidade ínfima ou quase inexistente de erro, passou a permitir que se determinasse ou excluísse, com exatidão, a filiação biológica.

Por essa razão, o que tem sido objeto de constante debate doutrinário e jurisprudencial é se a decisão proferida em tais ações adquire, realmente, a imutabilidade de coisa julgada material de modo que esteja, absoluta e definitivamente, impedida a sua *rediscussão* futura.

O debate tomou forma em virtude de inúmeras ações terem sido definitivamente decididas em época em que as provas disponíveis para a aferição do vínculo filial não se mostravam eficientes para, com exatidão, se estabelecer o estado das pessoas. Questiona-se, por esse

⁴⁴⁷ A única exceção em que se admitia “afastar” a coisa julgada se verificava nas hipóteses de ações investigatórias propostas pelo Ministério Público, pois, de acordo com o art. 2.º, § 5.º, da Lei 8.560/92, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público não impede o ajuizamento por aquele que tenha “legítimo interesse”. Tal conclusão é apresentada por Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 135. Entendemos, no entanto, que essa não pode ser a solução se o interessado (investigante) tiver figurado como parte, em litisconsórcio ativo com o Ministério Público, nos autos da ação investigatória. A não-ocorrência de coisa julgada material nas ações investigatórias propostas pelo Ministério Público já foi objeto de decisão pelos Tribunais: “Investigação de paternidade. Ação proposta pelo Ministério Público. Tratando-se de matéria de ordem pública, que é a filiação, o Ministério Público age em nome próprio e não em nome da parte. Sendo assim, apesar de no primeiro grau o entendimento do juiz *a quo* ter sido pela improcedência, não há óbice tanto a menor investigante como a sua mãe que, não sendo atingidas pela coisa julgada, intentem nova ação investigatória. Apelo parcialmente provido, para retirar a condenação a autora pelos ônus de sucumbência. Por maioria”. TJRS, 7.ª Câmara Cív., ApCív 598013993, rel. Eliseu Gomes Torres, j. 10.02.1999. Com o mesmo entendimento: TJRS, 8.ª Câmara Cív., ApCív 599352887, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 23.11.2000; TJRS, 7.ª Câmara Cív., ApCív 598293876, relator vencido: Maria Berenice Dias, redator para acordo: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25.11.1998. Em sentido contrário entendendo pela formação de coisa julgada em face do substituído: TJRS, 8.ª Câmara Cív., ApCív 70018128413, relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 01.03.2007, DJ 08.03.2007.

motivo, se a decisão que declarou – ou excluiu – a paternidade, com base em prova deficiente, estaria coberta pelo manto da imutabilidade, tendo os seus efeitos dissipados além da relação processual e impossibilitando a sua revisão.

Tais questionamentos acabaram por ensejar a formação de duas grandes correntes: uma, absolutamente contrária à relativização da coisa julgada, e, outra, totalmente favorável à sua flexibilização nas ações relativas à filiação.

E, entre os adeptos da não-formação de coisa julgada em tais ações ou da possibilidade de sua rediscussão, várias teorias se desenvolveram para justificar o fenômeno. Vale a pena apresentar os argumentos de cada uma dessas posições.

A primeira corrente se funda na impossibilidade de se rediscutir a decisão transitada em julgado e que reconheceu a paternidade sem a realização do exame de DNA. Isso ocorre em virtude da imutabilidade dos efeitos da sentença e na insegurança jurídica, que seria ocasionada aos jurisdicionados se fosse permitido, a qualquer tempo, que decisões transitadas em julgado fossem revistas, simplesmente porque produzida nova prova.

O clássico julgamento, que serve como base para essa teoria foi prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 107.248-GO, sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Trata-se de ação negatória de paternidade cumulada com pedido de declaração de nulidade de registro civil com fundamento em exame de DNA realizado após decisão transitada em julgado em ação de investigação de paternidade. A ação investigatória, mesmo sem a realização da prova técnica – exame de DNA – fora julgada procedente com base nas outras provas produzidas no processo.

O exame de DNA foi realizado, pelo pai, após o trânsito em julgado da sentença de procedência da ação investigatória, tendo comprovado que, na verdade, ele não era o pai daquele filho. Com base nesse exame, foi proposta a ação negatória de paternidade.

O Ministério Público argüiu, preliminarmente, a ocorrência de coisa julgada produzida na ação investigatória anteriormente intentada e transitada em julgado.

No saneamento do feito, o juízo monocrático repeliu a preliminar sob a afirmação de que a decisão anterior havia sido proferida com base em outras provas que não o exame de

DNA, e pela necessidade da justiça nas decisões e impossibilidade de se admitir que um filho, apesar de reconhecida a filiação, tivesse comprovada a sua não-ocorrência, determinou o prosseguimento da ação. O Ministério Público interpôs recurso de agravo de instrumento, que teve provimento negado pelo Tribunal de Justiça de Goiás.

E interpôs, contra o acórdão, recurso especial sustentando negativa de vigência aos arts. 468 e 474 do Código de Processo Civil, porque “diante da estabilidade jurídica gerada pela existência de coisa julgada material” não se poderia desconstituir o vínculo de parentesco estabelecido em ação de investigação de paternidade anterior.

O Recurso Especial teve como relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que, reconhecendo a coisa julgada produzida na ação de investigação de paternidade anterior, conheceu e deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público, sustentando:

Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485..⁴⁴⁸

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito é um dos poucos julgadores que ainda se mantêm contrários à possibilidade de discussão de decisão transitada em julgado em ações referentes à filiação. Recentemente, quando do julgamento do Recurso Especial 435.102-MG, assim decidiu:

Ação declaratória de nulidade de assento de registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade em ação anterior transitada em julgado, dando ensejo ao registro agora impugnado.

⁴⁴⁸ STJ, 3.^a Turma, REsp 107.428-GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, deram provimento, v.u., j. 07.05.1998, DJ 29.06.1998, p. 160.

1. Se o assento do registro civil decorre de decisão judicial transitada em julgado, não é possível modificá-lo sem que aquela seja desconstituída pela via processual própria.

2. Recurso especial não conhecido.

[...] O acórdão recorrido afirmou que não tem cabimento pretender modificar o assento feito no registro civil em decorrência de sentença transitada em julgado. Não se trata de discutir se é possível rever prova ou se não pode ser feita rescisão do julgado, mas, pura e simplesmente, que se o registro foi realizado com base em decisão transitada em julgado, não atacada por rescisória, não há como anulá-lo. E este é o ponto central do julgado recorrido, que, a meu sentir, não merece reparo nem, tampouco, têm força suficiente para ultrapassá-lo os dispositivos de lei federal indicados como violados no especial. De fato, para que seja o registro declarado nulo, se feito em decorrência de decisão judicial, primeiro há de ser feita a desconstituição do julgado, o que, no caso, não ocorreu. Ademais, na minha compreensão, embora respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial venha procurando tornar relativa a coisa julgada em se tratando de ações de estado, no caso, o certo é que se está afirmada a paternidade com base nas provas então disponíveis, não é possível pretender a anulação do registro que daí decorre.⁴⁴⁹

A segunda corrente, em posição totalmente oposta, admite a revisão da decisão, que reconheceu ou excluiu a paternidade, sob o fundamento de que a imutabilidade deve ceder diante da nova prova, apta a conferir certeza sobre a filiação biológica. Argumenta-se que, sendo a filiação um dos aspectos do estado familiar – indisponível e personalíssimo – não se mostra razoável e justo que uma pessoa, ciente de não ser pai de outra, ou um filho, certo de não ter determinada pessoa como pai, simplesmente sejam assim considerados por constar do registro de nascimento.

Para os adeptos dessa corrente, a realização do exame de DNA é tão fundamental à ação em que se discute a relação de filiação, que a sua ausência afeta o próprio fundamento político da coisa julgada, que é a tranquilidade social, fazendo “persistir a dúvida daquele que perdeu a ação, pois viveria eternamente atormentado pelo sinete judicial de ser filho ou ascendente da *coisa julgada*.”⁴⁵⁰ Assevera Rolf Madaleno:

Afigura-se indigesto impor a autoridade de coisa julgada numa sentença de ancestral declaração parental, quando tal decisão se ressentiu da adequada

⁴⁴⁹ STJ, 3.^a Turma, REsp 435.102-MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, não conheceram, v.u., j. 20.09.2005, DJ 13.02.2006, p. 792.

⁴⁵⁰ Cf. Rolf Madaleno, *A coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 292.

pesquisa científica dos marcadores genéticos de DNA, olvidando-se de promover a prova material da real coincidência da concepção com o relacionamento sexual do indigitado pai.⁴⁵¹

Por isso, à imutabilidade da coisa julgada material se contrapõe a justiça da decisão, o valor do justo, do certo e verdadeiro, privilegiando-se o direito material em detrimento do processual.

Para essa corrente – e para as várias teorias que sobre ela têm se consolidado – o que se tem notado é que pouco importa o instrumento processual utilizado pela parte para modificar a decisão, que pode ser a ação rescisória, com base em violação a literal disposição de lei, falsidade da prova ou por documento novo; ação de anulação do registro de nascimento, ou ação negatória de paternidade visando a afastar o vínculo declarado, anteriormente, em ação investigatória. O que justifica a revisão da decisão é a primazia do fim, do resultado, da justiça da decisão, com a busca incessante da verdade real.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior reconhece a necessidade de flexibilização dos meios processuais disponíveis para a rediscussão da paternidade estabelecida por decisão transitada em julgado justificando:

Podem, à primeira vista, aparentarem novidades pouco ortodoxas tanto a tentativa de rescindir a sentença de paternidade por violação ao art. 130 do CPC, como por uso de prova falsa. O certo, porém, é que a estrutura legal da rescisória foi construída em época na qual não existia a proteção constitucional ampla e irrestrita ao direito à paternidade biológica, que hoje vigora.

Impõe-se, então, ao juiz de nossos tempos adequar os instrumentos processuais antigos e, às vezes, anacrônicos às necessidades do direito material de hoje, já que reconhecidamente, o direito processual não é um fim em si mesmo e só se justifica como instrumento de acesso e garantia da realização plena dos direitos que emergem da ordem jurídica material.⁴⁵²

Vale a pena verificar os principais fundamentos de cada uma dessas teorias.

⁴⁵¹ Idem, p. 293.

⁴⁵² Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 3, p. 22.

O tratamento dispensado à ação anulatória e à ação negatória será abordado em item específico constante do Capítulo 2, da Parte II deste trabalho. O que procuramos fazer agora é analisar os pontos principais sobre a não-formação da coisa julgada e sobre a impugnação da decisão transitada em julgado por meio de ação rescisória.

4.4.1 Da não-formação de coisa julgada

Há quem defenda que as decisões proferidas em ações relativas à filiação em que o pedido é julgado improcedente – sem a produção de todos os meios de prova disponíveis – não estariam acobertadas pela coisa julgada material porque o juiz não teria se pronunciado, efetivamente, sobre a inexistência da relação paterno-filial, mas, sim, que tal relação não teria sido provada nos autos.⁴⁵³

Maria Berenice Dias ressalta que, nesses casos, a ação não deve ser julgada improcedente, mas ser extinta sem a apreciação do mérito pela ausência de pressuposto processual, que impede a formação de um juízo de certeza. Para a autora:

A omissão do próprio demandado ou do Estado em viabilizar a realização da prova não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade, de não ser o réu o pai do autor. O que houve foi a impossibilidade de identificar a existência ou concluir pela inexistência do direito invocado na inicial, omissão probatória, no entanto, que, não podendo ser imputada ao investigador, não pode apená-lo com uma sentença definitiva.⁴⁵⁴

Essa tem sido a orientação seguida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento. Ação de investigação de paternidade. Preliminares de coisa julgada e decadência. Não acolhimento, seja pela imprescritibilidade da ação, seja pela possibilidade de realização de exame de DNA, inexistente quando da anterior ação. Recurso desprovido.

⁴⁵³ Conforme notícia Belmiro Pedro Welter, *Coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 118-119.

⁴⁵⁴ *Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material*, p. 20-21. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina criticam tal conclusão por entenderem que aceitar a ausência de pressuposto processual, nestes casos, significaria um *non liquet* no caso, “porquanto o juiz somente julgaria se estivesse convencido da existência do direito, e o pedido, em tais ações, jamais poderia ser julgado improcedente”. *O dogma da coisa julgada*, p. 193.

[...] Mas é justamente em face do interesse social e não do interesse individual que, no caso concreto, onde se investiga a verdade sobre o estado civil da pessoa, deve prevalecer excepcionalmente o entendimento de que nas ações investigatórias de paternidade, onde não foi produzida de modo cabal a prova necessária ao descobrimento da realidade em anterior demanda judicial, e somente nessa hipótese, não há coisa julgada material, de modo a permitir que a verdade venha à luz.

Não se trata de atender ao capricho da investigante, permitir-lhe em qualquer tempo a renovação da instância, mas sim, de conceder a devida importância, do ponto de vista social, ao estado civil da pessoa, e a adequação do processo ao avanço das técnicas médico-científicas. Note-se que a decisão agravada não atenta contra coisa julgada por não autorizar a repetição de prova já produzida em processo anterior, *mas a realização de prova que não foi produzida para o esclarecimento da verdade*.⁴⁵⁵

Há, ainda, quem sustente que as ações de filiação se comparam às relações jurídicas continuativas de modo que, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, é permitida a revisão do estatuído na sentença.⁴⁵⁶ Segundo Pontes de Miranda, relações jurídicas continuativas são as reguladas por regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos ou qualificativos.⁴⁵⁷

Assim, a sentença atende aos pressupostos do tempo em que foi proferida, sem extinguir a relação jurídica, que continua sujeita a variação de seus elementos constitutivos. Nestes casos, a lei admite a revisão da sentença, embora transitada em julgado, por sobrevir modificação no estado de fato ou de direito.

Entendemos que tais sentenças, que regulam e decidem relações jurídicas continuativas, transitam em julgado e produzem coisa julgada formal e material.⁴⁵⁸ O que as difere das demais, e esse foi o significado dado pelo legislador, é que tais sentenças, apesar de transitarem

⁴⁵⁵ TJRS, 7.^a Câ. Cív., Agravo de Instrumento 70023337264, relator Ricardo Raupp Ruschel, j. 18.06.2008, negaram provimento, v.u., *DJ* 26.06.2008. No mesmo sentido: TJRS, 7.^a Câ. Cív., Agravo de Instrumento 70022453955, relator: Ricardo Raupp Ruschel, j. 14.05.2008, *DJ* 26.05.2008; TJRS, 8.^a Câ. Cív., Agravo de Instrumento 70022574180, relator: Cláudio Fidelis Faccenda, j. 07.03.2008, *DJ* 12.03.2008; TJRS, 7.^a Câ. Cív., ApCív 70020830790, relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 23.10.2007; *DJ* 05.11.2007; TJRS, 8.^a Câ. Cív., ApCív 70019159706, relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 17.05.2007; *DJ* 22.05.2007.

⁴⁵⁶ Cf. Rolf Madaleno, *A coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 301.

⁴⁵⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 483.

⁴⁵⁸ Cf. Sergio Gilberto Porto, *Coisa julgada civil*, p. 105; Adroaldo Furtado Fabrício, *A coisa julgada nas ações de alimentos*, *Ajuris* 52/5; Araken de Assis, *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*, *Ajuris* 46/77.

em julgado, poderão ser revistas, a qualquer tempo, desde que tenha havido alteração das condições que embasam a relação jurídica estabelecida.

Explica José Frederico Marques que tais sentenças produzem coisa julgada, mas são suscetíveis de um processo de integração, decorrente da situação superveniente, a que deve o juiz atender, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica decidida.⁴⁵⁹

Elas fazem coisa julgada sim, ainda que a imutabilidade do julgado tenha a sua eficácia limitada no tempo, quando, eventualmente, fatores supervenientes alterem os dados da equação jurídica traduzida naquilo que foi decidido.

Em nossa opinião, no entanto, as sentenças proferidas em ações de filiação não versam sobre relações jurídicas continuativas. Ninguém é declarado pai de alguém até que tal situação se modifique ou levando-se em conta essa possibilidade. O estado das pessoas proveniente de uma decisão transitada em julgado deve estar revestido de estabilidade.

Há, ainda, parte da doutrina que entende que a coisa julgada nas ações de filiação devam se formar *secundum eventum probationes*. Significa dizer que a formação da coisa julgada depende do resultado da produção probatória,⁴⁶⁰ tal como ocorre nas ações coletivas.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina sustentam que esse caminho até poderia ser adotado, entretanto, firmam posicionamento em sentido contrário por ausência de previsão legal.⁴⁶¹

Cristiano Chaves de Farias, por sua vez, defende a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationes*⁴⁶² mesmo na ausência de previsão legal, entendendo que “não se pode prestigiar o indevido formalismo do processo, em detrimento da dignidade humana e da isonomia substancial”.⁴⁶³ Prossegue o autor:

⁴⁵⁹ *Instituições de direito processual civil*, v. 5, p. 72.

⁴⁶⁰ Cf. Cristiano Chaves de Farias, Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação, p. 98. É essa, também, a posição de Belmiro Pedro Welter, *Coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 127.

⁴⁶¹ *O dogma da coisa julgada*, p. 194.

⁴⁶² Como se verifica do Projeto do Código de Processo Coletivo, “prova nova, superveniente à sentença, e que por isto não foi possível produzir no processo encerrado – desde que idônea para modificar seu resultado – pode ensejar a propositura de nova ação, idêntica à anterior, baseada na prova nova. Trata-se da denominada coisa julgada *secundum probationem*, segundo a qual a coisa julgada incide exclusivamente sobre as provas produzidas, não colhendo as supervenientes à sentença”.

⁴⁶³ *Investigação de paternidade – Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação*, p. 99.

A sociedade não pode esperar pela atividade legislativa para ter assegurados seus direitos fundamentais. Até porque é constitucional a determinação do respeito à *dignidade da pessoa humana* e à *isonomia substancial*. Deste modo, resta ao processo civil adequar-se às necessidades da vida humana, distribuindo segurança e respeito aos direitos fundamentais.⁴⁶⁴

Humberto Theodoro Júnior critica os argumentos que buscam afastar a coisa julgada material no caso de ações, cujos resultados se cristalizaram sem a realização da prova pericial genética, porque “a subtração da sentença à autoridade de coisa julgada, no todo ou em parte, somente pode provir da lei e não da vontade criativa do intérprete ou do juiz”.⁴⁶⁵

Outro entendimento quanto à ausência de trânsito em julgado em ação de investigação de paternidade, cujo resultado foi proferido sem a produção de prova técnica conclusiva para o deslinde da causa, é o apresentado por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Sustentam os autores que a sentença de improcedência equivaleria à de ilegitimidade de parte, posto que “legitimidade e mérito praticamente se sobrepõem em ação de investigação de paternidade”.⁴⁶⁶

Assim, por entenderem que as ações promovidas sem o preenchimento das condições para o seu exercício revelam, na verdade, direito de petição e não de ação, ausentes as condições da ação, a sentença será juridicamente inexistente e, por isso, não transitará em julgado.⁴⁶⁷

Por fim, a não-formação de coisa julgada é, para alguns, justificada ante a ausência de identidade entre a ação primeiramente decidida e a subsequente por força da alteração da causa de pedir. Logo, tendo sido a primeira ação fundada, por exemplo, no concubinato, e, posteriormente, nova ação ser proposta com base apenas na manutenção de relações sexuais entre os genitores, estar-se-ia, pela diversidade de elementos, diante de nova ação, o que autorizaria a sua propositura..⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁶⁵ Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 3, p. 20.

⁴⁶⁶ *O dogma da coisa julgada*, p. 203.

⁴⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁶⁸ Assim já decidiu o STJ: “Civil e processual civil. Segunda ação de investigação da paternidade. Causas de pedir distintas. Pelo disposto no três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação de investigação da paternidade, que teve como causa de pedir a existência de concubinato ao tempo da concepção da investigante, só por ter sido afastado o concubinato, não impede o ajuizamento a segunda demanda, com outra causa petendi, qual seja a existência do rapto consensual. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa

Não obstante seja absolutamente contrário à relativização da coisa julgada, Nelson Nery Junior entende que essa solução – diversidade de causa de pedir – seria a única possível para autorizar a propositura de nova ação investigatória. Afirmo o autor que “essa solução não é a ideal, mas é melhor do que a que *relativiza* a coisa julgada porque, pelo menos, submete-se ao Estado democrático de direito e não pretende impor comportamento nazista ao Poder Judiciário e aos cidadãos brasileiros e residentes no País.”⁴⁶⁹

4.4.2 Da ação rescisória

A ação rescisória é o instrumento processual colocado à disposição dos jurisdicionados com vistas a impugnar sentença de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada material. Pode objetivar apenas a rescisão da decisão viciada, que ocorre, por exemplo, quando a decisão transitada em julgado viola o próprio instituto da coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), ou então, pode pretender a rescisão do julgado e a prolação de novo julgamento, que é o que se verifica na maioria das hipóteses de cabimento da rescisória.

Justamente porque esse é o meio processual previsto pelo ordenamento para, técnica e fundamentadamente, se *relativizar*, *desmistificar* ou *flexibilizar* a coisa julgada material, a doutrina tem procurado *enquadrar*, nas hipóteses de cabimento da rescisória, a modificação de decisões transitadas em julgado relativas à filiação, que tenham sido proferidas sem a produção da prova pericial consistente na análise do DNA dos envolvidos.

Por um ou outro fundamento, como analisamos a seguir, a doutrina e a jurisprudência têm procurado aproximar a verdade biológica da solução oferecida com a prestação da tutela jurisdicional, de modo que a filiação jurídica – ou apresentada pelo sistema jurídico processual – seja a verdadeira.

em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada. Recurso conhecido e provido”. STJ, 4.^a Turma, REsp 109.142/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, deram provimento ao recurso, v.u., j. 06.09.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 364; “Civil e processual civil. Segunda ação de investigação da paternidade. Causa de pedir da primeira distinta da *causa petendi* da segunda. Pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubina com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra causa petendi, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada. Recurso conhecido e provido”. STJ, 4.^a Turma, REsp 112.101/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, deram provimento ao recurso, v.u., j. 29.06.2000, *DJ* 18.09.2000, p. 131.

⁴⁶⁹ A coisa julgada e o Estado Democrático de Direito, *Revista Forense*, v. 375, p. 155.

De qualquer forma, a ação rescisória deve ser proposta dentro do biênio previsto pelo art. 495 do Código de Processo Civil. O termo inicial do prazo para a propositura da rescisória é, portanto, o dia do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir. No caso de ser conhecido o recurso interposto contra a sentença ou o acórdão, é a partir do trânsito em julgado do acórdão que apreciou o mérito do recurso, que o prazo começa a fluir. Caso o recurso não seja conhecido, há duas posições bem definidas quanto ao termo inicial.

Há quem sustente que o trânsito em julgado ocorre no momento em que se verifica a causa da inadmissibilidade do recurso, e não no momento em que o órgão *ad quem* profere o juízo negativo de admissibilidade.⁴⁷⁰

Isso ocorre porque, o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, tem natureza declaratória. Assim, quando o juiz ou o tribunal declara admissível um recurso, afirma uma situação preexistente, e essa decisão tem eficácia *ex tunc*.⁴⁷¹

Diversamente, o posicionamento doutrinário⁴⁷² e jurisprudencial⁴⁷³ prevalecente está firmado no sentido de que o cômputo do prazo se inicia com o trânsito em julgado da última

⁴⁷⁰ José Carlos Barbosa Moreira acentua: “*Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente *outro* óbice (isto é, outro recurso *ainda admissível*, ou sujeição da matéria *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada emerge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia*, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 265. Compartilha da mesma opinião Nelson Nery Junior, *Teoria geral dos recursos*, p. 267.

⁴⁷¹ Cf. Nelson Nery Junior, *Teoria geral dos recursos*, p. 268; e José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 264.

⁴⁷² É o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, noticiando que assim também não tem entendido a jurisprudência “pelas injustiças que dessa posição decorreriam”. *O dogma da coisa julgada*, p. 205.

⁴⁷³ Esse é o posicionamento consolidado no STJ. Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. 1. O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória tem início na data em que se deu o trânsito em julgado da última decisão, mesmo que nela se tenha discutido questão meramente processual relacionada à tempestividade dos embargos de declaração. Precedente da Corte Especial. 2. Recurso especial provido”. STJ, 2.^a Turma, REsp 543.368/RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, deram provimento ao recurso, por maioria, j. 04.05.2006, DJ 02.06.2006, p. 112; “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DOS PLANOS GOVERNAMENTAIS. RECURSO INTEMPESTIVO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRAZO DECADENCIAL. TERMO A QUO. DECISUM RESCINDENDO. STJ. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR A RESCISÓRIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. 1. Ação rescisória proposta com o escopo de excluir da condenação da CEF o pagamento de valores relativos à correção monetária correspondente aos Planos Econômicos Governamentais nas contas do FGTS. Acórdão que declara a decadência tendo em vista o transcurso do prazo bienal após o trânsito em julgado. Recurso especial que alega ser o termo inicial para a contagem do prazo a data do trânsito em julgado da última decisão prolatada nos autos, sendo que a interposição de recurso extraordinário ou especial, ainda que não admitidos, obsta a formação da coisa julgada, afastando o *dies a quo* da decadência para o dia seguinte ao trânsito em julgado da decisão última que deixou de admitir o recurso, ainda que pelo

decisão proferida, ainda que tal decisão se limite a reconhecer a inadmissibilidade do recurso interposto.

Especificamente, no que tange às sentenças transitadas em julgado nas ações de filiação, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem que o prazo de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória não deveria ser contado do trânsito em julgado da decisão, mas da data da descoberta do documento novo ou da realização do exame pericial novo.⁴⁷⁴

A solução, em nossa opinião, parece ser a mais adequada, sob pena de se cristalizarem relações jurídicas quem tenham sido julgadas em épocas que a prova pericial genética ainda não se mostrava disponível. Nesse caso, estabelecendo o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, a maior parte das ações julgadas sem a realização do exame de DNA já não mais poderiam ser rediscutidas. Por essa razão, se o objetivo é a aproximação da verdade jurídica da verdade biológica, é imperioso que o prazo para a propositura da ação tenha, como termo *a quo*, a realização do exame de DNA.

motivo da intempestividade. 2. O STJ tem admitido, em casos específicos e excepcionais, que o *dies a quo* para a contagem do prazo de decadência da rescisória comece a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão que julga intempestivo o recurso, excetuando-se sempre os casos em que restar demonstrada a má-fé da parte ou a presença de erro grosseiro. Precedentes: RESP 544870/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, DJ 06.12.2004, p. 201; RESP 511998/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, DJ 01.02.2005, p. 540; RESP 441252/CE, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, DJ 17.02.2003, p. 289. 3. Presença de questão de ordem pública relativa à competência absoluta para o julgamento da ação. Rescisória proposta perante o TRF da 4.ª Região. Decisão do STJ que, embora negue seguimento ao agravo de instrumento aviado pela CEF, aplica o teor da Súmula 83/STJ e a jurisprudência dominante acerca dos índices de correção monetária a incidirem nas contas do FGTS. Pronunciamento meritório por parte deste Tribunal, sendo ele o competente para rescindir julgados seus, nos termos do art. 105 da CF. Aplicação da Súmula 249/STF. 4. Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal *a quo*, e tratando-se de caso de competência originária deste STJ, não se faz possível a remessa do § 2.º do art. 113 do CPC, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito. 5. Acórdão do Tribunal *a quo* declarado nulo pela incompetência absoluta para apreciação da causa. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, I do CPC). Recurso especial prejudicado. STJ, 1.ª Turma, REsp 714.580/PR, rel. Min. José Delgado, declararam nulo o acórdão do tribunal *a quo* por incompetência absoluta, v.u., j. 24.05.2005, DJ 27.06.2005, p. 274; “Processo civil. Recurso especial. Prequestionamento. Alegação de divergência jurisprudencial. Ausência de comprovação de similitude entre os julgados confrontados. Ação rescisória. Prazo decadencial. Interposição extemporânea de recurso. Termo inicial. – Não se conhece de recurso especial quanto à alegação de ofensa a dispositivo legal que não foi tratado na origem. – O juízo positivo de admissibilidade de recurso especial por alegado dissídio jurisprudencial necessita da comprovação de similitude entre os julgados confrontados. – A interposição extemporânea de recurso não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, excluídas situações excepcionais (quando há fundada dúvida sobre a tempestividade do recurso ou quando não se imputa à parte autora o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória), inexistentes no presente processo. Recurso especial não conhecido”. STJ, 3.ª Turma, REsp 511.998/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, não conheceram do recurso, v.u., j. 07.12.2004, DJ 01.02.2005, p. 540.

⁴⁷⁴ *O dogma da coisa julgada*, p. 208.

4.4.2.1 *Da ação rescisória fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil – documento novo*⁴⁷⁵

Trata o art. 485, VII, do CPC do documento novo que pode ensejar a propositura de ação rescisória, deixando claro que o autor da ação rescisória, que poderia ser autor, réu, terceiro interveniente ou nem mesmo parte no processo em que proferida a decisão rescindenda, deveria ignorar a existência do documento ou dele não ter podido fazer uso no momento oportuno. É esta a única hipótese de cabimento de rescisória em que não há qualquer vício na decisão rescindenda, sendo a decisão, portanto, meramente rescindível.

José Carlos Barbosa Moreira faz questão de frisar:

Por “documento novo” não se deve entender aquele constituído posteriormente. O adjetivo “novo” expressa o fato de só agora ele ser utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. [...] para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já *existisse* ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento “cuja existência” a parte ignorava é, obviamente, documento que *existia*; documento “de que ela não pôde fazer uso” é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado e, portanto, *existia*.⁴⁷⁶

Exige-se, ainda, que a sua não-utilização tenha ocorrido por razões alheias à sua vontade.⁴⁷⁷

Embora o dispositivo legal utilize a expressão “depois da sentença”, a doutrina tem entendido que isso significa o último momento em que teria sido permitido à parte utilizar o documento no feito onde se proferiu a decisão rescindenda.

Também se mostra fundamental que a mera produção do documento já seja suficiente para assegurar à parte pronunciamento favorável, ou seja, decisão mais vantajosa do que aquela obtida sem a produção do documento. Essa exigência se justifica, tendo em vista que a ação

⁴⁷⁵ A apresentação das teorias que autorizam a rediscussão da coisa julgada, por meio de ação rescisória, nas ações relativas à filiação é feita em desacordo com a numeração dos incisos constantes do art. 485 do CPC. No entanto, é nossa a opção de assim proceder. O intuito é elencar as teorias na ordem do que entendemos ser mais técnico e relevante à luz do diploma processual civil vigente.

⁴⁷⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 136-137.

⁴⁷⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 137. No mesmo sentido se posiciona Humberto Theodoro Júnior, Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 3, p. 21.

rescisória não pode ser utilizada como instrumento para reavaliação de provas ou realização de nova instrução probatória, vez que já existe coisa julgada.

Mostra-se oportuno, ainda, enfatizar que o dispositivo legal trata de documento novo; o que não significa que o interessado, descobrindo fato cuja existência ignorava, possa se valer da ação rescisória. O que se permite é a produção de prova de fato alegado, mas não provado, e não a produção, ainda que por documento novo, de fato que a parte desconhecia e passou a saber depois de proferida a decisão rescindenda.

José Carlos Barbosa Moreira explica, de forma bastante clara, a compreensão do dispositivo:

Não pode haver ampliação da área lógica dentro da qual se exerceu, no primeiro feito, a atividade cognitiva do órgão judicial, mas unicamente ampliação dos meios de prova ao seu dispor para resolver questão de fato já antes suscitada.⁴⁷⁸

Mostrando-se necessária a propositura de ação de exibição de documento, esta deverá ser proposta antes da ação rescisória. Contudo, se houver risco de decadência do direito de propor a ação rescisória, o autor poderá propor a ação indicando a existência da ação de exibição e pedindo com base no art. 265, IV, a, a suspensão do processo.

Controverte a doutrina com relação à seguinte questão: rescindida a decisão por força do documento novo (juízo rescindente), o órgão julgador da ação deverá prosseguir no julgamento (juízo rescisório) ou se o fizer ocorrerá a supressão de um órgão de jurisdição?

Moacyr Lobo da Costa, entendendo não poder haver cumulação de juízos nessa hipótese, defende o seu posicionamento:

Entre as hipóteses que não comportam o juízo rescisório, por esgotar-se a função jurisdicional do Tribunal no juízo rescindente, inclui-se a da rescisória pela descoberta de documento novo.

Como o autor da ação rescisória é o sucumbente no processo anterior, no qual terá sido autor ou réu, a descoberta de documento, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, vai cumprir essa finalidade com o

⁴⁷⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 140. Comunga da mesma opinião Sérgio Rizzi, *Ação rescisória*, p. 181.

juízo de julgamento da procedência da rescisória e revogação da sentença que lhe era desfavorável.

Se ele era réu, condenado pela sentença rescindenda, com o provimento da rescisória baseado no documento ficará absolvido.

Se ele era autor da ação, que a sentença rescindenda julgara improcedente, com a revogação desta poderá propor nova ação, baseado no documento descoberto, sem o risco de violar a coisa julgada.

O que não deve ser permitido é o pedido de cumulação dos dois juízos, por importar na supressão do duplo grau de jurisdição, pois o juiz de primeira instância julgou sem ter tido conhecimento do documento; a menos que se tenha firmado jurisprudência pretoriana sobre a devolução do juízo rescisório.

Não colhe o argumento de que, no caso da falsa prova, o Tribunal irá julgar de novo, sem ocorrer supressão de instância, porque, nesse caso, já houve o pronunciamento do juiz de primeiro grau, em face da prova depois anulada, enquanto que sobre o documento novo o juiz não se pronunciou. Quanto à provável invocação do princípio da economia processual, é de se ponderar que não se pode sobrepor à garantia constitucional do duplo grau.⁴⁷⁹

Em posição contrária coloca-se Sérgio Rizzi:

Com efeito, *ex vi* do art. 488, I, do Código, deverá o autor cumular tais pedidos nos casos em que couber. Ora, a *ratio legis* do n. VIII, do art. 485 do Código, está em propiciar uma nova decisão, em face de um meio de prova inexistente no processo ao tempo da decisão rescindenda, razão pela qual a cumulação de pedidos é necessária.⁴⁸⁰

Concordamos com referido autor e com a doutrina majoritária, não obstante entendamos a relevância do posicionamento de Moacyr Lobo da Costa, uma vez que, além de o princípio do duplo grau de jurisdição não poder ser visto como princípio constitucional, na hipótese de rescisória por documento novo, a instrução probatória se realizou pelo juízo monocrático, ainda que sem este documento, o que autorizaria o órgão julgador da rescisória a prosseguir no seu julgamento, uma vez rescindida a decisão transitada em julgado.

Farta é a doutrina e a jurisprudência quando se trata de ação rescisória por documento novo, principalmente nos últimos tempos, em que o exame de DNA, pela sua constatada eficácia, tem sido fundamental para resolver as questões relacionadas à filiação.

⁴⁷⁹ Rescisória por descoberta de documento novo, p. 298-299.

⁴⁸⁰ *Ação rescisória*, p. 185.

De acordo com o Ministro Gilson Dipp, manifestado no julgamento do Recurso Especial 139.379-SP,

documento novo traduz fato anterior, que só agora pode ser utilizado, e não a ocasião em que se formou. O importante é que à época dos acontecimentos havia a impossibilidade de sua utilização, ou seja, há de ser estranho à vontade das partes, tendo em vista encontrar-se impedida de utilizar-se do documento, impedimento este não oriundo de sua desídia, mas da situação fática ou jurídica em que se encontrava.⁴⁸¹

Com relação aos exames de DNA, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais estaduais têm se inclinado a não admitir a ação rescisória com fundamento em documento novo se houve recusa do suposto pai na realização do exame durante a ação de investigação de paternidade,⁴⁸² bem como nos casos em que a produção da prova pericial não se mostra mais possível.⁴⁸³

No entanto, a utilização do exame tem sido admitida nos casos em que ao tempo da decisão rescindenda tal exame não estava sendo utilizado como técnica científica para averiguação da filiação:

⁴⁸¹ STJ, 5.^a Turma, REsp 139.379-SP, não conheceram, v.u., j. 05.10.1999, DJ 25.10.1999, p. 114.

⁴⁸² Nesse sentido: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Trânsito em julgado. Ação de anulação do registro civil. O investigado que se recusa a submeter-se ao exame do DNA, tendo recursos para tanto, não pode depois do trânsito em julgado dessa ação e vencido o prazo para a ação rescisória, promover ação de anulação do registro, sob a alegação de que agora está disposto a fazer o exame. MINISTÉRIO PÚBLICO. Intimação. Recurso. Prazo. O prazo para o Ministério Público recorrer começa da data do ciente apostado pelo seu representante, e não do ingresso dos autos na repartição encarregada da movimentação do processo, na Procuradoria. Recurso tempestivo, conhecido e provido”. STJ, 4.^a Turma, REsp 196966/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, deram provimento ao recurso, v.u., j. 07.12.1999, publicado em 28.02.2000, p. 88; “APELAÇÃO – Ação Negatória de Paternidade – Ajuizamento – Impossibilidade – Relação de parentesco anteriormente declarada por sentença proferida em processo no qual fora determinada a produção de prova técnica, que só não foi realizada em razão do não comparecimento do ora apelante, muito embora tivesse sido regularmente intimado – Súmula 301/STJ – CPC, art. 267, V – Extinção do processo sem resolução do mérito mantida – Recurso improvido”. TJSP, ApCív 497.709-4/1-00, rel. Des. Egidio Giacoia, j. 01.07.2008.

⁴⁸³ No caso cuja ementa se transcreve a seguir a produção da prova não se mostrou possível em razão da inexistência de parentes próximos do falecido para a realização do exame: “Processo civil. Extinção do processo. Falta de provas. Improcedência do pedido. Julgamento de mérito. Art. 269-I, CPC. Doutrina. Recurso provido. I – A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento de mérito. II – Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, ‘o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes’. Assim, ‘se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência’. III – Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas” (REsp 226.436-PR, DJ 04.02.2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado – investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada”. STJ, 4.^a Turma, REsp 330.172/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, v.u., j. 18.12.2001, DJ 22.02.2004, p. 213.

Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.⁴⁸⁴

Na opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, o exame de DNA pode ser considerado como documento novo para a propositura de rescisória desde

⁴⁸⁴ STJ, 4.ª Turma, REsp 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, v.u., j. 28.06.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 370. Em sentido contrário já decidiu o STF: “Ação rescisória. Investigação de paternidade. Código Civil, art. 363, II, *in fine*. Decisão que teve como comprovadas relações sexuais entre o ora autor e a mãe do ora réu, a época da concepção deste. Ação rescisória fundamentada no art. 485, III, V e VII, do Código de Processo Civil. 2. O acórdão que se pretende rescindir no RE 81.802, ao restabelecer a sentença, baseou-se na prova identificada na decisão de primeiro grau e no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado. Não cabe, aqui, rediscutir esses mesmos elementos de prova. E assente que não se admite ação rescisória para debater, outra vez, a causa e a prova, como se fora nova instância recursal. Precedentes do STF. 3. Para os efeitos do inciso VII do art. 485 do CPC, por documento novo não se deve entender aquele que, só posteriormente a sentença, veio a formar-se, mas o documento já constituído cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pode fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo. 4. Não demonstrou, também, o autor haver a decisão rescindenda resultado de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, a teor do art. 485, III, do CPC. 5. Ação rescisória julgada improcedente”. STF, Tribunal Pleno, Ação Rescisória 1.063/PR, rel. Min. Néri da Silveira, julgaram improcedente, por maioria, j. 28.04.1994, *DJ* 28.05.1995, p. 26.138.

que, ao promovê-la, já tenha o pai realizado o exame e, na mesma orientação do Superior Tribunal de Justiça,⁴⁸⁵ que não tenha se recusado a realizar o exame em ação anterior.⁴⁸⁶

Explicam os autores que, embora o legislador tenha adotado a expressão “documento novo”, também a perícia nova está abrangida no conceito, uma vez que a prova pericial é, muitas vezes, mais contundente de que a documental. E, ainda, que nesta hipótese de rescisória não é o documento que servirá de fundamento para a rescisão da sentença, mas o fato declarado, atestado ou reproduzido no documento.⁴⁸⁷

Galeno Lacerda⁴⁸⁸ tem posição completa diversa quanto ao momento da produção do documento novo, entendendo ser cabível que a sua produção se verifique no curso da própria ação rescisória. Além disso, para o autor, admitir que o documento se constitua depois do julgado rescindendo “é consequência lógica do sistema moderno e evoluído adotado pelos Códigos brasileiro e português nessa matéria”.⁴⁸⁹

Em parecer exarado em 1992, o doutrinador já entendia que a produção de nova prova técnica para a aferição do vínculo real da paternidade se mostrava possível, mesmo após o trânsito em julgado de decisão anterior que julgava a ação de investigação de paternidade procedente:

Ação rescisória contra sentença que deu pela procedência de ação investigatória de paternidade – Possibilidade, pelo art. 485, VII, do CPC, se fundada em provas científicas novas, de natureza hematológica, não produzidas na ação originária, mas realizáveis na própria demanda rescisória – Circunstâncias da causa que aconselham a admissibilidade da medida – Interpretação do art. 485, VII, do CPC.

[...] A ação rescisória poderá fundar-se no art. 485, VII, do CPC, podendo o documento novo consistir em laudo hematológico que traduza as conquistas mais modernas da ciência no campo da genética humana, o qual poderá ser produzido no curso da própria demanda rescisória. O Código, aliás, não proíbe essa forma de produção do documento novo, nem existe formação mais

⁴⁸⁵ Cf. decisões proferidas nos seguintes julgados: STJ, 4.^a Turma, REsp 196966/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, deram provimento ao recurso, v.u., j. 07.12.1999, publicado em 28.02.2000, p. 88; TJSP, ApCív 497.709-4/1-00, rel. Des. Egidio Giacoia, j. 01.07.2008.

⁴⁸⁶ *O dogma da coisa julgada*, p. 201.

⁴⁸⁷ Idem, p. 202. Também aceita que a ação rescisória, em tais casos, seja fundada em documento novo: Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 625;

⁴⁸⁸ *Direito de família*, v. 1: ações de paternidade (casos selecionados), p. 189-200.

⁴⁸⁹ Ob. cit., p. 197.

adequada e segura de um documento do que a judicial. O essencial é que ele, por si só – são as palavras da lei – seja capaz de assegurar pronunciamento favorável aos autores da rescisória. Na espécie, isso será possível, se o laudo favorecer a teses dos Consulentes. Essa hipótese basta para lhes conferir legitimação e interesse para o uso da demanda. O fato de o exame depender também do concurso da parte contrária não afasta a possibilidade da rescisória, pois a eventual recusa do investigador, ou de sua mãe, sujeita-os à presunção adversa resultante da combinação dos arts. 440 e 359 do CPC. Aliás, não é de crer que o investigador, tão interessado na efetivação de perícias hematológicas no curso da ação primitiva, venha, agora, refugar os métodos modernos, capazes, verdadeiramente, de eliminar as dúvidas a respeito de sua filiação. É o nosso parecer.⁴⁹⁰

José Carlos Barbosa Moreira,⁴⁹¹ mesmo sustentando posicionamento contrário à “relativização” da coisa julgada, se manifesta no sentido de que a possibilidade de realização de prova pericial genética, que não se mostrava disponível ao tempo da prolação da sentença em ação investigatória, que transitou em julgado, representa “um caso realmente dotado de características especiais”.

Ressalta o jurista que, em tais casos, “por mais que se esforçassem o litigante e o órgão judicial, empenhados um e outro na cabal averiguação dos fatos, não teria havido a possibilidade de fazê-la completa e inequívoca, *por causa da inexistência* (ou – o que dá praticamente no mesmo – do desconhecimento, pela ciência) *do meio mais idôneo à apuração da verdade*.”.

Assim, entendendo tratar-se de “flexibilização perfeitamente razoável do conceito de ‘documento novo’”, conclui pela aceitação da utilização do exame de DNA, realizado posteriormente ao trânsito em julgado da decisão proferida em ação investigatória, como fundamento a lastrear a ação rescisória.

Em nossa opinião, acreditamos ser possível a propositura da ação rescisória fundada em documento novo consistente em prova técnica, que ateste resultado diverso daquele obtido na ação de filiação anterior, ainda que produzido após a sentença que julgou a ação de filiação.

Entretanto, entendemos conveniente frisar que a ação rescisória, nestas hipóteses, somente será cabível se, quando da prolação da decisão rescindenda, não se mostrasse possível a

⁴⁹⁰ *Direito de família*, v. 1: ações de paternidade, p. 189-200.

⁴⁹¹ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, *Revista Forense*, v. 377, p. 55-56.

realização do exame, mas nunca nos casos, que têm ocorrido com frequência, em que o investigado se recusa a realizá-lo e, após o trânsito em julgado da decisão que estabelece a paternidade, o faz voluntariamente com vistas a afastar a relação de parentesco.

4.4.2.2 *Da ação rescisória fundada no art. 485, VI, do Código de Processo Civil – prova falsa*

Do art. 485, VI, do Código de Processo Civil se extrai ser cabível a ação rescisória quando a decisão rescindenda houver se fundado em prova falsa. Coqueijo Costa explica que falso é aquilo que, não sendo verdade, se houver por verdade.⁴⁹²

A doutrina encontra-se firmada no sentido de que a prova falsa, para ensejar a rescisão da decisão, tenha sido decisiva para que o órgão judicial proferisse o provimento jurisdicional que proferiu. Isso quer dizer que, se uma vez abstraída a prova falsa, o julgamento fosse o mesmo porque outras provas o sustentariam, não há que se falar em rescisão.⁴⁹³ Nessa linha, a rescisão somente ocorrerá na medida em que houve influência da prova falsa, podendo, portanto, se tratar de rescisão parcial.

O cabimento da rescisória não está condicionado ao fato de a parte ter ou não alegado a falsidade da prova no processo em que foi utilizada. No entanto, se se tratar de falsidade documental, e a sentença proferida no respectivo incidente (art. 395) houver declarado autêntico o documento, fica excluída a possibilidade de se rescindir, com base no art. 485, VI, a decisão sobre o mérito da causa principal, fundada no documento que se declarara autêntico, enquanto subsistir a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que o declarou tal – ela própria, é claro, eventualmente rescindível.⁴⁹⁴

Tratando da prova pericial, Coqueijo Costa explica o que poderia eivar a decisão rescindenda a ponto de autorizar o manejo da rescisória. Segundo o autor, a prova pericial é eminentemente técnica e suplementa a falta de conhecimento, pelo Juiz, do ponto enfocado. Patente

⁴⁹² *Ação rescisória*, p. 89.

⁴⁹³ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 133, p. 119; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Ação rescisória*, *RePro* 40, p. 141; Sérgio Rizzi, *Ação rescisória*, p. 153-154; Coqueijo Costa, *Ação rescisória*, p. 89.

⁴⁹⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 133.

a falsidade em qualquer dos tipos de perícia (exame, vistoria, avaliação), no laudo do perito judicial ou no do assistente técnico, está justificado o uso da rescisória.⁴⁹⁵

Quanto ao momento de verificação da falsidade da prova, deve-se analisar se houve apuração prévia no juízo criminal ou no juízo cível, e em que medida haveria vinculação dessas decisões à rescisória, ou se a apuração se dará nos próprios autos da rescisória, como bem autoriza o art. 485, VI, do CPC. Sem dúvida, essa possibilidade existe já que, por ser extremamente curto o prazo decadencial de dois anos, não há que se impor que a parte aguarde o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na ação destinada a apurar a falsidade da prova para promover a rescisória.

Caso a apuração de falsidade seja feita em processo penal, restando comprovada a ausência de falsidade em razão da inexistência material do fato (art. 66 do CP), não será viável a propositura de ação rescisória.

Diferentemente, se a decisão criminal transitada em julgado reconhecer a falsidade, não será necessária a realização de nova instrução probatória na ação rescisória.

Divide-se a doutrina quanto à vinculação da decisão que considerou falsa a prova ao êxito da rescisória se a apuração ocorrer no juízo cível.

Para Sérgio Rizzi, “a decisão civil transitada em julgado, desde que tenha julgado autêntico ou falso um documento, é vinculante para a ação rescisória”. O autor sustenta seu entendimento argumentando que a coisa julgada na esfera cível, deve, sempre, ser respeitada, e, se já existe uma decisão nesse âmbito que tratou da matéria transitada em julgado, evidentemente, esta poderá ser utilizada para fundamentar ação rescisória, uma vez que a coisa julgada não poderá ser afrontada no juízo rescindente, porque não é de aceitar, em nome da omissão do legislador ordinário, que um preceito constitucional seja violado.⁴⁹⁶

Nelson Nery Junior e Rosa Nery admitem que

a prova da falsidade pode ser feita na própria rescisória ou ter sido declarada em processo criminal ou civil desde que a declaração de falsidade tenha sido

⁴⁹⁵ *Ação rescisória*, p. 92. Também Sergio Rizzi, *Ação rescisória*, p. 145.

⁴⁹⁶ *Ação rescisória* p. 150.

reconhecida por sentença entre as mesmas partes e acobertada pela autoridade da coisa julgada, o que pode ocorrer em ação declaratória autônoma (CPC 4.º II), em ADI (CPC 5.º) ou em incidente de falsidade (CPC 390).⁴⁹⁷

Em sentido contrário, posiciona-se José Carlos Barbosa Moreira, que, embora verifique que essa situação configure uma singularidade na sistemática processual, entende que não constitui fundamento bastante da rescisão a prévia declaração da falsidade do documento em sentença civil, seja proferida em processo autônomo de ação declaratória (art. 4.º, II), seja em processo de incidente de falsidade surgido no curso de outro feito, sobre o mesmo documento em que se houver fundado a decisão rescindenda.

Concordamos com a primeira corrente doutrinária justamente por entendermos que o juízo da rescisória não pode desrespeitar decisão anteriormente, proferida pelo juízo cível e transitada em julgado, sob pena de violação à coisa julgada, sendo completamente desnecessária a nova apuração da falsidade da prova.

Por fim, pode ocorrer a apuração nos autos da própria ação rescisória, caso não haja decisão, no cível ou no processo criminal, a respeito da falsidade.

Como mencionado anteriormente, esclarecem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que a propositura da ação rescisória com a intenção de se provar o erro da sentença, somente se mostrará possível se fundada em falsidade da prova.⁴⁹⁸

A prova falsa pode ser fundamento para a ação rescisória, também, nas ações relativas à filiação.⁴⁹⁹ Pode ser falsa a prova oral, documental ou pericial e, desde que a decisão tenha se fundado nessa prova, verificada a falsidade, autorizado está o manejo da rescisória.

⁴⁹⁷ *Código de Processo Civil comentado*, p. 864.

⁴⁹⁸ *O dogma da coisa julgada*, p. 200-201.

⁴⁹⁹ O TJRS já teve oportunidade de julgar procedente ação rescisória fundada em prova falsa: “Ação rescisória. Investigação de paternidade e petição de herança. Dolo. Por isso que enganosa, falsa a prova, obtida mediante dolo, relativa a suposta paternidade, que constituiu a víga mestra da pretensa paternidade, fato aquele demonstrado de forma irretorquível, mediante exame sanguíneo sobre fatores genéticos, além de outras evidências, resulta inequívoca, também, a falsidade da paternidade. Ação rescisória procedente. TJRS, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Ação Rescisória 588019679, rel. Des. Gervásio Barcellos, j. 14.06.1991.

Além desses casos, Humberto Theodoro Júnior entende que “conforme as circunstâncias da ação primitiva, o posterior exame de DNA pode servir de meio para demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em *falsa prova*”.⁵⁰⁰ Para o jurista, não se trata de proceder ao reexame dos meios de prova utilizados na primeira ação, mas, sim, de se demonstrar que não são o retrato da verdade.⁵⁰¹

Eduardo Talamini discorda desse entendimento, pois, para o jurista, “a circunstância de posteriormente haver prova mais precisa, que recaia diretamente sobre o fato principal e permita uma melhor formação de convicção a respeito dos fatos da causa não significa que foi ‘falsa’ a prova do primeiro processo”.⁵⁰²

4.4.2.3 *Da ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil – violação a literal disposição de lei*

Poderá ser proposta ação rescisória, com base no disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, quando a decisão violar literal disposição de lei,⁵⁰³ que tanto pode se tratar de norma de direito material, como processual.⁵⁰⁴

No entanto, a análise dessa hipótese de cabimento de ação rescisória demonstra que a jurisprudência tem sido bastante restritiva, por entender não caber a rescisória quando a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 3, p. 22.

⁵⁰¹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰² *Coisa julgada e sua revisão*, p. 622.

⁵⁰³ A expressão lei utilizada no dispositivo deve ser entendida em sua acepção ampla, ou seja, incluindo também a violação a dispositivo da Constituição Federal, Medidas Provisórias, Decretos, Leis ordinárias, Leis delegadas etc. Com relação à extensão que deve ser dada à palavra “lei”, José Carlos Barbosa Moreira esclarece que melhor teria sido substituí-la por “direito em tese”. Segundo o jurista, o ordenamento jurídico não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da questão de direito quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum”, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 130.

⁵⁰⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 131; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, p. 115.

⁵⁰⁵ Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Assim, segundo a súmula 343, parece claro não ser cabível ação rescisória com base no art. 485, V, quando à época da prolação da decisão que se pretende rescindir, a jurisprudência era controvertida.⁵⁰⁶

Teresa Arruda Alvim Wambier, com quem inteiramente concordamos, entende, em posição completamente diversa, que a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, deveria ter cada vez menos incidência porque desrespeita princípios constitucionais fundamentais. Justifica a autora sua posição esclarecendo que em face de casos, rigorosamente, idênticos deveria o Judiciário tender a decidir aplicando a mesma regra de direito, entendida da mesma forma.⁵⁰⁷

A violação a literal disposição de lei,⁵⁰⁸ também, tem sido utilizada como causa de pedir⁵⁰⁹ nas ações rescisórias que objetivam a rediscussão de matéria referente ao estabelecimento da filiação. O aspecto primordial é a não-utilização da perícia genética.

⁵⁰⁶ Teori Albino Zavascki descreve o sentido e a razão de ser desta súmula: “Na jurisprudência do STF, sempre houve a tendência de se considerar a ofensa à lei, ensejadora da rescisória, com forte adjetivação: é a violação frontal e direta, é a que envolve contrariedade estridente ao dispositivo, e não a interpretação razoável ou a que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir no que ele negou. (...) Trata-se de fórmula para fixar um critério objetivo, apto a identificar um pressuposto negativo do fenômeno: o que não é violação literal. Se grassa nos tribunais entendimento divergente sobre o mesmo preceito normativo, é porque ele comporta mais de uma interpretação, a significar que não se pode qualificar uma delas, como frontal ou gritantemente ofensiva ao teor literal da norma interpretada. (...) A interpretação razoável da norma (‘ainda que não a melhor’) impede a revisão do julgado até mesmo por via de recurso, com muito mais razão tem de se negar acesso à rescisória”. Ação rescisória em matéria constitucional, p. 1.041/1.067.

⁵⁰⁷ Prossegue a autora: “A simples circunstância de que à época em que foi prolatada a decisão haveria, a respeito do entendimento da norma, ‘jurisprudência conflitante’, não consiste em elemento diferenciador que justifique a distinção feita pela súmula. [...] Admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário, é prestigiar o acaso. Explicamos: isso significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada incorreta, aqueles que tiveram sorte de participar de determinada ação. [...] A súmula 343 afronta os princípios da legalidade e da isonomia, pelo que é inconstitucional. [...] O princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, visa a gerar jurisprudência interativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, que gera segurança. E esses objetivos, hoje se entende, são alcançados com a vinculação à lei no sentido de vinculação ao sistema. A vinculação é à lei, mas à lei, vista sob esse enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência”. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, p. 283-304.

⁵⁰⁸ “Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Ação de investigação de paternidade. Sentença determinando a extinção do feito em face do reconhecimento da decadência, mantido, por maioria, pela câmara. Julgamento superveniente do STJ admitindo a ação, com reconhecimento da imprescritibilidade do direito à investigação de paternidade e alteração do registro de nascimento. Ação rescisória procedente, autorizando o prosseguimento do feito”. TJRS, 7.^a Câ. Cív., Ação Rescisória 70011094042, rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgaram procedente a ação, v.u., j. 01.11.2006, DJ 08.11.2006.

⁵⁰⁹ Notícia Freddie Didier Junior que os dispositivos mais comumente tido por violados são os arts. 226, *caput* e § 7.º, e 227 da Constituição Federal; art. 5.º, LV, da Constituição Federal pela violação ao princípio do con-

Belmiro Pedro Welter entende que, caso não tenha havido produção de prova pericial – exame de DNA – na ação de investigação de paternidade, ter-se-ia por violado o art. 130 do Código de Processo Civil e, com isso, autorizada estaria a propositura de ação rescisória.⁵¹⁰

Considerando a orientação do direito processual civil no sentido de que, em razão da necessidade de se garantir o acesso à ordem jurídica justa, deve o juiz estar munido de poderes para a investigação da verdade real, além de tomar a iniciativa na instrução probatória no caso de não ter sido tomada pelas partes, a sua omissão pode ensejar violação ao disposto no art. 130 do Código de Processo Civil. Os precedentes, cujas ementas são transcritas a seguir, demonstram a atual compreensão do Superior Tribunal de Justiça acerca da atividade jurisdicional no momento da produção da prova:

Investigação de paternidade. Prova. Poderes do juiz. As regras contidas nos art. 130 e 437 do CPC não conferem ao juiz poderes meramente discricionários. A determinação de novas diligências pode apresentar-se como impositiva conforme as circunstâncias da causa. Hipótese em que, além da natureza do direito em discussão, havia indícios não desprezíveis a indicar a existência do vínculo de paternidade.⁵¹¹

Processual civil – Perícia imprescindível – Determinação *ex officio*.

Sendo a prova pericial imprescindível, cabe ao juiz, de ofício, determinar a sua realização, e não, julgar o pedido improcedente por ausência de prova técnica. Recurso improvido.⁵¹²

Fredie Didier Junior lembra, também, a possibilidade de violação ao disposto no art. 400, II, do Código de Processo Civil quando a decisão se fundar, unicamente em prova testemunhal.⁵¹³

traditório; art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 130 do CPC; art. 400, II, do CPC; Cognição, Construção de Procedimentos e Coisa Julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, *Revista Diálogo Jurídico* 10/16-21, 2002, disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em: 22 ago. 2008.

⁵¹⁰ Coisa julgada na investigação de paternidade, *Jornal Síntese* 19/10.

⁵¹¹ STJ, 3.ª Turma, REsp 85.883/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, deram provimento ao recurso especial, v.u., j. 16.04.1998, *DJ* 03.08.1998, p. 218.

⁵¹² STJ, 1.ª Turma, REsp 186.854/PE, rel. Min. Garcia Vieira, negaram provimento ao recurso especial, v.u., j. 14.12.1998, *DJ* 05.04.1996, p. 86.

⁵¹³ Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, *Revista Diálogo Jurídico* 10/21, 2002, disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em: 22 ago. 2008. Ressalta o autor, ainda, a imprestabilidade da prova testemunhal nessas

Tem-se, desta forma, que a concepção atual do processo autoriza a compreensão de violação ao disposto no art. 130 do Código de Processo Civil, principalmente quando, em ações de estado, o juiz não determina, de ofício, a produção de prova pericial tendente a solucionar a questão da paternidade biológica. Com isso, se a decisão transitar em julgado, parece razoável se aceitar que a rescisória seja aforada com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

ações: “Nas demandas de investigação de paternidade, atualmente, a produção da prova testemunhal há de ser indeferida (art. 400, II, do CPC), porquanto só o exame do DNA pode comprovar a existência do vínculo de filiação. A prova testemunhal não tem o condão, por absoluta impossibilidade física, de comprovar a paternidade, fato que somente pode ser constatado com a prova técnica. A prova testemunhal, aqui, só poderia ser aceita, como indiciária, à falta de outros elementos”. Idem, p. 21.

PARTE II
DAS AÇÕES DE ESTABELECIMENTO
E IMPUGNAÇÃO DA FILIAÇÃO

3

ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO:
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO

1. Ação de investigação de paternidade

1.1 Aspectos gerais

Tratando dos princípios que nortearam as legislações contemporâneas sobre a investigação de paternidade, em 1958, Arnaldo Medeiros da Fonseca classificava tais legislações em cinco grandes grupos, conforme proibissem ou permitissem a sua declaração judicial.

Num primeiro grupo estavam as legislações que proibiam a investigação de paternidade ilegítima, tendo vigorado na França até 1912 e na Itália até 1939. No segundo grupo estavam as que permitiam a investigação de paternidade em casos taxativos, mas concediam à filiação estabelecida judicialmente efeitos amplos, sendo o que ocorria em Portugal e na França após 1912. Integrava o terceiro grupo o direito inglês e alemão, em que a investigação de paternidade estava autorizada, mas os direitos dos filhos eram limitados à concessão de alimentos. No quarto grupo estavam as legislações da Suíça, na Bélgica após 1908 e no Uruguai. Tais leis distinguem a ação alimentar, permitida de forma mais ampla, da ação de estado, que não obstante produzisse efeitos mais extensos, estava restrita a casos especiais. E, por fim, o quinto grupo era composto pelas legislações soviética e argentina, que consideravam livre a investigação de paternidade e, em regra, outorgavam aos filhos ilegítimos os mesmos direitos que aos legítimos.⁵¹⁴

Atualmente, é mundial a tendência à ampla possibilidade da investigação de paternidade, com a garantia de igualdade de direitos a todos os filhos, independentemente da existência de casamento entre os seus genitores.

⁵¹⁴ *Investigação de paternidade*, p. 75-76.

Zeno Veloso⁵¹⁵ noticia que a legislação estrangeira mais moderna tem liberalizado a ação investigatória, mediante a abolição das causas de admissibilidade e com a previsão de uma condição geral para a propositura da ação, qual seja, presunção ou indício grave da paternidade. De acordo com o jurista, esse é o regime adotado na França,⁵¹⁶ na Suíça, na Espanha, na Itália, em Portugal, na Argentina,⁵¹⁷ na província canadense de Quebec.

Sobre a ação de investigação de paternidade no direito português, Guilherme de Oliveira⁵¹⁸ informa que, após a Reforma de 1977, o “espírito biologista” ensejou grandes modificações na ação, que pode seguir dois caminhos: ou a pretensão se funda em fatos que constituem a base de uma presunção legal – que não é absoluta – ou a pretensão se baseia em coabitação causal entre a mãe e o suposto pai.⁵¹⁹

O jurista português compara o sistema adotado para a ação de investigação em Portugal com o dos demais países europeus e acentua:

O sistema português é original no contexto europeu recente: o direito francês manteve “condições de admissibilidade” (apesar da alteração insólita que resulta da lei de 25.6.82, nos termos da qual o estabelecimento da paternidade ou da maternidade pode fundar-se na mera prova, a todo o tempo, da posse de estado); o direito italiano abandonou as “condições de admissibilidade” mas organizou um controlo preliminar de viabilidade; o direito espanhol admitiu a prova livre mas exige um “princípio de prova”; os direitos alemão e suíço presumem a paternidade contra o réu com base na mera prova da coabitação.⁵²⁰

⁵¹⁵ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 29.

⁵¹⁶ Marco Antonio Boscaro informa que, no direito francês, o estabelecimento da paternidade pode se fundar na verdade biológica e, também, na verdade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho, *Direito de filiação*, p. 31.

⁵¹⁷ Na Argentina, como determina o art. 257 do Código Civil, o concubinato da mãe com o suposto pai durante a época da concepção presume a paternidade, salvo prova em contrário.

⁵¹⁸ O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas, *Temas de direito da família*, p. 62-63.

⁵¹⁹ Dispõe o art. 1.871 do Código Civil português: “1.871.º (Presunção) 1. A paternidade presume-se: a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público; b) Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretense pai declare inequivocamente a sua paternidade; c) Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai; d) Quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade; e) Quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção. 2. A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado.”

⁵²⁰ O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas, *Temas de direito da família*, p. 63.

No direito brasileiro, como vimos, foi paulatina a concessão de direitos aos filhos havidos fora da relação matrimonial. Desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916 até a Constituição Federal de 1988 foi abrandado o tratamento dispensado aos filhos extramatrimoniais de forma a permitir, gradualmente, a possibilidade de investigação de paternidade, que partiu de casos taxativos,⁵²¹ franqueada apenas aos filhos naturais, para a ampla utilização por quaisquer filhos, em quaisquer casos, sem limitações.

Sem dúvida, o ordenamento jurídico brasileiro sempre foi mais condescendente com os filhos ilegítimos naturais, impondo restrições severas aos adúlteros e incestuosos, que, efetivamente, somente passaram a desfrutar do direito de poderem ver reconhecido o seu estado de filiação, sem limites, com a Constituição de 1988.⁵²²

O Código Civil de 2002 alterou, sensivelmente, a abordagem que deve ser dada à ação de investigação de paternidade. Isso porque, não há qualquer dispositivo que especifique os casos em que tal investigação se mostra cabível, tal como havia no ordenamento anterior, que, no art. 363, estabelecia taxativamente os casos em que ação poderia ser proposta. Trataremos do tema, de forma aprofundada, quando analisarmos as causas de pedir da ação de investigação de paternidade (item 6 deste Capítulo).

De toda forma, o que se verifica, na atualidade, é que a ação de investigação de paternidade objetiva realizar um “acertamento” no estado da pessoa, por meio do reconhecimento do vínculo paternidade-filiação. Privilegia-se, assim, um dos atributos do direito de personalidade, que é o de conhecimento da identidade e que tem por base um princípio maior denominado de dignidade da pessoa humana.⁵²³

⁵²¹ Orlando Gomes explica os dois sistemas que determinam os pressupostos de admissibilidade da ação investigatória. De acordo com o autor, pelo sistema da *enunciação taxativa* “determina a lei restritivamente os pressupostos de fatos necessários ao ingresso em juízo do investigante. Se nenhum deles existir, o acesso aos tribunais é trancado”, e pelo sistema da *livre propositura*, “não se discriminam as hipóteses em que deve ser admitida a ação, bastando indícios que a justifiquem, apurados preliminarmente. Para coibir abusos, comina-se sanção ao investigante de má-fé. Deveria responder por perdas e danos, inclusive pelo *dano moral*, quem demandasse o reconhecimento da paternidade por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. O direito pátrio adotou o sistema de *enunciação taxativa*”. *Direito de família*, p. 361.

⁵²² Sobre a exata evolução do direito de filiação e das limitações ao estabelecimento da paternidade no direito brasileiro, veja-se o Capítulo “Da Filiação e do Reconhecimento Voluntário”.

⁵²³ María Dolores Hernández Díaz-Ambroña ressalta a relevância da descoberta da verdade na filiação: “Cada vez adquiere más relevancia el denominado principio de veracidad biológica, del que es un presupuesto el derecho a conocer el propio origen biológico, que para algunos se trata de un derecho fundamental que se encuadraría dentro del derecho a la dignidad de las personas, y que afecta a la propia identidad de las mismas. Constituye un derecho natural del hijo el interés justificado que le asiste de saber y conocer quien es su padre que se puede encuadrar en la tutela judicial efectiva que le corresponde por integrarse en la moral jurídica y normativa. [...] Se considera el derecho del niño a preservar su identidad como un derecho absoluto inherente a su persona que consiste en el derecho a ser uno mismo y en la obligación de los demás de respetar la identidad personal.”.

E é indiscutível que com essa demanda busca-se, ao menos em regra, uma adequação da relação jurídica com a verdade biológica, que a embasa.

Como explica Mónica Guzmán Zapater: “La investigación de la paternidad tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión.”.⁵²⁴

A denominação da ação, como não poderia deixar de ser, tem ligação direta com a atividade jurisdicional que se realiza nestes tipos de demanda, em que o juiz, premido pela dificuldade probatória, mas imbuído do interesse público decorrente da natureza da ação de estado, tenta alcançar o momento da procriação, *investigando* os fatos e a própria vida dos supostos genitores, na busca da verdade. Assim se manifesta Mário Aguiar Moura:

Tem por propósito permitir ao julgador que mais desembaraçadamente procura vencer as dificuldades que rodeiam esse tipo de ação. Sendo o fato natural da procriação, por sua própria natureza, um fato oculto, que se vela aos olhos e observações, refratário à prova material e física concludente, a investigação serve de armar o juiz de poderes maiores na busca do convencimento ou da certeza moral que o habilite a julgar. [...]

Conclui-se que a ação investigatória, a despeito do condicionamento inicial a fatos que a lei enumera como hábeis a permitir sua admissão, libera-se dessa amarra para avançar na investigação do fato central que é a procriação. Investiga também por meio das presunções e indícios, como processos inteligentes para inferir aquilo que se desconhece.⁵²⁵

1.2 Do fundamento legal da ação de investigação de paternidade

1.2.1 Contextualização do problema

No Código Civil anterior, a ação de investigação de paternidade competia apenas aos filhos ilegítimos, pois os filhos havidos do casamento estavam acobertados pela presunção de legitimidade e, conseqüentemente, de paternidade. Assim, por terem como pai, o marido de sua mãe, os filhos havidos durante o casamento não tinham razões para investigar a sua paternidade,

Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2005, p. 19-20.

⁵²⁴ *El derecho a la investigación de la paternidad*, p. 31.

⁵²⁵ *Tratado práctico da filiação*, v. 2, p. 59-60.

que já se encontrava estabelecida. A ação investigatória estava prevista no art. 363, do Código Civil de 1916.⁵²⁶

De outra parte, o art. 350 previa a *ação de prova da filiação legítima*, cuja propositura competia ao filho, enquanto vivesse, passando aos seus herdeiros se morresse menor ou incapaz.

Sobre essa ação, ensinava Pontes de Miranda:

Se o pai ou a mãe não o reconhece [o filho] como tal, compete ao indivíduo a ação de filiação, que tem por fim vindicar o seu estado. Esta ação tem um duplo interesse: um, puramente moral, que é o estado de filho legítimo; outro acessório, dependente do primeiro, que é o complexo de direitos emanados do estado de filho legítimo.⁵²⁷

Pontes de Miranda apresentava as regras especiais para a propositura da ação de prova de filiação legítima:

Regras Especiais – I) A prova da filiação legítima pressupõe a dos fatos seguintes: *a)* o casamento válido, putativo ou anulável. [...]; *b)* o nascimento da criança no prazo legal; *c)* sua filiação materna e paterna. [...] II – Na falta ou defeito do termo de nascimento, podem-se provar a filiação e o nascimento, por qualquer um dos modos admissíveis em direito: *a)* quando há comêço de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; *b)* quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.⁵²⁸

É de notar, portanto, que a ação de prova de filiação legítima não se confundia, sob a égide do ordenamento anterior, com a ação de investigação de paternidade, pois, enquanto esta cabia aos filhos ilegítimos para terem reconhecido o seu estado, sendo cabível apenas em situações muito específicas, aquela objetivava o reconhecimento de legitimidade da filiação,⁵²⁹ o que nunca poderia ser alcançado pela investigatória.

⁵²⁶ Dispunha o art. 363 do Código Civil de 1916: “Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”.

⁵²⁷ *Direito de família*, p. 304.

⁵²⁸ *Tratado de direito privado*, Parte especial, t. IX, p. 44.

⁵²⁹ J. M. de Carvalho Santos, em comentário ao art. 350, do Código Civil de 1916, esclarece que a ação de prova de filiação legítima pressupõe que os pais neguem a legitimidade do filho, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 383.

Por sua vez, o art. 348, do Código Civil de 1916 determinava: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.⁵³⁰

O dispositivo que, de acordo com J. M. de Carvalho Santos, veda a ação de reclamação de estado ou a de contestação de estado, apenas se refere à filiação legítima, e a conclusão do jurista decorre tanto da *localização* do dispositivo na lei, como do fato de o filho declarado no registro como ilegítimo poder provar em juízo ser, na realidade, filho legítimo.⁵³¹

Com a entrada em vigor do Novo Código, justamente em razão da plena igualdade entre os filhos, foi extirpada qualquer classificação no tocante à legitimidade, sendo relevante o casamento entre os genitores unicamente com o fim de se aplicar a presunção contida no art. 1.597.

Desta forma, não mais subsiste no nosso ordenamento, pelo completo descabimento, a ação de prova de filiação legítima, justamente porque, em tendo os filhos os mesmos direitos, não há porque subsistir uma demanda que tinha como única finalidade a obtenção do reconhecimento do filho como legítimo para, com isso, se beneficiar dos direitos apenas a estes conferidos.

Além disso, o art. 363 do Código Civil de 1916, que especificamente tratava da ação de investigação de paternidade, foi suprimido no diploma vigente, não havendo qualquer outra disposição a ele assemelhada.

E, o fato de os dispositivos legais mantidos serem, em grande parte, semelhantes aos do ordenamento anterior, conjugando-se isso à retirada do art. 363, dúvida se instaurou na doutrina a respeito de qual seria, na atualidade, o fundamento legal da ação de investigação de paternidade.

Para a maioria dos doutrinadores⁵³², a ação está prevista no art. 1.606, do Código Civil, que dispõe: “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.”

⁵³⁰ A parte final do dispositivo, “salvo provando-se erro ou falsidade do registro”, não constava da versão original do art. 348 do Código Civil de 1916, tendo sido acrescentada pelo Decreto-lei 5.860, de 30.09.1943.

⁵³¹ *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 377.

⁵³² Cf. Silvio Rodrigues, *Direito civil, direito de família*, v. 6, p. 369; Fernando Simas Filho, *A prova na Investigação de Paternidade*, p. 71; Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 85.

Explica Caio Mário da Silva Pereira:

No direito anterior, havia a previsão da antiga “ação de prova de filiação legítima”, no art. 350. Com a abolição do conceito de legitimidade, entendemos que a “ação de prova de filiação” regulamentada pelo art. 1.606 teria apenas a finalidade de demandar o reconhecimento de filiação, ou seja, a investigação de paternidade ou maternidade.⁵³³

Em sentido oposto, firma-se Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem a ação de prova de filiação, prevista no art. 1.606, não se confunde com a ação de investigação de paternidade. Assim se posiciona referido autor:

A primeira tem por fito comprovar a situação de fato referida no art. 1.605, ou a posse do estado de filho, cuja aparência resulta de presunção veemente ou de começo de prova por escrito de pais ausentes ou falecidos; em outras palavras, de regularização do registro de nascimento, que deixou de ser feito ou, se foi feito, não se tem comprovação indiscutível. Ao contrário da investigação, a paternidade nunca foi discutida, pois o pai sempre se comportou como tal. Na ação de investigação, objetiva-se o reconhecimento compulsório do filho, por omissão ou recusa do investigado, tenha ou não havido convivência familiar. Portanto, não tem cabimento na ação de prova de filiação o exame de DNA ou qualquer outra prova de origem genética do filho.⁵³⁴

Não concordamos com esse posicionamento por acreditar, acompanhando a doutrina majoritária, que o art. 1.606 consiste no fundamento legal da ação de investigação de paternidade.

Em nossa opinião, não obstante os dispositivos atuais tenham sido trazidos do Código Civil de 1916, a sua interpretação não pode levar em conta o regime jurídico da filiação sobre o qual se firmou o ordenamento anterior. É imprescindível que os dispositivos legais sejam interpretados com base na atual situação dos filhos, imposta pela Constituição Federal e reconhecida pelo Novo Código.

Ademais, é certo que a ação de prova de filiação não poderia ser outra senão a que objetiva o reconhecimento do estado de filho, seja ela proposta em face do pai, da mãe ou de seus herdeiros, esta última hipótese no caso daqueles já serem falecidos.

⁵³³ *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 115.

⁵³⁴ *Código Civil comentado*, v. 16, p. 97-98. E, ainda, Paulo Nader, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 348; Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado*, v. 5, p. 216.

Por fim, a disposição contida no antigo art. 348 é mantida no novo diploma, no art. 1.604, com a mesma redação. O dispositivo retrata que o estado da pessoa constante do registro civil corresponde à verdade e, por isso, ninguém está autorizado a vindicar estado contrário ao nele contido.

No entanto, a “verdade” registral pode ser alterada e a pessoa buscar o reconhecimento de seu estado, se provar erro ou falsidade daquele registro.

Tal dispositivo também pode ser utilizado como fundamento para a ação de investigação de paternidade naqueles casos em que o filho, tendo pai registral e tomando conhecimento de que o registro foi levado a efeito fundado em erro ou falsidade, postula a sua anulação e, a esse pedido, cumula o de investigação de paternidade em face daquele que acredita ser seu pai.

Mas, tal disposição legal, justamente porque fundamenta os pedidos de anulação de registro, pode ser o embasamento de todas as ações anulatórias, que serão oportunamente analisadas no Capítulo 2, da Parte II, deste trabalho.

1.3 *Natureza e características da ação de investigação de paternidade*

A investigação de paternidade é ação de conhecimento porque o juiz precisa analisar tanto os fatos, como os fundamentos jurídicos apresentados pelas partes, e as provas produzidas na ação para, apenas então, prolatar decisão reconhecendo ou não o estado de filiação.

É, ainda, ação declaratória porque a decisão proferida na investigação de paternidade apenas reconhece a relação jurídica já existente entre filho e pai. Não se trata de criação de uma relação nova, modificação ou extinção de relação jurídica anterior, mas apenas de declaração de sua existência. Além disso, não se presta à condenação do genitor a uma prestação.⁵³⁵⁻⁵³⁶

⁵³⁵ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 67. Concordando com a natureza declaratória da ação de investigação de paternidade: Lourenço Mário Prunes, *Investigação de paternidade*, p. 20; Luis Pinto Ferreira, *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*, p. 42; William Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 82. Mário Aguiar Moura entende que a sentença na ação investigatória, “a par do aspecto declaratório, não deixa de ser também constitutiva [...] a natureza declaratória consiste na retroatividade de seus efeitos, pois recobre a condição de filho desde o nascimento e, ainda, com os efeitos restritos até a concepção. Todavia, seu caráter também constitutivo consiste em que opera uma mudança, uma modificação na condição jurídica do filho”. *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 264.

⁵³⁶ É inegável a possibilidade de cumulação do pedido investigatório da paternidade com o de alimentos, de anulação de registro de nascimento ou de petição de herança. Nesses casos, no entanto, não se altera a natureza do pedido investigatório que é eminentemente declaratório.

Como esclarece Pontes de Miranda,

o reconhecimento não é um ato atributivo, mas simplesmente declaratório da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem carácter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria: revela-a. Dahi resulta que os seus efeitos, quaesquer que sejam, remontam ao dia do nascimento e, se for possível, da concepção do reconhecido.⁵³⁷

Em sentido oposto se posiciona a jurista portuguesa Maria José de Oliveira Capelo, entendendo que as ações investigatórias são constitutivas porque “a tutela jurisdicional pretendida não se esgota na mera declaração da existência do vínculo de sangue entre duas pessoas, e isto porque a sentença (ambicionada) de procedência provoca o ‘surgimento’ de um vínculo jurídico.”. Segundo o seu entendimento:

Na acção de investigação da paternidade e da maternidade é incontestável que os factos nos quais se traduz essa nova realidade jurídica (a constituição de um vínculo filial) já existem, mas estavam, contudo, imersos no mundo dos factos pertencentes unicamente aos domínios da natureza. A concretização da relevância jurídica dos factos da natureza está condicionada, por força da lei, à averiguação judicial da sua existência. A ascensão ao mundo dos vínculos jurídicos ocorrerá por efeito de pronúncia da decisão judicial de procedência.

Quanto à natureza do direito que se objetiva proteger, é ação de estado. E, como toda ação de estado, a investigação de paternidade versa sobre direito indisponível e tem as seguintes características: a) é personalíssima; b) é inalienável; c) é imprescritível; d) requer a intervenção do Ministério Público; e) tramita pelo procedimento ordinário (art. 275, parágrafo único, do Código de Processo Civil).⁵³⁸

2. Competência

A competência para a propositura da ação de investigação de paternidade deve ser analisada com base em dois critérios: a) material e b) territorial.

⁵³⁷ *Direito de família*, p. 305.

⁵³⁸ Todas essas características da ação investigatória foram tratadas quando cuidamos das Ações de Estado (Parte I, Capítulo 1, item 3).

2.1 Competência em razão da matéria

É competente para processar e julgar as ações de investigação de paternidade o juízo da Vara de Família e de Sucessões, onde houver, ou do juízo das Varas Cíveis. Nas comarcas onde existir vara especializada – de Família e de Sucessões –, terão esses juízos competência absoluta.

Não poderá a ação ser promovida perante as Varas da Infância e da Juventude, que não são competentes para analisar o pedido,⁵³⁹ tendo em vista o disposto no art. 109, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que taxativamente fixa a competência deste ramo especializado na justiça comum, não incluindo as ações investigatórias.

2.2 Competência em razão do território

A ação investigatória é ação de estado e, assim, envolve direito pessoal. Desta forma, aplica-se à investigatória a regra geral de competência territorial prevista pelo art. 94, do Código de Processo Civil, que estabelece a competência do juízo do foro do domicílio do réu (investigado).⁵⁴⁰

Pode ocorrer, entretanto, de a ação de investigação de paternidade ser cumulada com outros pedidos, o que pode afastar a aplicação da regra geral de competência territorial.

Assim, quando houver cumulação com ação de alimentos, a ação deverá ser proposta no foro do domicílio do alimentando, afastando-se o disposto no art. 94 do Código de Processo Civil para aplicação do art. 100, II, do mesmo diploma, pois, como leciona Arruda Alvim, “basta pedir alimentos para ocorrer o favor legal.”⁵⁴¹

⁵³⁹ Nesse sentido: “MENOR – Ações e procedimentos a ele relativos – Competência – Julgamento afeto, no Estado de São Paulo, às Varas de Família e Sucessões se se tratar de menores em situação regular, competentes as Varas da Infância e da Juventude unicamente quanto aos processos relativos a menores em situação irregular – Aplicação dos arts. 37 do Código Judiciário do Estado e 4.º do Assento 165 do TJSP”, em *RT*, v. 676, p. 85. E também em *RJTJSP*, v. 132, p. 392.

⁵⁴⁰ Confira-se o posicionamento do STJ: “AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Competência. – Não cumulada a ação de investigação de paternidade com o pedido alimentar, a competência é do foro do domicílio do réu (art. 94 do CPC). A Súmula 01/STJ aplica-se para os casos de cumulação do pedido investigatório com o de alimentos. – Recurso não conhecido”. STJ, 4.ª Turma, REsp 108.683-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, não conheceram, v.u., j. 04.10.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 364.

⁵⁴¹ *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 293.

A matéria é inclusive objeto do verbete contido na Súmula 1 do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁴²

Tratando-se de privilégio estabelecido pela lei com vistas a proteger a parte, presumidamente, mais frágil, é evidente que o autor pode optar por aquilo que lhe for mais conveniente e, portanto, poderá escolher entre a propositura da ação no foro de seu domicílio (art. 100, II) ou no domicílio do réu (art. 94).⁵⁴³

Parte da doutrina entende, ainda, que o art. 100, II, do Código de Processo Civil também deve ser aplicado às ações de investigação de paternidade, ainda que o pedido de alimentos não tenha sido formulado expressamente pelo investigante.

Explica Patrícia Miranda Pizzol que

o entendimento decorre do disposto no art. 7.º da Lei 8.560/92 que estabelece “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”. Assim, como o juiz tem o dever de fixar alimentos na sentença incide a regra do art. 100, II, do Código de Processo Civil.⁵⁴⁴

De qualquer forma, a competência prevista pelos arts. 94 e 100 do Código de Processo Civil é territorial e, portanto, relativa. Logo, se o réu, no prazo da resposta, não apresentar exceção, ocorrerá a prorrogação da competência.

No caso de cumulação da ação investigatória com a de petição de herança,⁵⁴⁵ competente será o foro onde se processa o inventário, pelo caráter universal da sucessão.⁵⁴⁶ Frise-se,

⁵⁴² Súmula 1 do STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos. Nesse sentido está absolutamente pacificado o posicionamento jurisprudencial: “Ação de investigação de paternidade. Cumulação com ação de alimentos. Foro competente. Aplicação da Súmula 1/STJ. Recurso não conhecido”. STJ, 4.ª Turma, REsp 86.573-MS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, não conheceram, v.u., j. 10.06.1996, DJ 12.08.1996, p. 27490.

⁵⁴³ Cf. Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 292.

⁵⁴⁴ *A competência no processo civil*, p. 197, nota de rodapé de n. 254. Também essa é a posição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 2.235.

⁵⁴⁵ Consoante o magistério de Caio Mário da Silva Pereira, a ação de petição de herança “é uma ação real universal, quer o promovente postule a totalidade da herança se for o único da sua classe, quer uma parte dela, se a sua pretensão é restrita a ser incluída como sucessor, entre os demais herdeiros.”, *Instituições de direito civil*, v. 6, p. 66.

⁵⁴⁶ Cf. Patrícia Miranda Pizzol, *A competência no processo civil*, p. 552. E, também, Marco Aurélio S. Viana, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e de maternidade*, p. 95; Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, *Inventários e partilhas*, p. 187. Essa é a posição do STJ: “Conflito de competência. Inventário. Ação

no entanto, que “o juízo do inventário só exerce *vis attractiva* quanto às ações relativas à herança e àquelas promovidas até a partilha”.⁵⁴⁷

Acreditamos, ainda, que essa seja a regra que deve ser aplicada no caso de, aos pedidos de investigação de paternidade e de petição de herança ser cumulado, também, o de alimentos. Nessa hipótese, durante a tramitação do inventário até a partilha, afastar-se-ia o privilégio concedido pelo art. 100, II, do Código de Processo Civil por conta da universalidade do juízo da sucessão.

3. Partes e legitimidade

A legitimidade *ad causam* é condição da ação, e a sua aferição decorre da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. A ilegitimidade de parte leva à extinção do processo, sem a análise do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Arruda Alvim define a legitimação para a causa como

a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença. Normalmente, no

de investigação de paternidade com petição de herança. 1. A ação de investigação de paternidade foi proposta no Juízo de Morrinhos/GO, quando já estava sendo processado o inventário no Juízo de Londrina/PR. O inventário e a ação de investigação de paternidade c/c petição de herança devem ser processados no foro do domicílio do autor da herança, nos termos do art. 96 do Código de Processo Civil. Já definida anteriormente por esta Corte, ante a aplicação do mencionado dispositivo do Código de Processo Civil, a competência do Juízo de Londrina/PR para o processamento e julgamento dos autos do inventário, deve a ação investigatória ser processada neste mesmo foro. 2. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 7.ª Vara Cível de Londrina/PR.”. STJ, Segunda Seção, Conflito de Competência 28.535-PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2000, DJ 18.12.2000, p. 152.

⁵⁴⁷ Em caso de propositura de ação após a finalização do processo de inventário, assim já decidiu o STJ: “Conflito de competência. Inventário já encerrado. Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e de alimentos. Domicílio do alimentando. 1. A regra especial prevalece sobre a regra geral de competência, daí que, segundo dispõe a Súmula 1/STJ, ‘o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos’. 2. Encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória respectiva, deixa de existir o espólio e as ações propostas contra as pessoas que detêm os bens inventariados não seguem a norma do art. 96 do Código de Processo Civil, prevalecendo, no caso concreto, a regra especial do art. 100, inciso II, do mesmo diploma, segundo a qual a demanda em que se postula alimentos deve correr no foro do domicílio ou da residência do alimentando. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Brasília/DF”. STJ, 2.ª Seção, Conflito de Competência 51.061-GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 207.

sistema do Código, a legitimação para a causa é do possível titular do direito material (art. 6.º).⁵⁴⁸

A legitimação para a causa é classificada em ordinária e extraordinária. Na legitimação ordinária, “coincidem as figuras das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial”.⁵⁴⁹ O legitimado ordinário defende, em juízo, interesse próprio.

Difere da extraordinária, também denominada pela doutrina de legitimação anômala ou substituição processual, que é aquela que se verifica “quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado (situações jurídicas deduzidas em juízo). Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito [...] confere-se a um sujeito o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo”.⁵⁵⁰

3.1 Legitimação ativa ordinária

3.1.1 Filho

Por se tratar de ação personalíssima, compete ao próprio filho a tomada de medidas judiciais para ver reconhecida a sua paternidade.

Como explicava Clóvis Beviláqua, ainda na vigência do Código Civil anterior,

justifica-se o rigor do princípio pelas considerações de que: 1.º, ao indivíduo, exclusivamente interessa a situação moral que lhe provém da sua legitimidade; ninguém poderá constrange-lo a collocar-se numa posição social, que não deseja; 2.º o estado é um modo de ser próprio, da pessoa, que se não transmite a outrem.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 397. Segundo Araken de Assis, “a regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide”. *Substituição processual*, p. 12.

⁵⁴⁹ Cf. Donald Armelin, *Legitimação para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 117.

⁵⁵⁰ Cf. Fredie Didier Junior, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, p. 231-232.

⁵⁵¹ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, p. 316.

Caso o filho seja absoluta ou relativamente incapaz, poderá promover a ação, porque tem legitimação para a causa, mas deverá estar representado ou assistido pelo representante legal (genitora, tutor ou curador) por lhe faltar legitimação *ad processum*.⁵⁵²

Posicionamento defendido fortemente pelo professor João Baptista Villela é o de que o filho que pode investigar a paternidade é apenas aquele que não tem pai registral. Para o autor, “direito ao reconhecimento tem-no, entretanto, todo aquele e somente aquele, a quem falte o pai juridicamente estabelecido. Não o tem, portanto, em princípio, aquele a quem a condição de havido do casamento já lhe dá o pai.”⁵⁵³

Falecendo o filho maior, sem que tenha promovido a ação para obter o reconhecimento da paternidade, não assistirá a ninguém mais o direito de promovê-la.⁵⁵⁴

Pode ocorrer, entretanto, que a ação seja proposta e o investigante venha a falecer no curso do processo. Nesse caso, admite-se o prosseguimento da ação, por força do contido no parágrafo único do art. 1.606 do Código Civil, que dispõe: “Os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.”⁵⁵⁵

A hipótese é de sucessão processual por morte de uma das partes, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil.⁵⁵⁶

⁵⁵² Não obstante seja absolutamente pacífico o entendimento de que o representante legal do absoluta ou relativamente incapaz não tem legitimação para a causa e, assim, não pode figurar como parte no processo, no qual atuará apenas como representante ou assistente do investigante, a jurisprudência tem abrandado o rigorismo da técnica para acomodar os interesses das partes. Nesse sentido: “PETIÇÃO INICIAL – Ação de investigação de paternidade – Nomes do menor investigante e de sua mãe – Legitimidade desta como representante do filho. Ementa oficial: Investigação de paternidade. Tratando-se de menor impúbere, em nome do qual e como sua representante legal postula a genitora, inexistente ilegitimidade de parte da autora. A mãe não age em seu nome, não reivindica direito próprio, e sim do seu tutelado, a quem representa.”, em *RT* v. 586, p. 171.

⁵⁵³ *O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições*, p. 135. Comunga da mesma opinião Paulo Lobo, *Famílias*, p. 239.

⁵⁵⁴ Nas palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca, “nem os seus herdeiros, nem os credores têm a faculdade de ajuizá-la.”, *Investigação de paternidade*, p. 372.

⁵⁵⁵ No direito anterior (art. 351), já se admitia a continuidade da ação pelos herdeiros, salvo na hipótese de desistência da ação pelo autor ou de perempção da instância.

⁵⁵⁶ Dispõe o art. 43, do Código de Processo Civil: “Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265.”. Embora o artigo contenha a expressão ‘substituição’, é uníssona a doutrina a afirmar a incorreção do texto legislativo, determinando que no seu lugar leia-se ‘sucessão’. Nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 253.

Ocorrendo a morte do investigante, o processo será suspenso até que os herdeiros promovam a sua habilitação nos autos. Tomada essa providência, os herdeiros do investigante prosseguirão no pólo ativo da ação.⁵⁵⁷

Traz, no entanto, o parágrafo único do art. 1.606 uma ressalva: admite-se a sucessão processual, “salvo se julgado extinto o processo”. A falta de técnica legislativa, nesse caso, salta a olhos vistos e dificulta, em demasia, a compreensão do dispositivo.

Afinal, como se admitir “prosseguimento” da ação pelos herdeiros se o processo já tiver sido julgado? Como prosseguir em algo que já está extinto?

Além disso, como se sabe, a extinção do processo pode ocorrer com ou sem a análise do mérito.⁵⁵⁸ Considerando que o dispositivo sob comento não especificou se a extinção, que impede os herdeiros de prosseguirem na ação, é com ou sem análise do mérito, imperioso que se proceda ao exame das hipóteses de extinção do processo previstas pelo diploma processual, a fim de que se possa delimitar a quais casos específicos se aplica o óbice da sucessão processual imposto pelo art. 1.606.

De início, mesmo que o dispositivo não faça menção à necessidade de trânsito em julgado da decisão que extingue o processo, entendemos que se deve ter como premissa a formação da coisa julgada, seja material ou formal, a impedir o prosseguimento da ação pelos herdeiros. Afinal, enquanto não tiver se operado a coisa julgada formal, ou seja, enquanto ainda couberem recursos contra a decisão que, eventualmente, tenha levado à extinção do processo, será cabível a sucessão processual.

Ademais, se houver extinção do processo, com a análise do mérito, e a decisão já tiver transitado em julgado quando do falecimento do autor da ação, é inegável que não mais poderão

⁵⁵⁷ Trata-se, como explica Zeno Veloso, de legitimação processual *jure hereditaris* e não *jure proprio*, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 35.

⁵⁵⁸ A alteração da redação do art. 162, § 1.º e do *caput* do art. 269, do Código de Processo Civil, pela Lei 11.232/2005, alterou o conceito de sentença, não mais definida pela sua finalidade, como no Código anterior, mas sim por um critério misto de conteúdo e finalidade, como explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A lei não mais define sentença apenas pela finalidade, como previsto no ex-CPC 162, § 1.º, isto é, como ato que extingue o processo, mas sim pelo critério misto do *conteúdo e finalidade* [...] chega-se a essa definição: *Sentença é o pronunciamento do juiz que contém uma das matérias do CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição.*”, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 428. Também Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que a compreensão da sentença deve levar em conta o seu conteúdo, O conceito de sentença no CPC reformado, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, 20/60.

os herdeiros do investigante nela prosseguir.⁵⁵⁹ Afinal, encerrado definitivamente o processo, nem mesmo se vivo fosse o investigante haveria possibilidade de dar continuidade à ação.

Sobram, na verdade, as hipóteses de extinção do processo, sem análise do mérito. Primeiramente, tem-se que se tiver se operado a coisa julgada formal, ou seja, se aquele processo já tiver sido encerrado, a única medida que pode ser tomada pelos herdeiros é a propositura de nova ação. Não se trata, portanto, de “prosseguir” em ação em curso, mas de propor uma nova. Analisemos o art. 267 do Código de Processo Civil para se verificar, então, quando uma nova ação poderá ser proposta pelos herdeiros do investigante falecido.

Desde logo, necessário afastar do debate os incisos VI, IX e X, do art. 267 porque não são aplicáveis ao caso. O inciso VI não se aplica às ações de investigação de paternidade porque a utilização da arbitragem está vedada nas ações que versam sobre o estado das pessoas.⁵⁶⁰ A hipótese contida no inciso IX, deve ser afastada, justamente, porque o art. 1.606 do Código Civil cuida dos casos de transmissão da ação. E, o inciso X, porque não há como, nas ações investigatórias, surgir possibilidade de confusão entre autor e réu.

Há de se repelir, ainda, a possibilidade de propositura de nova demanda nos casos de extinção do processo por preempção, litispendência ou coisa julgada (inciso V). Afinal, não podem os herdeiros promover, e, nem mesmo o investigante poderia, se vivo estivesse, diante da extinção do feito por esses fundamentos, considerando que se trata de pressupostos processuais negativos.

Também, não poderão os herdeiros repropor ação no caso de extinção por desistência do autor (art. 267, inciso VIII), porque tal postura adotada pelo investigante falecido, de antemão, já demonstra a sua intenção de não prosseguir com a ação. Se não era da vontade do próprio titular do direito, não poderá ser de seus herdeiros.

Nos demais incisos (I, II, III, IV, VI, XI), superados eventuais vícios que levaram o processo à extinção, entendemos que os herdeiros poderão repropor a ação investigatória. Nesse caso, como se trata de nova ação e não de prosseguimento de ação ajuizada, como já mencionado, estarão os herdeiros atuando como legitimados extraordinários, pois defenderão, em nome próprio, direito do investigante falecido.

⁵⁵⁹ Cf. Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 85.

⁵⁶⁰ Dispõe o art. 1.º da Lei 9.307, de 23.09.1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Concordamos com Silmara Juny Chinelato, no sentido de que as hipóteses de extinção do processo, sem a análise do mérito, deverão ser analisadas em cada caso concreto, “afastando-se a visão genérica do parágrafo único do art. 1.606, que iguala hipóteses diferentes, em desfavor da continuidade da ação pelos herdeiros”.⁵⁶¹

3.1.1.1 *A ação de investigação de paternidade “versus” paternidade estabelecida*

Por força do disposto no art. 348 do Código Civil de 1916 (atual art. 1.614), que determina que ninguém pode vindicar estado contrário ao constante do registro de nascimento, salvo mediante prova de erro ou de falsidade, muitas foram as discussões doutrinárias e nos Tribunais sobre a impossibilidade de o filho, com paternidade registral estabelecida, promover ação de investigação de paternidade, sem a prévia anulação de seu registro de nascimento.

O debate já se verificava na vigência do Código Civil anterior, tendo ficado ainda mais acirrado a partir do momento em que passou a ser possível a descoberta da verdade biológica por conta dos avanços na pesquisa do DNA.

Mário Aguiar Moura, com absoluta clareza, acentua:

É evidente que só caberá desconstituição do estado decorrente do registro, se houver erro ou falsidade. Esta é a mais ocorrente, caracterizada pela ausência de conformidade dele com a realidade da filiação biológica, que sempre conduz, quando argüida, à destruição do assento, por falsidade ideológica.⁵⁶²

O entendimento que, em primeiro, se estabeleceu impunha a carência da ação investigatória quando não tivesse sido proposta, pelo investigante, anteriormente, a competente ação anulatória. Nesse sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Pessoa que figura no Registro Civil como filho de outro pai – Inviabilidade da ação. Enquanto subsistir o registro civil de nascimento, não anulado ou reformado em processo contencioso, a

⁵⁶¹ *Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 86.

⁵⁶² *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 114-115.

filiação legítima, nele declarada, impossibilita vindicação de estado contrário, de filiação ilegítima.⁵⁶³

PROCESSUAL E CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PRETENSÃO À NULIDADE DE REGISTRO NÃO FORMULADA.

I – Se o pedido formulado pelo autor, na peça inaugural, restringiu-se ao reconhecimento da paternidade e à petição da herança, sem qualquer referência, ainda que implícita, ao registro já existente e à declaração de sua nulidade, não há como reconhecer-se presente na hipótese a ressalva contida na parte final do art. 348 do Código Civil. Isso porque deixou-se de postular, mesmo cumulativamente, pretensão à anulação do registro, comprovado, como competia ao demandante, ter sido ele resultante de erro ou falsidade.

II – Recurso não conhecido.⁵⁶⁴

No entanto, atualmente, o posicionamento majoritário da jurisprudência – reflexo do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça – é o de que se mostra possível a propositura da ação investigatória sem a anterior anulação do registro. Isso porque, como consta de grande parte das decisões, a anulação do registro seria consequência imediata do julgamento de procedência da ação de investigação de paternidade, por não ser possível a coexistência de duas paternidades. Assim, bastaria que o investigador cumulasse, ao pedido de investigação de paternidade, o pedido de anulação do registro civil. Veja-se:

FILIAÇÃO ILEGÍTIMA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

– Embora registradas como filhas legítimas do marido da sua mãe, era lícito às autoras promoverem ação visando ao reconhecimento de outra paternidade (ilegítima), desde que cumulada a investigatória com a ação declaratória incidental de nulidade dos registros de nascimento.

– As duas ações, outorgadas pelos arts. 348 e 363 do Código Civil, são imprescritíveis porque dizem com o ‘status familiae’ das pessoas.

– Contrariedade aos arts. 178, Par. 9.º, inciso IV e 348 do Código Civil. Dissídio interpretativo comprovado.

– Recurso conhecido e provido.⁵⁶⁵

⁵⁶³ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ApCív 61.078, rel. Des. Humberto Theodoro Júnior, j. 05.05.1983, apud *Direito de família*, v. 2, Família natural, p. 305.

⁵⁶⁴ STJ, 3.ª Turma, REsp 4.725-MS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 30.11.1993, DJ 07.02.1994, p. 1.169.

⁵⁶⁵ STJ, 4.ª Turma, REsp 2.353-SP, rel. Min. Antonio Torreão Braz, j. 11.10.1994, DJ 21.11.1994, p. 31.767.

Em grande parte das decisões, ressalte-se, verifica-se que nem mesmo se exige a formulação de pedido expresso para a anulação do registro, tratando-se este como se, efetivamente, representasse pedido implícito ao pedido de reconhecimento da “nova” paternidade.

Essa posição já encontrava respaldo jurisprudencial, como se pode verificar de julgamento do Supremo Tribunal Federal, datado de 1964, assim ementado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REGISTRO DE AUTOR COMO FILHO ILEGÍTIMO. DESNECESSIDADE DE ANULAR PREVIAMENTE ESSE REGISTRO PARA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO.⁵⁶⁶

Do mesmo modo é a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Alegação de falsidade do registro de nascimento. Nada obsta que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória de paternidade, a teor da parte final do art. 348 do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa. Recurso especial não conhecido.⁵⁶⁷

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. CANCELAMENTO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. EFEITO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CITAÇÃO DO PAI REGISTRAL.

– É prescindível o prévio ou concomitante ajuizamento do pedido de anulação do registro de nascimento do investigante, dado que esse cancelamento é simples consequência da sentença que der pela procedência da ação investigatória. Precedentes do STJ.

– É litisconsorte passivo necessário o pai registral, cuja citação é de ser efetivada como interessado no desfecho da lide. Recurso especial conhecido, em parte, e provido parcialmente.

[...]

⁵⁶⁶ STF, 1.ª Turma, AgIn 32.504, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 29.06.1964, DJ 30.07.1964. Do acórdão se extrai que a ação de investigação de paternidade fora proposta sem prévia anulação de registro e, também, sem a formulação de pedido para a anulação do registro na própria ação de investigação.

⁵⁶⁷ STJ, 3.ª Turma, REsp 40.690-0, rel. Min. Costa Leite, j. 21/2/95, DJ 04.09.1995, p. 27.828.

2. No tocante ao mérito, assiste inteira razão à recorrente, na linha de torrencial jurisprudência promanada desta Casa, no sentido de ser desnecessário o prévio ou concomitante ajuizamento do pedido de anulação do registro de nascimento do investigante, dado que esse cancelamento é simples consequência da sentença que der pela procedência da investigatória.

Em 26.06.2001, esta 4.^a Turma decidiu sob a ementa seguinte:

“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Cancelamento do assento de nascimento. Ação de investigação de paternidade pode ser proposta independentemente da ação de anulação do registro de nascimento do investigante, cujo cancelamento é simples consequência da ação que julga procedente a investigatória, sem necessidade de expresse pedido de cumulação.

Precedentes. Recurso não conhecido” (Recurso Especial 203.208-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Igual fora o entendimento deste órgão fracionário ao apreciar o Recurso Especial 114.589-MG, sob a mesma relatoria, e um dos arestos paradigmas colacionados pela recorrente. Eis a ementa desse julgado:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Cancelamento de registro. Efeito da sentença de procedência. O fato de o investigante estar registrado como filho de outrem não impede a propositura da ação, sendo desnecessário cumular o pedido com o de cancelamento do registro porque esse será o efeito da sentença que der pela procedência do pedido. Precedente. Recurso conhecido e provido.”

Outros arestos desta Corte podem ainda ser indicados no particular: Recurso Especial 107.222-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; Recurso Especial 162.028-MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha; Recurso Especial 119.866-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter; e Recurso Especial 275.374-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves. Imperioso, no entanto, que se proceda à citação do pai registral, no caso, Pedro Magalhães, que consta como pai da ora recorrente em seu segundo registro de nascimento. Tal é a orientação que predomina no seio deste órgão julgador, em conformidade com o disposto no art. 47, parágrafo único, do CPC (REsp 117.129-RS, rel. Min. Aldir Passarinho; REsp 275.374-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves).⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ STJ, 4.^a Turma, REsp 402.859-SP, rel. Min. Barros Monteiro, conheceram em parte e deram provimento, v.u., j. 22.02.2005, DJ de 28.03.2005, p. 260. Ainda nesse mesmo sentido: “Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança e anulação de partilha. Decadência. Prescrição. Anulação da paternidade constante do registro civil. Decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade. Citação do pai registral. Litisconsórcio passivo necessário. – Não se extingue o direito ao reconhecimento do estado de filiação exercido com fundamento em falso registro. – Na petição de herança e anulação de partilha o prazo prescricional é de vinte anos, porque ainda na vigência do CC/16. – O cancelamento da paternidade constante do registro civil é decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade, o que torna dispensável o prévio ajuizamento de ação com tal finalidade. – Não se pode prescindir da citação daquele que figura

Em sentido completamente oposto, ultimamente, tem se notado a formação de corrente jurisprudencial, que obsta a investigação da paternidade pelo filho, que já tem paternidade registral estabelecida. Isso tem ocorrido nos casos em que se confirma que a paternidade registral corresponde à paternidade socioafetiva, sendo esta, portanto, impedimento para a busca da verdadeira paternidade biológica. Confirma-se posicionamento que tem se verificado, principalmente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR. Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do aspecto afetivo da paternidade, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético. E é justamente essa nova perspectiva dos vínculos familiares que confere outra fundamentação ética à norma do art. 362 do Código Civil de 1916 (1.614 do novo Código), transformando-a em regra diversa, que objetiva agora proteger a preservação da posse do estado de filho, expressão da paternidade socioafetiva. Posicionamento revisto para entender que esse prazo se aplica também à impugnação motivada da paternidade, de tal modo que, decorridos quatro anos desde a maioridade, não é mais

como pai na certidão de nascimento do investigante para integrar a relação processual na condição de litis-consórcio passivo necessário. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido". STJ, 3.ª Turma, REsp 693.230-MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, conheceram e deram provimento, v.u., j. 11.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 307; "RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXIGÊNCIA DO CANCELAMENTO DO ASSENTO DE NASCIMENTO ANTERIOR A PROPOSITURA DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA OU, AO MENOS, A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS – DESNECESSIDADE – RECURSO PROVIDO. – Na linha da jurisprudência desta Corte, a ação de investigação de paternidade pode ser proposta independentemente da ação de anulação do registro de nascimento do investigante, porquanto tal cancelamento é simples resultado da ação que julga procedente a investigatória, sem necessidade de expresso pedido cumulado. – Precedentes. – Como a Corte local, ao acolher a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, não adentrou no mérito da ação de investigação de paternidade em apreço, temerário seria esta Corte fazê-lo. – Recurso provido, ante a existência de violação de norma infraconstitucional, sendo determinada o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que este, após a análise das provas carreadas aos autos, se manifeste sobre a procedência ou não da ação". STJ, 4.ª Turma, REsp 401.965-MG, rel. Min. Jorge Scartezini, conheceram do recurso e deram provimento, v.u., j. 14.09.2004, DJ 18.04.2005, p. 339.

possível desconstituir o vínculo constante no registro, e, por conseqüência, inviável se torna investigar a paternidade com relação a terceiro. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR.⁵⁶⁹

3.1.2 *Nascituro*

O art. 2.º do Código Civil dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

É o nascituro, assim, na clássica definição de Teixeira de Freitas, a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno.⁵⁷⁰

Considerando que o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, que trata do reconhecimento voluntário da paternidade, autoriza o reconhecimento do filho *antes* do seu nascimento, também se mostra possível a propositura da ação de investigação de paternidade para o reconhecimento do estado de filiação do nascituro.⁵⁷¹

No entanto, existe grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência a esse respeito. E a discussão consiste em saber se o nascituro tem ou não personalidade jurídica. Assim, como sintetiza Caio Mário da Silva Pereira,⁵⁷² a corrente que atribui personalidade jurídica ao nascituro admite, como conseqüência da atribuição da personalidade, que a mãe ingresse com a ação representando o nascituro, que teria capacidade para ser parte. Para a outra corrente, que não admite que o nascituro seja dotado de personalidade jurídica, não seria possível a propositura da ação investigatória.

⁵⁶⁹ TJRS, 7.ª Câ. Cív., ApCív 70005246897, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 12.03.2003.

⁵⁷⁰ Para Washington de Barros Monteiro, “o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.”, *Curso de direito civil: parte geral*, v. 1, p. 60.

⁵⁷¹ Comungam desse entendimento: Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 123; José Luiz Mônaco da Silva, *Reconhecimento de paternidade*, p. 51; Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 85; J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 129; Marco Aurélio S. Viana, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 96; Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, p. 72; Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 372. Em sentido contrário: Paulo Lúcio Nogueira, *Ação de investigação de paternidade*, p. 24.

⁵⁷² *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 123-124.

Athos Gusmão Carneiro se mostra favorável à ação promovida pelo nascituro. Fazendo uso de exemplo em que o nascituro seria acionado e, portanto, assumiria o pólo passivo da ação, esclarece:

Embora a personalidade civil do homem comece do nascimento com vida, pode também ser parte o nascituro, representado pelo progenitor ou pelo *curador do ventre*, pois a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro. Por exemplo: falece um cidadão, deixando grávida a esposa. Alguém, intitulando-se filho do extinto, promove ação investigatória de paternidade. O nascituro será réu para resguardo de seus interesses, sendo citado na pessoa da mãe, ou se esta não gozar do pátrio poder ou for interdita, na pessoa do curador (CC, art. 1.779).⁵⁷³

O posicionamento jurisprudencial majoritário⁵⁷⁴ está consolidado no sentido de ser possível a propositura de ação pelo nascituro. Confirma-se parte da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatada nos autos do Recurso de Apelação 193.648-1/5, relatado pelo Desembargador Renan Lotufo, que bem sintetiza o entendimento favorável dos Tribunais:

⁵⁷³ *Intervenção de terceiros*, p. 20. O exemplo dado pelo autor consta da nota de rodapé n. 9 da p. 20.

⁵⁷⁴ “FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante.”, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 8.ª Câmara Cív., ApCív 1.0024.04.377309-2/001, rel. Des. Duarte de Paula, deram provimento ao recurso, v.u., j. 10.03.2006, DJ 10.06.2005; “NASCITURO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. A genitora, como representante do nascituro, tem legitimidade para propor ação investigatória de paternidade. Apelo provido”, TJRS, 7.ª Câmara Cív., ApCív 70.000.134.635, relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, deram provimento ao recurso, j. 17.11.99; “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NASCITURO. CAPACIDADE PARA SER PARTE. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigante, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1.621 do Código Civil”. TJRS, 1.ª Câmara Cív., ApCív 583.052.204, relator Desembargador Athos Gusmão Carneiro, deram provimento ao recurso, j. 24.04.84. RT 587/182; “PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. NATUREZA. NASCITURO. GESTANTE. 1. [...] 2. [...] 3. O ordenamento positivo assegura proteção de alguns direitos de que, ao nascer com vida e adquirir a personalidade civil, a pessoa provavelmente será titular (art. 4 do CC). E, diante da ausência de personalidade civil, impede o nascituro de estar em Juízo, atribui-se à gestante a legitimidade para, em nome próprio, perseguir a defesa desses direitos”. TJRJ, 6.ª Câmara Cív., AgIn 1999.002.12142, relator Desembargador Milton Fernandes de Souza, negaram provimento ao recurso, v.u., j. 22.02.2000, *Rev. Direito do TJERJ* 47/240. Em sentido contrário: “AÇÃO INDENIZATÓRIA – Ato ilícito – Morte da vítima – Pretendido reconhecimento de legitimidade ativa de nascituro, suposto filho do de cujus, para interpor a demanda – Inadmissibilidade, pois, por lhe faltar personalidade, não tem capacidade para ser parte e de se fazer representar em juízo”. RT 793/280.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante – Legitimidade ‘ad causam’ – Extinção do processo afastada.

Representando o nascituro pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada.

[...] Logo, mesmo não se atribuindo personalidade tem-se clara a existência de direitos do nascituro.⁵⁷⁵

Em nossa opinião, analisar se o nascituro pode ou não promover a ação de investigação de paternidade exige a compreensão da noção de capacidade de direito e de capacidade de exercício, na ordem civil e processual.

O art. 1.º do Código Civil trata da capacidade de ter direitos e de assumir obrigações na ordem civil. E, o art. 2.º dispõe que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Assim, ser ou não sujeito de direitos é situação que está diretamente relacionada, às pessoas naturais, à existência de personalidade, que só se adquire pelo nascimento com vida.

Sob a ótica do direito processual, todo aquele que tem capacidade de ter direitos e deveres na ordem civil, tem o que se denomina de capacidade para ser parte. Significa dizer que, se o indivíduo é sujeito de direitos, pode postular o reconhecimento dos seus direitos por meio do processo.

Ao lado da capacidade de direito, está a capacidade de exercício. Diferentemente daquela, esta se relaciona à possibilidade de se exercerem os direitos pelos sujeitos que são deles titulares. Para tanto, o Código Civil traz, em seus arts. 3.º e 4.º, os absoluta e os relativamente incapazes, que necessitam, respectivamente, de representação e de assistência para o exercício de seus direitos, exatamente porque não podem fazê-lo sozinhos.

Transportando o conceito para o processo civil, o que se verifica é que aqueles que, na vida civil, não podem praticar os atos sozinhos seja porque absoluta, seja porque relativamente incapazes, também não poderão agir no processo. Assim, não estarão dotados de capacidade para estar em juízo se não estiverem representados ou assistidos por seus representantes legais.

⁵⁷⁵ TJSP, Recurso de Apelação 193.648-1/5, 1.ª Câm. Cív. de Férias “F”, rel. Des. Renan Lotufo, j. 14.09.1993, RT 703/60.

Como pondera Arruda Alvim, “a capacidade processual do maior e capaz nada mais é do que a trasladação de sua capacidade de exercício dos direitos, tal como a disciplina o Direito Civil, para o campo do processo”.⁵⁷⁶

Desta forma, a análise parece sugerir que o nascituro, porquanto despido de personalidade civil por se tratar de pessoa ainda não nascida, não poderia ser qualificado como sujeito de direitos e, conseqüentemente, sob a ótica processual, não teria capacidade de ser parte.

Se não pode ser parte, qualquer discussão a respeito de sua capacidade para estar em juízo estaria esvaziada, já que dependente da outra.

Mas esse não pode ser o raciocínio correto porque, não obstante não tenha personalidade civil,⁵⁷⁷ o Código Civil resguarda ao nascituro, desde a concepção, os seus direitos. Assim, se tem direitos que são resguardados e estão à espera, apenas, do seu nascimento com vida, é forçoso admitir que também possa exercer tais direitos por meio do processo.

Afinal, ter ou não personalidade jurídica não é exigência para que se tenha capacidade de ser parte. Note-se que a legislação processual confere a certos entes despersonalizados, denominados pela doutrina como *peçoas formais*,⁵⁷⁸ capacidade para ser parte (art. 12, III, IV, V e IX, do Código de Processo Civil), entendendo que tem *personalidade judiciária*.⁵⁷⁹ Por essa razão, tendo o diploma civil resguardado os direitos do nascituro, da mesma forma como ocorre com os entes despersonalizados, não há como se afastar a sua capacidade de ser parte.

3.1.3 O filho adotivo

A adoção, na definição de Clóvis Beviláqua, é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 35.

⁵⁷⁷ Silmara Juny Chinelato entende, contrariamente ao que sustentamos, que o nascituro tem personalidade, *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 85.

⁵⁷⁸ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 90. Moacyr Amaral Santos utiliza a denominação *partes formais*, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 369.

⁵⁷⁹ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 203.

⁵⁸⁰ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. 2, p. 346.

Discussão polêmica travada na doutrina e na jurisprudência diz respeito à legitimidade do filho adotivo para investigar a paternidade do pai biológico.

Os fundamentos do debate refletem, um pouco, a própria evolução legislativa da adoção. Isso porque, o Código Civil de 1916 previa a denominada *adoção simples, restrita ou convencional*, que, em síntese, era passível de revogação; estabelecia relação de parentesco apenas entre o adotante e o adotado, com a ressalva dos impedimentos matrimoniais; e se aperfeiçoava por escritura pública.

Posteriormente, em 1965, a Lei 4.655 introduziu a *legitimação adotiva*, que objetivava a colocação de menores abandonados, com até sete anos de idade, em uma família. Como características, tinha-se na *legitimação adotiva*: a) a irrevogabilidade; b) conferiam-se ao adotado os mesmos direitos e deveres dos filhos legítimos, salvo se concorresse com filho legítimo superveniente à adoção (art. 9.º da Lei 4.655/65); c) cessavam as relações com a família biológica; d) a legitimação deveria se dar por sentença constitutiva a ser registrada perante o Registro Civil.

O Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.1979) revogou a Lei 4.655/65, passando a prever duas formas de adoção: a *adoção simples* e a *adoção plena*. A simples aplicava-se aos menores em situação irregular (tratados pelo art. 2.º da lei) e era formalizada consoante as disposições do Código Civil. A plena atribuía a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com a família biológica, salvo impedimentos matrimoniais; era irrevogável e equiparava o adotado aos demais filhos, com os mesmos direitos e deveres (arts. 29 e 37 da Lei 6.697/79).

Finalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulou a adoção das crianças e dos adolescentes, ou seja, daqueles que tivessem até 18 (dezoito) anos de idade, salvo os que, com idade superior, já estivessem sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Deste modo, duas formas de adoção passaram a conviver em nosso ordenamento: a *adoção simples*, regulada pelo Código Civil e que, pela entrada em vigor da Lei 8.069/90, se destinava somente aos maiores de idade, e a *adoção plena*, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com sensíveis diferenças. A primeira tinha natureza consensual e podia ser revogada. A segunda, diversamente, estabelecia filiação irrevogável, concedia ao adotado os mesmos direitos dos demais filhos e promovia total e completo desligamento do adotado com a sua família de origem, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais.⁵⁸¹

⁵⁸¹ Para análise aprofundada do instituto da adoção, sua evolução legislativa e diferença de tratamento entre todos os diplomas legislativos brevemente mencionados nesse tópico ver, por todos: Antonio Chaves, *Adoção*.

Com a entrada em vigor do Código Civil, em janeiro de 2003, deixou de existir no nosso ordenamento a adoção simples, e, em todos e quaisquer casos, a regra é que o adotado passe a integrar a família do adotante na qualidade de filho, sendo titular dos mesmos direitos e deveres dos demais filhos, desligando-se, por completo, dos vínculos com a família natural, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais.

Assim, em razão de a evolução legislativa do instituto da adoção apresentar momentos em que não houve o completo desligamento entre o adotado e a sua família natural, é indiscutível que, nesses momentos, existia a plena possibilidade de se investigar a paternidade biológica, que, em grande parte dos casos, não era, realmente, desconhecida.

No entanto, na medida em que se impôs o completo desligamento entre o adotado e a sua família de origem, que teve início com o Estatuto da Criança e do Adolescente e foi mantido pelo Código Civil vigente, a questão que fica é: pode o adotado, atualmente, mesmo diante desse desligamento previsto em lei, investigar a sua paternidade biológica?

A doutrina e os Tribunais se dividem. Nos julgados em que a investigação de paternidade pelo filho adotivo não é admitida se justifica a impossibilidade porque, uma vez formalizada a adoção, cessam os vínculos com a antiga família. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Adoção – Pretensão de ver investigada a paternidade biológica da menor adotada – Impossibilidade em face da desvinculação com a família antiga.

Ementa oficial: Formalizada a adoção, esta gera uma série de efeitos pessoais para o adotado, cessados quaisquer vínculos com a família antiga, vínculos esses que passam a ser estabelecidos com a nova família. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de uma outra família, apagado todo o seu passado. Nessa conjuntura, adotada a menor investigante reveste-se de impossibilidade jurídica a sua pretensão à investigação de sua paternidade biológica, pois que esta, para todo e qualquer efeito jurídico, resultou também apagada.⁵⁸²

⁵⁸² TJSC, 1.ª Câmara, rel. Des. Trindade dos Santos, Apelação n. 96.004874-0, j. 18.02.1997, RT 745/361-368. Entendendo pela impossibilidade jurídica do pedido: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE ADOTADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. A ação de investigação de paternidade visa estabelecer a relação jurídica de filiação. 2. Se o investigante já possui paternidade que foi definida na forma da lei, através da adoção plena, o pedido de investigação da paternidade biológica é juridicamente impossível. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria (segredo de justiça). TJRS, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes 70011846680, relator vencido: Luiz Felipe Brasil Santos, Redator para Acórdão: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.08.2005.

Por outro lado, os defensores da admissão da propositura da ação investigatória pelo filho adotivo se fundam na igualdade constitucionalmente estabelecida entre todos os filhos, não se justificando qualquer restrição ao reconhecimento da filiação pelos adotivos.⁵⁸³

O trecho do acórdão transcrito a seguir sintetiza o entendimento dominante no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente, na carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade do instituto da adoção. Opor à justa pretensão da menor adotada, em ver reconhecida a paternidade biológica, com os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém, registrado em nome de um casal, seja impedido de investigar sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo o momento, deparamos com pessoas registradas como filhos de terceiro, que obtém o reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por consequência, anulado o registro anterior.⁵⁸⁴

Em que pese a possibilidade de o filho adotivo promover demanda para o conhecimento da verdade biológica, por força da irrevogabilidade da adoção, o que se tem entendido é que a ação objetivando o conhecimento de sua origem biológica até se mostra cabível, mas não terá o condão de alterar a situação jurídica firmada pela adoção, não trazendo quaisquer consequências patrimoniais em favor do “investigante” e de sua família biológica, justamente porque com esta cessaram os vínculos no momento da formalização da adoção. Nesse sentido:

Investigação de paternidade. Filho adotivo. Possibilidade jurídica. Ainda que hígido, jurídico, legal e inafastável o vínculo estabelecido entre o autor e seus pais adotivos, não se pode subtrair o seu direito de perquirir sua paternidade

⁵⁸³ Essa é a posição de Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, t. I, p. 85; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil brasileiro*, v. 6, p. 307. Nesse sentido: “ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art. 227, § 6.º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. Apelo parcialmente provido, por maioria (segredo de justiça)”. TJRS, 7.ª Câmara Cív., ApCív 70014442743, relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 26.04.2006. Com a mesma orientação no TJRS: Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes 596037044, rel. Des. Carlos Alberto Alves Marques, j. 13.09.1996; ApCív 70002484285, 7.ª Câmara Cív., relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 16.05.2001.

⁵⁸⁴ TJRS, 7.ª Câmara Cív., ApCív 70015055635, rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, deram provimento, v.u., j. 20.12.2006.

biológica, pois trata-se de direito personalíssimo, que diz com a própria imagem e identidade do ser humano e que se configura como direito fundamental. No entanto, tal direito não enseja sequelas de ordem patrimonial nem a alteração do registro de nascimento. Apelo provido, por maioria.⁵⁸⁵

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo entendendo que a adoção permanece inalterada, já admitiu a investigação de paternidade pelo filho adotivo:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade.

Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais.

Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA.⁵⁸⁶

No que se refere à investigação de paternidade pelo filho adotivo tem-se, claramente, a distinção que a doutrina e a jurisprudência têm feito entre paternidade e ascendência biológica (genética).

3.1.4 *Ação de investigação de paternidade: propositura pelo pai*

A ação de investigação de paternidade é ação privativa do filho que busca o reconhecimento de sua filiação biológica ou socioafetiva, como vimos. Não há, por essa razão, como se admitir que o pai promova ação investigatória, já que a ele não compete, tecnicamente, “investigar”, mas simplesmente reconhecer o filho como seu.

Entendemos, no entanto, que o pai pode promover ação de reconhecimento de filiação. A bem da verdade, a natureza jurídica desta ação proposta pelo pai acaba sendo a mesma da ação investigatória, qual seja, a declaração de paternidade, e terá cabimento nos casos em que o filho recusar o seu consentimento com o reconhecimento voluntário.

⁵⁸⁵ TJRS, 7.^a Câmara Cív., ApCív 70003901113, relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 20.03.2002.

⁵⁸⁶ STJ, 3.^a Turma, REsp 127.541-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, não conheceram, v.u., j. 10.04.2000, DJ 28.08.2000, p. 72.

Ressalte-se que, se o filho ainda não tiver sido reconhecido, é possível que o genitor promova o reconhecimento voluntário da paternidade, que deverá contar com a anuência do filho maior ou, sendo menor, se sujeitar à impugnação no prazo de quatro anos contados da maioridade ou da emancipação. Promover a ação de reconhecimento simplesmente, sem que tenha reconhecido o filho voluntariamente, e esse reconhecimento tenha se seguido de recusa, em nossa opinião, representaria falta de interesse de agir no aspecto *necessidade*.

No entanto, como a legislação civil em vigor exige, para o reconhecimento voluntário, a aceitação do reconhecido, havendo recusa do filho maior abre-se, ao pai, a possibilidade de promover a ação objetivando o reconhecimento forçado.

Mário Aguiar Moura, em posição contrária, justifica o não-cabimento da propositura da ação de investigação de paternidade pelo pai, em razão da necessidade de aceitação do reconhecimento, pelo filho. E ressalta:

À letra da lei, só resta concluir que ao pai fica interdito promover a investigação forçada da filiação, mesmo que o filho caprichosamente recuse o reconhecimento voluntário que, por isso, se torna inoperante. Mas, numa interpretação doutrinária realística, pelo menos “de lege ferenda”, julgamos viável a possibilidade de o presuntivo pai recorrer à ação para tornar efetiva a declaração da filiação. Isso principalmente quando se determinou a reconhecer o filho que, de má-fé, recusa o estabelecimento do vínculo. Restaria ao filho provar a inveracidade da alegação, como amplamente possível em qualquer tipo de ação da espécie.⁵⁸⁷

Mas, o mesmo autor, ao tratar da necessidade de anuência do filho maior com o reconhecimento, faz severa crítica a tal exigência porque o estabelecimento da filiação se refere ao estado das pessoas, que é indisponível e, portanto, não poderia ser obstado, exclusivamente, pela recusa imotivada do reconhecido. Confira-se:

Desde que o reconhecimento não é puramente um ato de vontade, mas deve recobrir a verdade material, objetiva, biológica da paternidade, não deveria prevalecer uma vontade contrária do filho para afastar o ingresso dessa filiação no mundo jurídico. Demais disso, sendo uma questão de estado da pessoa, no qual radicam interesses não só do indivíduo como da sociedade, estamos frente a direitos indisponíveis. São cogentes as normas que disciplinam a

⁵⁸⁷ *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 41.

matéria. Segundo a letra clara da lei mesmo que se dê a perfeita e indispensável coincidência entre o reconhecimento e a filiação biológica, ao filho é lícito evitar que o ato ganhe validade, pela simples e imotivada vontade contrária ao reconhecimento. Essa possibilidade de disposição de parte do filho contraria por inteiro a característica principal do estado da pessoa que é a indisponibilidade.⁵⁸⁸

Em nossa opinião, da mesma forma que ao filho compete a ação para ver declarada a sua filiação, nos casos em que o genitor não promove o reconhecimento voluntário e se recusa a aceitar a paternidade, o pai também tem direito de ver estabelecida a relação de parentesco com seu filho, quando este se opõe ao reconhecimento voluntário. Assim, ainda que tecnicamente a denominação da ação não seja *investigatória de paternidade*, mas ação de reconhecimento de filiação, entendemos que possui a mesma natureza jurídica e as mesmas características da ação investigatória.

3.2 *Legitimação ativa extraordinária*

3.2.1 *Herdeiros do filho que falece menor ou incapaz*

Não obstante a ação de investigação de paternidade seja personalíssima, o nosso ordenamento admite duas hipóteses em que a ação pode não ser proposta pelo próprio filho, quais sejam: a) no caso em que faleça ainda menor; b) no caso em que faleça sendo incapaz.⁵⁸⁹

Em tais situações, os herdeiros do filho poderão promover a ação investigatória para ver estabelecida a filiação do falecido. Trata-se, evidentemente, de legitimação extraordinária na medida em que os herdeiros defendem, em nome próprio, direito alheio (do falecido menor ou incapaz).

Como explica Silmara Juny Chinelato, por se tratar de direito de personalidade, que tem como característica ser personalíssimo e intransmissível, admite-se a transmissão do direito

⁵⁸⁸ *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 289.

⁵⁸⁹ Como explica Mário Aguiar Moura, “o fundamento a que se aferra o princípio da privatividade do direito do filho de exercer ou não a investigatória diz respeito a que só ele é o árbitro de promover uma devassa na vida do pretense pai. Sua vontade é soberana no particular. Se acha conveniente promover a ação, fa-lo-á. Caso entenda em contrário, omitir-se-á. Tudo, pois, depende de sua vontade auto-determinada. Se era incapaz e assim morre, não foi sua vontade que determinou a ausência da investigatória.”, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 106.

somente em casos excepcionais, quais sejam, se o interessado falecer quando ainda menor ou incapaz, sem ter exercido a ação.⁵⁹⁰

Justifica a jurista portuguesa Maria José de Oliveira Capelo que se admitir a propositura ou o prosseguimento da ação após o falecimento dos sujeitos, que individualizam o vínculo de filiação, “deve ser encarada como uma expressão do fenómeno, em si excepcional, de extensão da personalidade jurídica para além da morte”.

Assim, o que o parágrafo único do art. 1.606 autoriza é que os herdeiros promovam ação investigatória para ver reconhecida a paternidade daquele que faleceu menor ou incapaz. Como dissemos, é caso de legitimação extraordinária.

No entanto, o caminho que tem sido utilizado pelos herdeiros para fugir ao comando legal, que impede a propositura da ação de investigação de paternidade quando o próprio filho, que falece capaz ou após ter alcançado a maioridade e, em vida, não a promoveu, é a ação declaratória de parentesco.

Note-se que não se trata de ação investigatória, pois o seu objeto não se refere ao reconhecimento da filiação do genitor falecido, mas tem como objetivo a declaração de uma relação de parentesco⁵⁹¹ existente, normalmente, entre neto e avô. É a denominada ação declaratória de relação avoenga.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade da propositura dessa ação (duas delas após a entrada em vigor da Lei 10.406/2002 – Código Civil). Os Tribunais

⁵⁹⁰ *Comentários ao Código civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 84.

⁵⁹¹ Confira-se o seguinte julgado: “Processual civil e civil. Família. Viabilidade de reconhecimento da relação de parentesco por terceiro. Impossibilidade jurídica do pedido não caracterizada. – Possibilidade jurídica do pedido é a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico. – A ausência de vedação à pretensão autoriza a propositura da ação, a fim de que se examine o mérito e se proclame a existência ou inexistência de determinado direito. – O STJ ampliou a possibilidade de reconhecimento de relação de parentesco, nos moldes da moderna concepção de direito de família. – A pretensão dos autores de, através da via declaratória, buscar estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza da relação de parentesco não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. Recurso especial conhecido e provido. [...] Dessa forma, entendo que o mérito da causa, qual seja, a declaração de existência ou inexistência da alegada relação de parentesco de modo a refletir-se nas obrigações sucessórias, deve ser analisado pela origem, com a amplitude probatória que o caso demanda. Tenho, portanto, que o pedido é juridicamente possível. Forte em tais razões, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento”. STJ, 3.^a Turma, REsp 326.136/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 265.

Estaduais, ainda que em poucos casos, também têm admitido essa possibilidade.⁵⁹² Vale a pena transcrever, em parte, um dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

– É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga.

– Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo.

[...] É preciso reconhecer que não existe um só dispositivo legal que expressamente permita aos netos buscar a declaração judicial da relação de parentesco com o suposto avô. Por esta razão – simples e robusta – se defende a impossibilidade jurídica do pedido, posição com grande eco na jurisprudência e na doutrina. Contudo, a falta de previsão legal deste tipo de ação não me parece justificativa suficiente para acoimar de juridicamente impossível o pedido. Se existisse um artigo de lei que vedasse expressamente a pretensão dos ora recorrentes, a situação seria outra. Mas não há. Examinando a situação sob outro prisma posso afirmar que, a par de não existir autorização, também não há qualquer vedação legal à pretensão dos recorrentes. Só por esta razão já sou tendente a afirmar a possibilidade jurídica do pedido. Mas não é só. Em casos como estes costuma-se afirmar que o direito de reconhecimento da relação de paternidade é personalíssimo e só assiste ao filho, com a ressalva das exceções previstas em lei. Diz-se que o legislador pretendeu proteger a verdadeira vontade do falecido, que durante a vida não quis apurar suas origens, por razões que só a complexa natureza humana pode justificar. Mas há casos e casos. As alegações dos recorrentes – que ainda dependem de ampla instrução probatória – induzem ao raciocínio contrário. O falecido pai jamais buscou o reconhecimento da paternidade imputada ao avô simplesmente porque não precisava. Já era reconhecido de fato como filho, como também eram os netos, aqui recorrentes. Em resumo: o pai, em vida, jamais viu necessidade de buscar uma declaração judicial de que era filho de

⁵⁹² “Embargos infringentes contra acórdão que julgou agravo de instrumento. Decisão de mérito. Possibilidade. Família. Relação avoenga. Reconhecimento judicial. Caso a decisão atacada, por agravo de instrumento, tenha se manifestado acerca de questão de mérito, cabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão que julgou o agravo de instrumento. A análise da legitimidade ativa *ad causam*, no caso concreto, demanda exame de mérito. Inconsistência da teoria das condições da ação evidenciada no caso concreto. É juridicamente possível o pedido dos netos, formulado contra os herdeiros do avô, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga. A restrição legal, prevista no art. 1.606 do CC, que prevê que a ação para reconhecimento de filiação é direito personalíssimo dos filhos, restringe os *direitos da personalidade* dos netos. Hipótese que contraria a atual hermenêutica constitucional e o princípio basilar da *dignidade da pessoa humana*, pois, assim como os filhos têm direito ao reconhecimento da sua paternidade, também os netos, possuem *direito personalíssimo* ao reconhecimento de sua ancestralidade e os reflexos patrimoniais dos vínculos de parentesco. Embargos conhecidos e providos, por maioria”. TJRS, Quarto Grupo Cível, Embargos Infringentes n. 70021324306, rel. Des. Rui Portanova, j. 19.10.2007.

Júlio Baptista Soares. No dizer dos recorrentes, não havia necessidade disso. Só agora, com o falecimento do avô, tornou-se relevante o reconhecimento da relação de parentesco. Os herdeiros já reconhecidos de Júlio Baptista Soares teriam deixado sem qualquer assistência os recorrentes, inclusive retomando a casa em que residiam. Com a adequada instrução probatória é que se vai medir o quanto de verdade há nestas alegações. Mas, para que haja uma fase probatória, é necessário ultrapassar o obstáculo da impossibilidade jurídica. E é isso que proponho. Diante da inexistência de vedação legal à pretensão e considerando a peculiaridade do caso concreto, que foge à previsão do legislador ao estabelecer como personalíssimo o direito de reconhecimento judicial da filiação, entendo por bem admitir a juridicidade do pedido. [...] Teria sido mais adequada a propositura de uma ação declaratória de relação avoenga, tendo no pólo ativo os netos, representando a si mesmos, e no pólo passivo os herdeiros do suposto avô. Embora exista, sim, esta falha técnica, percebe-se da inicial a verdadeira pretensão dos autores: serem reconhecidos como netos de Júlio Baptista Soares, rejeitando os pedidos que sejam incompatíveis. Anoto, por último, que nenhuma interpretação pode levar o dispositivo legal ao absurdo. Por todo o exposto, dou provimento ao recurso especial para considerar juridicamente possível a ação dos netos contra o suposto avô, ou seus sucessores, visando ao reconhecimento da relação avoenga.⁵⁹³

⁵⁹³ STJ, REsp 604.154-RS, 3.^a Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, conheceram e deram provimento, v.u., j. 16.06.2005, *DJ* 01.07.2005, p. 518. No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – AÇÃO DECLARATÓRIA – RELAÇÃO AVOENGA. I – Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art. 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o STF quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interuseram. II – Recurso conhecido e provido”. STJ, REsp 269-RS, 3.^a Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, conheceram e deram provimento, por maioria, j. 03.04.1990, *DJ* 07.05.1990, p. 3.829; “Ação dos netos para identificar a relação avoenga. Precedente da 3.^a Turma. 1. Precedente da 3.^a Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória “para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô” (REsp 269/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 07.05.1990). 2. Recursos especiais conhecidos e providos. [...] O que se vai examinar aqui é a legitimidade ativa dos netos de buscar as suas origens avoengas. Creio possível examinar o tema sob o ângulo do art. 4.^o do Código de Processo Civil, que tenho por prequestionado, tal e qual o art. 27 do ECA. Está, ainda, presente o dissídio. Não creio que mereça prestígio a interpretação restritiva imposta pelas instâncias ordinárias. [...] É certo que a matéria é controvertida diante dos rigorosos termos do art. 363 do Código Civil de 1916. Mas não creio que no estágio atual da doutrina em matéria de direito de família, particularmente com a disciplina positiva do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, seja viável recusar o interesse do neto em ver reconhecida a sua origem. Penso que o fato de o pai não ter tentado a ação investigatória, não justifica afastar-se o legítimo interesse dos netos em buscar o reconhecimento de sua ascendência. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada tem aberto sendas em matéria de direito de família para oferecer temperamento presente o objetivo de proteger a relação familiar. Conheço dos recursos e lhes dou provimento para afastar a carência de ação.”, STJ, REsp 603.885-RS, 3.^a Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, conheceram e deram provimento, v.u., j. 03.03.2005, *DJ* 11.04.2005, p. 291; “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA AFASTADA. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO AVOENGA E PETIÇÃO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CC DE 1916, ART. 363. I. Preliminar de carência da ação afastada (por maioria). II. Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna. III. Inexistência, por conseguinte, de literal ofensa ao art. 363 do Código Civil anterior (por maioria).

Alguns doutrinadores têm defendido a possibilidade da propositura desse tipo de demanda. Afirma Belmiro Pedro Welter que

o direito personalíssimo do filho é o mesmo direito personalíssimo do pai, do avô, do neto, etc. [...] Se o filho não quer exercer o seu direito, não se pode proibir que o seu filho (neto) possa exercê-lo, sob pena de se estar negando ao neto o exercício de um direito nativo de personalidade. [...] o neto não está reclamando o direito personalíssimo de seu pai, mas, sim, o seu próprio direito de personalidade, a sua própria identidade, sua ancestralidade.⁵⁹⁴

Parte da doutrina, no entanto, se mantém contrária a essa possibilidade, como é o caso de Zeno Veloso, para quem “os netos não tem ação para ver declarado o parentesco com seu avô se o pai deles faleceu sem ter tomado a iniciativa de investigar a sua ascendência biológica. Se o suposto filho não iniciou a ação, os filhos deste não tem legitimidade para obter declaração judicial do parentesco dos mesmos com seu pretendido avô”.⁵⁹⁵

3.2.2 *Ministério Público*

A Lei 8.560/92 conferiu legitimação extraordinária ao Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade. Cuida-se de legitimação concorrente posto que, como dispõe o § 5.º do art. 2.º da referida Lei, “a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação”.

Tratando-se de legitimação concorrente, tem-se que, proposta a ação pelo Ministério Público, poderá o investigante postular o seu ingresso nos autos na qualidade de assistente litisconsorcial⁵⁹⁶ por ser o titular do direito material discutido em juízo.⁵⁹⁷

IV. Ação rescisória improcedente”. STJ, Segunda Seção, Ação Rescisória 336/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgaram a ação improcedente, por maioria, j. 24.08.2005, *DJ* 24.04.2006, p. 343.

⁵⁹⁴ *Investigação de paternidade*, t. I, p. 81-82.

⁵⁹⁵ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 35.

⁵⁹⁶ Em nossa opinião, não pode haver a formação de litisconsórcio facultativo inicial, porquanto a propositura da ação pelo próprio filho demonstraria a completa inutilidade da atuação do Ministério Público como autor da ação. Afinal, se o filho intenciona promover a investigatória, razão não haveria para fazê-lo, em conjunto, com o Ministério Público. No entanto, uma vez proposta a ação pelo Ministério Público, por ser do filho o direito discutido, pode ter interesse em ingressar no feito. Como não se admite, no nosso ordenamento, o litisconsórcio facultativo ulterior e, como o direito em jogo é do filho, o caminho para postular o seu ingresso no feito seria intervir na qualidade de assistente litisconsorcial do Ministério Público. Não se trata de assistência simples, mas litisconsorcial, porque o filho não é apenas reflexamente atingido pela solução a ser dada na ação investigatória, ao contrário, é diretamente atingido, pois é seu o direito que está sendo discutido no processo.

⁵⁹⁷ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 2.235.

Há forte posicionamento doutrinário contra a atuação do Ministério Público como autor das ações de investigação de paternidade.

Marco Aurélio S. Viana⁵⁹⁸ apresenta vários argumentos para concluir pela ilegitimidade *ad causam*: a) ao Ministério Público “cabe a defesa de *interesses*, em que se destaca um dever que é de interesse geral, que o Estado impõe e fiscaliza, atribuindo ao Ministério Público sua defesa”; b) o incapaz dispõe de quem o represente; c) o membro do Ministério Público não pode exercer a advocacia, mesmo em causa própria, contra pessoas jurídicas de direito público em geral, assim como nos processos judiciais ou extrajudiciais que tenham relação direta ou indireta com as funções do cargo ou do órgão a que servem, e o MP atua como *custos legis* em ação de investigação de paternidade, havendo relação direta com as funções do cargo ou do órgão a que servem; d) não há qualquer compatibilidade entre as funções institucionais do Ministério Público com a legitimação ativa para a ação de investigação de paternidade.⁵⁹⁹

De outro lado, justifica-se a atuação ministerial pelo contido no art. 129, da Constituição Federal, que legitima o exercício de outras funções pelo Ministério Público, desde que compatíveis com a sua finalidade e, ainda, porque a ação investigatória se trata, na verdade, de ação civil pública, estando sujeita aos princípios que regem a matéria.⁶⁰⁰

A atuação do Ministério Público como legitimado extraordinário para promover ações de investigação de paternidade foi questionada, tendo sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, a constitucionalidade de sua atuação. A decisão foi prolatada no julgamento, em Sessão Plenária, do RE 248.869-1, cuja ementa se transcreve:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao

⁵⁹⁸ *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 62-69.

⁵⁹⁹ Em São Paulo, a Procuradoria Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público e a Corregedoria Geral do Ministério Público, pelo Ato n. 11/93, de 18.11.1993, determinaram que a ação de investigação de paternidade apenas poderia ser proposta pelo Ministério Público quando na comarca ou localidade não houvesse órgão ou serviço de assistência judiciária. Tal orientação já estava contida no Provimento 494, de 28.05.1993, do Conselho Superior da Magistratura Paulista, que determinava o encaminhamento à Procuradoria de Assistência Judiciária.

⁶⁰⁰ Cf. Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, t. I, p. 93-102.

respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, arts. 226, §§ 3.º, 4.º, 5.º e 7.º; 227, § 6.º).

2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 27).

4. A Lei 8.560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai.

5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado de ver reconhecida, se for o caso, a paternidade.

6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, art. 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, art. 129; CPC, art. 81; Lei 8.560/92, art. 2.º, §4.º) e socialmente relevante na defesa da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas.

7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação de quem de direito, como ocorreu no caso concreto.

Recurso extraordinário conhecido e provido.⁶⁰¹

⁶⁰¹ STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n. 248.869-1, rel. Min. Maurício Corrêa, por maioria conheceram do recurso e deram-lhe provimento, j. 07.08.2003, *DJ* 12.03.2004, p. 38.

A matéria já havia sido apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça em várias oportunidades, tendo sido reconhecida como legítima a atuação do Ministério Público.⁶⁰²

Há, no entanto, duas ressalvas feitas no julgamento do Recurso Extraordinário, que merecem cuidado. A primeira, que a propositura da ação investigatória pelo Ministério Público depende de concordância expressa da representante legal do menor.⁶⁰³

Aliás, quanto a essa exigência, logo após a entrada em vigor da Lei 8.560/92, já se manifestava João Baptista Villela em artigo que critica a possibilidade da tomada de medida judicial pelo Ministério Público.⁶⁰⁴

A segunda diz respeito à consideração de inexistência de defensoria pública no Estado de São Paulo. Como se verifica do corpo da decisão, esse critério foi levado em conta para assegurar a constitucionalidade da atuação do Ministério Público nas ações investigatórias.

Ocorre que, pela Lei 998, de 09.01.2006, foi organizada a Defensoria Pública em São Paulo. É esse órgão, portanto, que pode patrocinar os interesses das pessoas carentes que desejam investigar a sua paternidade.

⁶⁰² “Ministério Público. Legitimidade ativa para ajuizar ação de investigação de paternidade. Lei 8.560/92. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte que o ‘Ministério Público é legitimado para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.560/92’. 2. Recurso especial conhecido e provido” STJ, 3.ª Turma, REsp 125.842, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.09.2001, *DJ* 22.10.2001, p. 316. No mesmo sentido: REsp 120.577-MG, 4.ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.12.2000; *DJ* 19.02.2001, p. 174; REsp 218.493-PR, 4.ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.11.2000; *DJ* 12.02.2001, p. 121; REsp 122.103-SP, 3.ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 31.03.1998; *DJ* 01.06.1998, p. 92; REsp 78.621-MG, 3.ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.06.1996; *DJ* 19.08.1996, p. 28.473.

⁶⁰³ Como bem acentuado pelo Min. Maurício Corrêa, relator do Recurso Extraordinário, é fundamental a iniciativa da representante legal do menor, seja na indicação do suposto pai, seja na procura do órgão para a propositura da ação: “Conveniente registrar que não está a reconhecer uma legitimação ampla e absoluta ao Ministério Público, que não pode ao seu alvedrio e por atuação *ex-officio* promover uma verdadeira devassa social em busca dos pais dos filhos havidos fora do casamento e não reconhecido voluntariamente. Trata-se, de verdade, em assegurar sua atuação em situação específica, prevista e autorizada pela legislação ordinária, estando essa, por sua vez, em harmonia com os princípios ditados pela Carta da República. O direito à filiação é personalíssimo e indisponível e, nesse contexto, indicado o suposto pai pela mãe, poderá o *Parquet* propor, de forma legítima, a ação de investigação de paternidade. Estará, dessa forma, defendendo direito individual indisponível, de manifesto interesse social e coletivo.” Também se manifesta Silmara Juny Chinelato pela necessidade de consentimento da mãe do menor para a propositura da ação pelo Ministério Público, *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 96.

⁶⁰⁴ Critica o autor: “No seio de uma sociedade que se pretende pluralista e fundada no reconhecimento da autodeterminação pessoal, constitui política inaceitável deferir ao Ministério Público o poder de investigar a paternidade, sem a iniciativa do interessado direto. [...] Se o filho incapaz tem sempre quem lhe expresse os interesses – mãe, tutor, curador, guardião – é a seu representante que cabe primariamente o direito de decidir pela investigação da paternidade, aí incluída não só a radical opção por promovê-la ou abster-se de fazê-lo, como também a avaliação, que pode ser complexa e delicada, quanto ao momento e outras circunstâncias relativas ao exercício do direito”, O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8.560/92, *Repertório IOB de jurisprudência*, 04/93, p. 75.

E, a instituição de órgão destinado a patrocinar os interesses daqueles que não têm condições de contratar advogado particular minimiza muito os casos em que o próprio Ministério Público, fazendo uso da legitimação extraordinária, que lhe confere a Lei 8.560/92, tenha necessidade de promover tal ação.

Caio Mário da Silva Pereira registra, ainda, que caso o investigador morra antes de proferida sentença na ação investigatória, “não pode ele [Ministério Público] prosseguir no feito, porque o interesse social do reconhecimento do estado colide com o de eventuais herdeiros” porque “a lei entendeu que existe um interesse público em que uma certa pessoa goze de um determinado *status*” restando, após a morte, apenas interesses econômicos que não mais justificariam a atuação da instituição.⁶⁰⁵

3.3 *Legitimação passiva*

Diferentemente do Código Civil de 1916, que, em seu art. 363, previa que a ação de reconhecimento de filiação poderia ser proposta “contra os pais, ou seus herdeiros”, o atual Código Civil não contém disposição semelhante. Não traz, aliás, qualquer dispositivo que verse sobre a legitimidade passiva na ação de investigação de paternidade. Permanece vigente, entretanto, o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura que o reconhecimento do estado de filiação seja exercido em face dos pais ou de seus herdeiros.

Como ressalta Maria José de Oliveira Capelo, “sendo cada pessoa senhor de sua esfera jurídica, é lógico que, em princípio, só ele a possa conformar”.⁶⁰⁶

Assim, como se trata de demanda que objetiva o reconhecimento do estado de filho, a ação deve ser proposta contra aquele que se supõe ser o genitor ou, ainda, caso este tenha falecido, contra os seus herdeiros.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 111.

⁶⁰⁶ *Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação*, p. 221.

⁶⁰⁷ A propositura da ação contra os herdeiros encerra hipótese de legitimidade sucessiva, ou seja, só na falta do pai é que surge a dos herdeiros. Explica Mário Aguiar Moura: “Em vida do pai, a ação é pura e simplesmente investigatória de paternidade. Tudo se resume à questão de estado; qual seja a declaração judicial da filiação ilegítima. [...] O reconhecimento voluntário, por meio da ação, guarda similitude, em muitos aspectos, com o voluntário. [...] Ora, o pai pode reconhecer espontaneamente, sem que os demais filhos tenham algo a ver com esse direito, que é potestativo. [...] Enquanto vive o pai, o aspecto moral da questão lhe diz respeito imediatamente. No que concerne à possível participação do reconhecimento na herança do pai, aos filhos, enquanto vivo o pai, falece legitimidade em intrometer-se no assunto, porque tem apenas expectativa de direito.”, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 123.

3.3.1 *Legitimação passiva ordinária*

3.3.1.1 “Suposto” pai

O único legitimado ordinário para responder à ação investigatória é aquele que o autor supõe ser seu pai biológico. Ordinariamente, ninguém mais pode ser compreendido como parte legítima passiva de uma demanda em que, efetivamente, se objetiva o reconhecimento forçado de um vínculo de paternidade.

Todavia, no curso do processo, pode ocorrer o falecimento do réu. A hipótese é de sucessão processual por morte de uma das partes, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil.

Assim, se o investigado falecer no curso da ação, o processo será suspenso, nos termos do art. 265 do Código de Processo Civil, até que os seus herdeiros promovam a habilitação nos autos. A partir de então, passam a figurar no processo como réus. No caso de os herdeiros, voluntariamente, não se habilitarem, deverá o investigador promover a sua citação para que integrem o pólo passivo.

3.3.2 *Legitimação passiva extraordinária*

3.3.2.1 Herdeiros do suposto pai

Pode ocorrer, no entanto, de o filho não ter promovido ação de investigação de paternidade durante a vida do seu genitor, o que pode ter ocorrido por qualquer razão, como desconhecimento, impossibilidade, falta de vontade etc. Não importa.

Considerando que ao filho assiste o direito de investigar a sua paternidade, e que esse direito pode ser exercido a qualquer tempo durante a sua vida, é possível que a sua intenção de promover a ação surja após o falecimento do genitor. Nesse caso, a ação deverá ser proposta diretamente em face dos herdeiros, com base no disposto no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vale ressaltar que a única previsão legal para a ação de investigação de paternidade ofertada após a morte do suposto pai é a contida no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente porque, com a supressão do art. 363 do Código Civil de 1916, e ausência de qualquer

outro dispositivo semelhante no Código vigente, não está prevista, no diploma civil, a investigação de paternidade *post mortem*.

A ação deve ser proposta em face dos herdeiros, não tendo o espólio legitimidade para figurar no pólo passivo da ação. É pacífica a orientação dos Tribunais:

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

FALECIDO O QUE SE PRETENDE SEJA PAI, COMO RÉUS DEVERÃO FIGURAR OS HERDEIROS E NÃO O ESPÓLIO.

[...]

A ação de investigação de paternidade terá como réu aquele que se pretende seja o pai ou seus herdeiros. Não há pedido em relação ao espólio. [...] O que pleiteiam os autores é o reconhecimento da paternidade e, em consequência, figurar como co-herdeiros. A pretensão é oponível aos demais herdeiros, não havendo nada que pudesse ser atendido pelo espólio. Esse, enquanto universalidade, não é atingido pela decisão. Os herdeiros é que o são.⁶⁰⁸

Levando-se em conta que a ação envolve direito ao reconhecimento do estado e, a princípio, não possui conteúdo patrimonial, razão não há para se vincular a questão da legitimidade passiva com a herança deixada pelo falecido. Por essa razão, a ação deve ser proposta em face dos herdeiros, ainda que todos tenham renunciado à herança. J. M. Leoni Lopes de Oliveira esclarece:

[...] na hipótese de todos os herdeiros terem renunciado à herança, ainda assim, a ação deve ser proposta em face dos herdeiros renunciantes. A investigação de paternidade, como visto, é ação de estado, e não ação que vise bens da herança do investigado. Ora, os herdeiros renunciantes, apesar de terem renunciado à herança, podem ter interesse em contestar a ação de investigação de paternidade, que tem como efeito, caso o pedido seja julgado procedente,

⁶⁰⁸ STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 5.280-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22.10.1991, DJ 11.11.1991, p. 16.145. No mesmo sentido: “Processual civil e civil. Ação de investigação de paternidade *post mortem*. Legitimidade *ad causam*. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Dissídio. Não comprovação. I – Na ação de investigação de paternidade *post mortem*, partes legítimas passivas são os herdeiros e não o espólio. II – Recurso especial não conhecido”. STJ, 3.^a Turma, REsp 331.842, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, não conheceram, v.u., j. 06.05.2002, DJ 10.06.2002, p. 203; “Processual civil – Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança – Legitimidade passiva *ad causam* – Art. 363, do CC. I – falecido o indigitado pai, a ação de investigação de paternidade deve ser ajuizada contra os herdeiros, e não contra o espólio do *de cuius*. Nulidade reconhecida nos termos do art. 363 do CC. Precedentes do STF e STJ. II – recurso conhecido e provido”. STJ, 3.^a Turma, REsp 120.622/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, deram provimento ao recurso, v.u., j. 24.11.1997, DJ 25.02.1998, p. 71.

outros que os simplesmente patrimoniais, como, por exemplo, o nome de família.⁶⁰⁹

Mostra-se necessário, ainda, que se delimite quem são os herdeiros que deverão figurar no pólo passivo da ação de investigação de paternidade proposta após o falecimento do suposto pai.

Arnoldo Medeiros da Fonseca ensina que a expressão *herdeiros* deve ser compreendida amplamente, abrangendo os sucessores a título universal, legítimos e testamentários, e até mesmo os legatários. Para o autor, havendo herdeiros de todas as classes, todos deverão ser citados.⁶¹⁰ Adiante conclui o jurista:

Quer-nos parecer, porém, que a expressão herdeiros, tendo sido empregada pela lei no mais amplo sentido, equivale praticamente a sucessores a título universal, abrangendo assim não só os que herdarem efetivamente, ou poderiam herdar, do suposto pai (se este deixasse bens, ou não renunciassessem à respectiva herança), mas também os sucessores dos primitivos herdeiros, sempre que os efeitos do litígio os possam atingir por qualquer modo, o que se verifica, sobretudo, na hipótese de sucessão deferida, com preterição dos direitos do filho ilegítimo que pleiteia o seu reconhecimento. E cumulada também, com a investigação de paternidade, a ação petítória de herança que, nesse caso, terá necessariamente de ser intentada contra eles, para que restituam o que indevidamente houverem recebido, não vemos como se possa prescindir de sua intervenção.⁶¹¹

Problemas, certamente, não surgirão quando o *de cuius* houver falecido sem lavrar testamento, deixado como herdeiros descendentes, ascendentes e cônjuge.

Mas, pode ocorrer de o falecido ter deixado apenas herdeiros testamentários ou, ainda, necessários e testamentários. Nesse caso, acreditamos que se a ação for exclusivamente de reconhecimento da paternidade, sem que haja pedido de herança do falecido (o que pode ocorrer por força de eventual prescrição dos efeitos patrimoniais da paternidade), a ação deverá ser proposta apenas contra os herdeiros necessários, que possuem relação de parentesco com o falecido e que, portanto, podem ser atingidos pela decisão proferida na ação investigatória.⁶¹²

⁶⁰⁹ *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 133.

⁶¹⁰ *Investigação de paternidade*, p. 378.

⁶¹¹ *Investigação de paternidade*, p. 383.

⁶¹² “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FALECIDO O PAI, CABE AÇÃO CONTRA OS HERDEIROS, DEVENDO SER RENOVADA A CITAÇÃO DO HERDEIRO – FILHO E DA VIÚVA MEEIRA, UMA VEZ QUE O PLEITO PRODUZ EFEITOS MUITO MAIS EXTENSOS DO QUE A SIMPLES PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA, EM FACE DO RECONHECIMENTO DE UM ESTADO DE FAMÍLIA. PERÍCIA A

Todavia, se existirem apenas herdeiros testamentários, eles é que deverão figurar no pólo passivo da ação.

Com relação à viúva, acreditamos que apenas deverá figurar no pólo passivo da ação investigatória nos casos em que for herdeira do marido. Pelo Código Civil em vigor (art. 1.845), o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário. No entanto, a sua participação na sucessão do cônjuge falecido depende da análise de alguns requisitos.

Inicialmente, como bem determina o art. 1.830, não poderia o casal estar separado de fato há mais de dois anos ou, nesse caso (separação superior a dois anos), a separação ter se verificado sem culpa do sobrevivente.

Além disso, concorrendo com descendentes, o cônjuge sobrevivente apenas será considerado herdeiro se for casado pelo regime da comunhão parcial e tendo o falecido deixado bens particulares, da separação convencional (absoluta), ou da participação final nos aqüestos.

Nas demais hipóteses (regime da comunhão universal ou regime da comunhão parcial sem que tenham sido deixados, pelo falecido, bens particulares), não será o cônjuge herdeiro.

Em tais casos, que a própria lei afasta a sucessão do cônjuge sobrevivente, por não considerá-lo herdeiro necessário do investigado, não poderá figurar no pólo passivo da ação investigatória.

Na vigência do Código Civil anterior, que não incluía o cônjuge dentre os herdeiros necessários, a participação da viúva em ação investigatória foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VIÚVA. CITAÇÃO.

1. A viúva, consoante entendimento pretoriano, não é necessariamente parte na ação de investigação de paternidade (art. 365 do Código Civil de 1916).
2. Recurso especial não conhecido.

[...] O tema é controvertido, apontando a *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 2, p. 35, precedente onde assentado que a viúva meeira somente poderá ser parte passiva da investigatória de paternidade quando não existirem herdeiros necessários, devendo ela, então, ser citada como herdeira e não como meeira. Já o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 125.250-SP – Relator o Min. ARI PARGENDLER, com invocação das “peculiaridades do caso”, fez opção pela citação da viúva na condição de litisconsorte necessária, valendo se transcreva do respectivo voto o excerto seguinte: [...] A regra, no entanto, genericamente, afasta a viúva da condição de litisconsorte passiva necessária na ação de investigação de paternidade endereçada contra os herdeiros, a teor do art. 363 do Código Civil de 1916. O Supremo Tribunal Federal, em 1964, no julgamento do Agravo de Instrumento 27.767 – Relator o Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, decidiu, *verbis*: “Investigação de paternidade – Art. 363 do Código Civil. EMENTA: Ação de investigação de paternidade. A viúva não é necessariamente parte na ação e os herdeiros foram citados regularmente. A ação se decidiu no exame das provas. Agravo desprovido.” Neste contexto, e porque não aduzida pelos recorrentes qualquer circunstância indicativa da necessidade da participação como litisconsorte da viúva, no sentido de ter “sua esfera jurídica afetada pelo comando diretamente emergente” do julgado, não há como se visualizar, como pretendido no especial, maltrato à letra do art. 365 do Código Civil de 1916. A norma do art. 1.829 do novo Código Civil, introduz, na dicção de JOSÉ COSTA LOURES, substancial modificação no direito sucessório dos descendentes e ascendentes, “aqueles e estes a compartilhar agora a herança com o cônjuge sobrevivente”, salvo no caso de casamento no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não tiver deixado bens particulares. Mas isto, em nenhum momento, interfere na espécie, haja vista, principalmente, a ocorrência dos fatos (casamento, óbito e reconhecimento) na vigência da lei anterior.⁶¹³

Por fim, pode o investigado falecer sem deixar herdeiros. Nessa situação, deve se analisar se deixou bens ou não. Havendo patrimônio, deverão figurar no pólo passivo da ação investigatória as pessoas de direito público determinadas pelo art. 1.844 do Código Civil. Assim, ou a ação será proposta em face do Município ou do Distrito Federal, ou ainda, da União,⁶¹⁴ e a escolha, aqui, quanto a quem responderá a ação dependerá da localização dos bens.

⁶¹³ STJ, REsp 266.970-ES, rel. Des. Fernando Gonçalves, não conheceram, v.u., j. 09.09.2003, DJ 29.09.2003, p. 254.

⁶¹⁴ Sob a égide do diploma civil revogado, assim já se posicionava Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 131, apenas com exclusão da possibilidade de se promover a ação em face do Estado, já que o Código Civil em vigor alterou a previsão legal e substituiu o Estado por Município.

Pode ocorrer, entretanto, de o falecido não deixar patrimônio. Em tal situação, acentua Mário Aguiar Moura, “a ação assume um conteúdo puramente moral” e não poderá figurar, no pólo passivo, qualquer pessoa de direito público.

3.4 *Daqueles que têm justo interesse*

Repetindo o disposto no art. 365 do Código Civil anterior, o art. 1.615 do Código Civil vigente dispõe que “qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade”.

Não trata o dispositivo, note-se, de legitimação para figurar no pólo passivo da ação. Legitimados passivos são apenas os herdeiros, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, o art. 1.615 repete norma que concede a inúmeras e diversas pessoas a participação em processo alheio, pela mera demonstração de “justo interesse”. A amplitude da norma merece análise, pois, em nossa opinião, não há como se admitir, indiscriminadamente, que terceiros atuem no processo sem que se estabeleçam parâmetros para essa atuação.

Na vigência do Código Civil anterior, sobre o *justo interesse* esclarecia Clóvis Beviláqua:

O interesse póde ser moral ou economico. Podem te-lo: os filhos legítimos do pae contra quem é proposta a acção; outros filhos naturaes já reconhecidos; a mulher; os parentes sucessíveis que seriam afastados da herança se o pretendente se fizesse declarar filho; os credores.^{615,616}

Seguindo a mesma orientação adotada por Clóvis Beviláqua, praticamente toda a doutrina, inclusive a formada após a entrada em vigor do Novo Código Civil, inclui, entre os que

⁶¹⁵ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. 2, p. 343.

⁶¹⁶ Além desses, Arnaldo Medeiros da Fonseca inclui os legatários e donatários de bens. E, quanto aos poderes processuais dessas pessoas esclarece: “O direito desses interessados secundários é, porém, limitado à apresentação da contestação e à prática dos atos que decorrem da qualidade dos réus no pleito, podendo, pois, acompanhá-lo em todos os seus termos, interpor recursos e segui-los, inclusive o recurso extraordinário, sem que lhes seja lícito, porém, sem ter tido interferência na causa, pretender renová-la por meio de ação rescisória, ou tomar a iniciativa do procedimento, pois se trata de prerrogativa pessoal do filho.”, *Investigação de paternidade*, p. 388.

possuem “justo interesse”, desde os membros da família do investigado (filhos, esposa, companheira, etc.) e que serão, reflexamente, atingidos pela sentença de procedência proferida na ação de investigação de paternidade, até as pessoas de direito público que, eventualmente, possam ter de pagar pensão previdenciária ao filho, caso o investigado seja funcionário público.⁶¹⁷

Silmara Juny Chinelato procura justificar a atuação dessas pessoas sob o argumento de que “o interesse moral repousa na preservação da inteireza da família matrimonial ou da união estável e na defesa de direitos da personalidade do investigado. Há uma tutela genérica e abstrata de ‘justo interesse’ por parte de terceiros, a serem aferidos no caso concreto.”⁶¹⁸

Algumas considerações precisam ser feitas sobre o disposto no art. 1.615 do Código Civil.

Primeiramente, deve-se ressaltar que o dispositivo não autoriza a conclusão de que “aqueles que têm justo interesse” apenas podem atuar no processo nos casos de investigação de paternidade proposta após o falecimento do investigado. Não há qualquer ressalva na lei que dê margem a esse entendimento.

Tem-se, então, que a atuação dessas pessoas no processo poderá ocorrer tanto quando o investigado é vivo ou quando se trate de investigação *post mortem*.

Seguindo a letra fria da lei e a condescendente posição doutrinária, teríamos, então, caso vivo fosse o investigado, a possibilidade de ele próprio figurar como réu – como não poderia deixar de ser, pois ele é parte legítima para responder a ação – e, ainda, outros interessados que poderiam atuar no feito apresentando contestação, produzindo provas, recorrendo, enfim, exercendo todos os atos processuais que cabem à parte, simplesmente pela mera existência de “justo interesse”.

Caso morto o investigado, ainda seguindo os ditames até agora propostos pela doutrina, esse espectro estaria ainda mais aberto, posto que, com o falecimento e possível herança deixada pelo falecido, vários titulares de “justo interesse” poderiam aparecer, tais como even-

⁶¹⁷ Assim se posiciona Silmara Juny Chinelato (*Comentários ao Código civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 160): “Lembro também que eventual devedor de pensão previdenciária tem interesse em contestar a ação, como, por exemplo, a União, o Estado ou o Município caso o investigado seja servidor público. Pense-se na hipótese de investigação de paternidade *post mortem* em cujas conseqüências patrimoniais se inclui a pensão paga aos filhos menores.”

⁶¹⁸ *Comentários ao Código civil: parte especial: do direito de família*, v. 18, p. 159.

tuais credores, entidades privadas ou públicas pagadoras de pensões, toda a sorte de herdeiros, cônjuge, companheira etc.

Em verdade, não acreditamos que se possa dar ao art. 1.615 tamanha amplitude e, com isso, conferir a toda e qualquer pessoa a possibilidade de contestar a ação investigatória e nela atuar fazendo uso de todas as medidas processuais cabíveis.

É indiscutível que o art. 1.615 do diploma civil traz hipótese de atuação de terceiro em processo alheio.

E tal conclusão é inafastável porque partes no processo são apenas investigante (filho) e investigado (suposto pai).

Adotando a clássica orientação de Chiovenda no sentido de que parte é quem pede e contra quem se pede alguma espécie de tutela jurisdicional, tem-se que terceiro é todo aquele que não pede ou contra quem nada se pede em juízo.⁶¹⁹

Sendo terceiros, é primordial que a sua atuação se identifique com alguma das modalidades de intervenção de terceiros previstas pelo nosso ordenamento. E, porque, mesmo atuando no processo, os titulares de “justo interesse” não se transformam em partes – porque não formulam pedido e não têm contra si qualquer pedido formulado –, a única modalidade de intervenção de terceiro que justificaria a sua atuação no feito é a *assistência*.

Ocorre que a assistência, nos termos do art. 50 do Código de Processo Civil, exige a demonstração de *interesse jurídico* por parte do assistente, que se verifica pelo fato de “a sentença poder afetar ou não esse terceiro”.⁶²⁰ Portanto, o que justifica a atuação de terceiro em processo alheio, na qualidade de assistente, é o fato de a sentença prolatada atingir a relação jurídica que existe entre o assistente e o assistido.

⁶¹⁹ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 2. E com a clareza que lhe é peculiar, prossegue o autor: “Partes são os não terceiros; terceiros são todos que não são partes. [...] Entender que ‘parte’ é todo aquele que faz parte da relação processual – ou, de forma mais técnica, é todo sujeito do contraditório – é [...] frustrar de antemão a tentativa de identificação daqueles que são terceiros. Sim, porque os terceiros que interessam ao processo civil são aqueles que, em alguma medida podem (ou devem) agir em juízo, mas que por algum motivo *ainda* não ‘integram o contraditório’. Saber como e quando o terceiro pode atuar perante o juiz é problema que se põe imediatamente depois, de compreender a que título resolveu ele intervir ou foi convocado para tanto. [...] O que interessa mais de perto para distinguir os ‘terceiros’ das ‘partes’ é exatamente o momento imediatamente anterior à sua intervenção.”, p. 5.

⁶²⁰ Cf. Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 122.

E, como explica Cássio Scarpinella Bueno, “se o assistente intervém em processo porque os efeitos de decisão desfavorável ao assistido afetam diretamente a relação jurídica que existe entre ele (assistente) e o assistido, o caso é de assistência *simples*.”⁶²¹

Prossegue o autor, tratando especificamente do interesse jurídico que permite o ingresso do assistente:

em relação ao assistente simples, tal interesse deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente de que possa a decisão a ser proferida no processo em que pretende intervir vir a afetar a sua esfera jurídica enquanto fato eficaz. [...] o interesse não pode ser de cunho exclusivamente moral, econômico ou político. Deve necessariamente ser analisado do ponto de vista jurídico.⁶²²

Ainda sobre o interesse jurídico do assistente simples, pontifica Arruda Alvim:

Ambas as modalidades de assistente devem ostentar, necessariamente, *interesse jurídico*, embora o do assistente simples deva ser dedutível da existência de uma influência de fato incidente, *atualmente*, sobre o conteúdo econômico ou moral de sua esfera jurídica, *mas não de forma igual ao que se passa com o seu assistido; ou seja*, o seu círculo jurídico poderá ser eventualmente afetado pelos efeitos da sentença. Mas para configurar a possibilidade de assistência, não há que tratar-se *só de interesse econômico, senão que, somado a esse (ou ao moral) a sua esfera pode ser afetada pela sentença. Porém, não é necessário que esse interesse seja objeto de definição pela sentença.*⁶²³

Assim, acreditamos que outra não pode ser a interpretação do art. 1.615 do Código Civil a não ser aquela que exige, dos terceiros que intencionam participar da ação investigatória, o *mesmo interesse jurídico* que autoriza o ingresso do assistente. Isso porque, entendemos que a posição assumida por qualquer pessoa que decida intervir em ação investigatória de paternidade, deva ser a de assistente simples do investigado.

Não se trata, é certo, de assistência litisconsorcial porque, para a sua ocorrência, exige-se que a relação jurídica de direito material discutida no processo também pertença ao assis-

⁶²¹ *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 135.

⁶²² *Idem*, p. 138.

⁶²³ *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 127.

tente, tal como ao assistido. Significa dizer que o assistente poderia, porque o direito em jogo também lhe pertence, figurar como parte naquela ação, mas, por algum motivo, ela não a integra desde o início. E, isso, evidentemente, não pode ocorrer na ação investigatória porquanto os titulares da relação jurídica de direito material posta em juízo são, exclusivamente, pai e filho.

Ressalte-se, ainda, que a atuação processual de toda e qualquer pessoa que, para sua intervenção, faça uso do previsto no art. 1.615, encontrar-se-á completamente subordinada à atuação do investigado. A este respeito, esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O assistente tem interesse jurídico em que o assistido vença a demanda, razão por que deve agir de forma a auxiliar o assistido, podendo produzir provas e praticar atos processuais que sejam benéficos ao assistido, *sempre tendo em conta que o assistente exerce atividade subordinada à do assistido*.⁶²⁴

Paulo Luiz Netto Lôbo, tratando do dispositivo, comenta:

A legitimidade para a ação é exclusiva do filho, mas a contestação pode ser feita por 'qualquer pessoa, que justo interesse tenha', segundo as expressões da lei. Interessados são todos aqueles que possam ser afetados pela decisão judicial, a saber, o genitor biológico, o genitor registrado, se houver, o genitor socioafetivo (hipótese comum do cônjuge ou do companheiro da mãe), o cônjuge ou o companheiro do suposto genitor e os herdeiros deste. Os parentes colaterais, inclusive os irmãos, não têm interesse juridicamente protegido para o ajuizamento da ação.⁶²⁵

Desta forma, é imprescindível que a aferição do justo interesse seja feita em cada caso concreto. No entanto, acreditamos que a ação apenas pode ser contestada por aqueles, cuja esfera jurídica seja diretamente atingida pelo resultado da ação de investigação de paternidade, mas não atingida apenas moralmente. Afinal, se assim fosse, todo e qualquer membro da família do investigado poderia pretender a intervenção no feito. Para que se delimite, então, a atuação desses *terceiros* mister que tenham interesse jurídico,⁶²⁶ que notadamente se revelará

⁶²⁴ Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, p. 479.

⁶²⁵ Código Civil comentado, v. XVI, p. 137.

⁶²⁶ Cf. Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*, p. 309.

em interesse patrimonial porquanto a participação de um filho, ou de mais um filho, em determinada família, afetarão todos os demais filhos.

A intervenção dos herdeiros apenas se justificará na medida em que a sua herança puder ser atingida pelo resultado da ação investigatória. Assim, não é todo e qualquer herdeiro que poderá intervir no feito, apenas e tão-somente aqueles que, eventualmente, sofram redução da sua cota-parte por conta do ingresso de outra pessoa na ordem familiar. Quanto aos legatários, o mesmo princípio se aplica, ou seja, apenas terão interesse em contestar na medida em que o resultado da ação significar redução das disposições testamentárias. Se beneficiados pela parte disponível do testador, sem afetação da legítima pertencente aos herdeiros necessários, cremos que não terão interesse em intervir no feito.

O mesmo ocorrerá com a esposa e com a companheira, que, em vida do investigado, não terão legitimidade para intervir no processo como terceiras porquanto não têm a sua esfera jurídica atingida pela decisão, por possuírem apenas interesse moral.

No entanto, caso se trate de ação de investigação de paternidade *post mortem*, apenas poderão participar do processo se forem herdeiras do falecido e, nesse caso, figurarão como parte e não como terceiro.⁶²⁷⁻⁶²⁸

⁶²⁷ Veja-se que o STJ, em ação de anulação de partilha cumulada com petição de herança proposta pela filha reconhecida judicialmente após a morte, entendeu pela ilegitimidade de parte da viúva para responder à ação: “PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA C/C ANULATÓRIA DE PARTILHA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MEEIRA. VALOR DA CAUSA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. ARTIGO 20, § 4.º, DO Código de Processo Civil. [...] III – A meeira não detém legitimidade para integrar o pólo passivo de ação de petição de herança c/c anulação de partilha, haja vista que a execução do direito reconhecido em investigatória de paternidade poderá alcançar tão-somente o quinhão destinado à herdeira, tendo a viúva apenas recolhido a meação a que tinha direito *jure proprio*. [...] Conforme ressaltado no acórdão recorrido, na hipótese em exame, somente a herdeira detém legitimidade para figurar no pólo passivo da causa, haja vista que a nova partilha só poderá atingir o seu quinhão, e não a meação da viúva. Depreende-se que a primeira partilha foi levada a efeito em detrimento da ora recorrente, vez que a outra filha do falecido foi contemplada com a totalidade dos bens. Nesse passo, ainda que a autora tivesse participado da partilha, o seu quinhão se restringiria a tocar os bens que couberam exclusivamente à herdeira, já que a viúva apenas recolheu a meação a que tinha direito *jure proprio*. Por conseguinte, não repercutindo a decisão em todo o acervo, mas somente na parte que coube à herdeira, não há porque a viúva ser considerada parte legítima passiva no feito, pois sua parte como meeira foi integralmente preservada”. STJ, 3.ª Turma, REsp 331781, rel. Min. Castro Filho, não conheceram, v.u., j. 16.12.2003, DJ 19.04.2004, p. 187.

⁶²⁸ Em sentido diverso, confira-se: “PROCESSO CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. Ação de investigação de paternidade endereçada contra o herdeiro, nos termos do art. 363 do Código Civil; hipótese em que, pelas peculiaridades do caso concreto, se impunha a citação da viúva na condição de litisconsorte necessária. Recurso especial conhecido e provido”. STJ, 3.ª Turma, REsp 125.250, rel. Min. Ari Pargendler, conheceram e deram provimento, v.u., j. 02.05.2000, DJ 20.05.2000, p. 148).

3.5 Do litisconsórcio

Litisconsórcio é a pluralidade de partes⁶²⁹ num mesmo pólo do processo ou em ambos os pólos do processo.⁶³⁰ Trata-se de cúmulo subjetivo de ações pela presença de duas ou mais pessoas na condição de demandantes ou de demandados (ou em ambas).⁶³¹

Cumpra analisar, então, em quais situações nas ações de investigação de paternidade, o litisconsórcio poderá se formar por vontade exclusiva das partes (*facultativo*) e aquelas em que haverá de se formar, obrigatoriamente, seja por força de determinação legal, seja pela natureza da relação jurídica posta em juízo (*necessário*).

3.5.1 Litisconsórcio no pólo ativo

Por se tratar a investigatória de ação personalíssima compete, exclusivamente, ao filho, enquanto vivo, a sua propositura.

Pode ocorrer, no entanto, de dois ou mais filhos pretenderem promover, conjuntamente, em litisconsórcio facultativo, ação investigatória contra o mesmo suposto genitor.

A providência é possível e razoável na medida em que, sendo irmãos e supondo ter o mesmo genitor, por economia processual, que é, aliás, a maior justificativa da reunião de pessoas em um mesmo pólo da relação jurídico-processual, poderão promover, juntamente, a ação.

O litisconsórcio, nesse caso, encontra amparo no art. 46, IV, do Código de Processo Civil, que autoriza a cumulação nos casos de afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

⁶²⁹ No caso de litisconsórcio unitário, concordamos com a crítica apresentada por Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que a classificação tradicional colhe o essencial e despreza elementos acidentais porque “quando se trata de litisconsórcio sujeito ao regime da unitariedade, resulta deste uma comunhão de destinos entre os co-litigantes (eles são literalmente com-sortes). Em conseqüência, formam em conjunto uma parte só, várias pessoas valendo por um só sujeito no processo e ocupando só um pólo da relação processual. É substancialmente única a demanda e uma só a demanda ajuizada por todos eles ou envolvendo várias pessoas como réus.”, *Litisconsórcio*, p. 312.

⁶³⁰ Cf. Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 79.

⁶³¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 71. Prossegue o autor esclarecendo optar pela expressão cúmulo de demandas e não de ações porque, conforme explica, são as demandas e não as ações suscetíveis de eventualmente se cumular num ato ou num processo porque “demanda é o ato de quem age em juízo, postulando, enquanto que ação é o poder de fazê-lo, exigindo a prestação jurisdicional”.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco que “*afinidade de questões* outra coisa não é senão *afinidade de fundamentos*” e, prossegue:

Tal afinidade é liame menos intenso que a conexão, caracterizado pela mera existência de algum *quesito comum* de fato ou de direito, o qual aparecendo em todas as causas de pedir (ainda que implicitamente) se apresente como uma das premissas necessárias para a decisão da causa.⁶³²

Mário Aguiar Moura, tratando do litisconsórcio entre irmãos, entendia, sob a égide do Código Civil anterior, ser possível a sua formação com fundamento no inciso III do art. 46 do Código de Processo Civil. Assim se posicionou o autor:

Relativamente ao inciso IV do mencionado art. 46, a amplitude que contém não poderia determinar o litisconsorte de que se trata, pois abriria oportunidade de ser possível a reunião litisconsorte em qualquer situação.

A solução do problema proposto, assim, depende da fixação da causa de pedir, posto que o objeto dos possíveis litisconsortes seria sempre idêntico, ou seja, a declaração da filiação legítima.

[...] a *causa petendi* na investigação de paternidade é complexa, constituindo-se qualquer das hipóteses do art. 363 do Código Civil, aliada à procriação. Há, nela, assim, um substrato geral e comum a que se acrescenta o fato fisiológico da geração.

Concluimos, portanto, que poderá ser viável o litisconsórcio nos seguintes casos:

- a) se os investigantes fundamentam o pedido no mesmo concubinato entre o pretendido pai e a mãe comum;
- b) se forem gêmeos, sob qualquer fundamento;
- c) se os investigantes contam com o mesmo escrito do pai.⁶³³

Divergimos do mencionado autor quanto ao fundamento do litisconsórcio. Isso porque, na hipótese de dois ou mais irmãos, juntamente, promoverem ação investigatória contra o mesmo homem, não ocorre conexão porque a causa de pedir não é a mesma (o ato da procriação é diverso), como também não é o mesmo o pedido formulado. Ainda que dois ou mais filhos

⁶³² *Litisconsórcio*, p. 89.

⁶³³ *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 297-298.

busquem a declaração de paternidade, cada qual o faz, unicamente, com relação a si próprio, daí a individualidade dos pedidos.⁶³⁴

Parte da doutrina entende, ainda, ser possível a formação de litisconsórcio entre o investigador e o Ministério Público.⁶³⁵

J. M. Leoni Lopes de Oliveira sustenta a sua posição na previsão legal de que legitimados extraordinários podem atuar conjuntamente em determinadas ações.⁶³⁶ Todavia, não concordamos com essa posição.

Primeiro, porque a hipótese que discutimos não trata de legitimação extraordinária concorrente. Na verdade, o direito de perquirir a filiação é do próprio filho, tratando-se de direito personalíssimo. É ele o legitimado ordinário na ação investigatória.

Segundo porque, ainda que não exista óbice legal à participação do filho e do Ministério Público, conjuntamente no pólo ativo, entendemos ser absolutamente inviável tal providência considerando que a atuação do Ministério Público apenas se justificaria quando o menor, por falta de iniciativa de seu representante legal, não promovesse a ação. Em podendo promovê-la, razão não há para atuar junto com o Ministério Público em litisconsórcio. Embora legitimado pela lei, entendemos que faltaria, especialmente nesse caso, legitimidade ao Ministério Público.

E, em terceiro, porquanto, tratando-se a investigatória de paternidade de ação de estado, por determinação legal (art. 82, II, do Código de Processo Civil), será necessária a atuação do Ministério Público como fiscal da lei e, por essa razão, completamente desnecessária a atuação de dois representantes da mesma instituição no processo.⁶³⁷

⁶³⁴ Apesar de não concordarmos, exatamente, com a fundamentação da justificativa do litisconsórcio apresentada por Zeno Veloso, vale registrar sua posição quanto à admissão do litisconsórcio ativo nessa hipótese. Afirma o autor: “Dadas a identidade das pretensões dos autores, a coligação de direitos e interesses dos filhos, considerando que a relação jurídica questionada tem o mesmo fundamento, sendo as questões conexas, apresentando afinidades ditadas por um ponto comum de fato e de direito (CPC, art. 46), para desembaraçar, facilitar, descomplicar, apressar a solução do litígio (CPC, art. 125, II), é melhor que ele não seja desdobrado, pelo que a cumulação subjetiva, no caso, deve ser não só aceita como incentivada.”, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 35.

⁶³⁵ *A nova lei na investigação de paternidade*, p. 106.

⁶³⁶ Idem, *ibidem*.

⁶³⁷ A necessidade de atuação do Ministério Público nas ações investigatórias será aprofundada no item 6 deste Capítulo, no qual serão apresentadas as teorias a respeito da “dupla” atuação do Ministério Público nestes feitos.

Pode, ainda, haver a formação de litisconsórcio ativo no caso de o filho falecer menor ou incapaz, o que autoriza seja a ação proposta por seus herdeiros (parágrafo único do art. 1.606). Cuida-se, sem dúvida, de litisconsórcio *necessário* porque imposto pela lei, sem ressalva a quais herdeiros, e *unitário* porque a lide é única para todos, não podendo haver solução discrepante para cada herdeiro que figure como autor da ação.

3.5.2 *Litisconsórcio no pólo passivo*

É possível, também, a formação de litisconsórcio no pólo passivo.

A hipótese mais usual de litisconsórcio passivo ocorre nas ações de investigação de paternidade propostas após o falecimento do genitor. Nesse caso, considerando o disposto no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como mencionamos anteriormente, a ação deve ser proposta em face dos herdeiros. Cuida-se, portanto, de litisconsórcio *necessário* por determinação legal.⁶³⁸ Além disso, considerando que a relação jurídica objeto do processo é a paternidade possivelmente existente entre o autor e o falecido, de quem os réus são apenas herdeiros, não há como se afastar a caracterização de litisconsórcio *unitário*, considerando que os herdeiros, em nome próprio, defendem direito alheio e, assim, a lide é única devendo a solução ser a mesma para todos.

Outra situação em que o litisconsórcio passivo se mostra obrigatório ocorre nos casos em que a ação de investigação de paternidade é proposta por filho que já possua pai registral. Assim, não obstante determinada pessoa figure no registro de nascimento como seu pai, o filho intenciona promover ação em face daquele que acredita ser o seu genitor biológico.

Nesse caso, em razão da manifesta impossibilidade de coexistência de “duas paternidades”, uma decorrente do registro e outra, eventualmente, reconhecida pela sentença de procedência na ação investigatória, mostra-se, fundamental, primeiramente, a cumulação de pedido de anulação de registro civil com o de reconhecimento de paternidade.⁶³⁹

⁶³⁸ Nesse sentido: “Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Litisconsórcio necessário. Não tendo o *de cujus* ascendentes ou descendentes, a demanda haverá de ser movimentada contra todos seus irmãos, ainda que um deles seja unilateral. A falta de citação deste importa nulidade. Hipótese em que não há cogitar de prequestionamento, como requisito de admissibilidade do extraordinário, já que o recorrente, não citado, só ingressou no processo após o julgamento”. STJ, 3.ª Turma, REsp 372-MS, rel. Min. Gueiros Leite, rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, conheceram e deram provimento ao recurso por maioria, j. 05.12.1989, DJ 19.02.1990, p. 1.043.

⁶³⁹ Já apresentamos, no item 3.1.1.1, a remansosa posição jurisprudencial que entende ser desnecessária a cumulação do pedido de reconhecimento de paternidade com o de anulação de registro civil, justamente porque este ocorreria automaticamente no caso de procedência do primeiro. No entanto, não concordamos com essa posi-

Por força desse entendimento, é fundamental que figurem, como litisconsortes passivos, tanto o pai registral quanto o suposto pai, afinal o que se busca com o primeiro pedido é a desconstituição da relação paterno-filial expressa no registro civil e, no segundo – que somente poderá ser apreciado na hipótese de acolhimento do primeiro – o reconhecimento da “nova” paternidade.

Não há como se admitir que alguém que já possua pai registral possa promover demanda objetivando que outra pessoa seja declarada seu pai sem que ambos figurem no pólo passivo.⁶⁴⁰ Afinal, tendo o pedido anulatório conteúdo eminentemente constitutivo negativo (desconstitutivo) não há como se desfazer uma relação jurídica sem que os integrantes dessa relação participem da ação. Assim, o caso encerra hipótese de litisconsórcio necessário em decorrência da natureza da relação jurídica debatida na causa.

A necessidade do litisconsórcio, em tais casos, é reconhecida pela jurisprudência:

CIVILE PROCESSUAL. REGISTRO PÚBLICO. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. “PAI REGISTRAL” NÃO CITADO PARA A LIDE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. CPC, ART. 47, § ÚNICO. CC, ART. 348. LEI 6.015/73, ART. 113.

I. O registro público, pela importância dos dados nele assinalados, empresta estabilidade e segurança à organização social e jurídica do país, e é gerador de direitos e deveres dos mais diversos e relevantes, inclusive em face do efeito *erga omnes* que conferem.

ção por entender que, primeiramente, há de ser demonstrado o erro ou a falsidade do registro civil, desconstituindo-se a paternidade registral para, após, se autorizar o reconhecimento de outra paternidade. Em nossa opinião, cuida-se de cumulação sucessiva de pedidos, porquanto o pedido de reconhecimento de paternidade somente poderá ser apreciado na hipótese de o de anulação de registro ser julgado procedente.

⁶⁴⁰ Essa é a majoritária posição jurisprudencial: “Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança e anulação de partilha. Decadência. Prescrição. Anulação da paternidade constante do registro civil. Decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade. Citação do pai registral. Litisconsórcio passivo necessário. – Não se extingue o direito ao reconhecimento do estado de filiação exercido com fundamento em falso registro. – Na petição de herança e anulação de partilha o prazo prescricional é de vinte anos, porque ainda na vigência do CC/16. – O cancelamento da paternidade constante do registro civil é decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade, o que torna dispensável o prévio ajuizamento de ação com tal finalidade. – Não se pode prescindir da citação daquele que figura como pai na certidão de nascimento do investigante para integrar a relação processual na condição de litisconsórcio passivo necessário. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”. STJ, 3.^a Turma, REsp 693.230-MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, v.u., j. 11.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 307. No mesmo sentido: STJ, 4.^a Turma, REsp 402.859/SP, rel. Min. Barros Monteiro, deram provimento parcial ao recurso, v.u., j. 22.02.2005, DJ 28.03.2005, p. 260; STJ, 3.^a Turma, REsp 249.163/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, não conheceram do recurso, v.u., j. 22.02.2001, DJ 07.05.2001, p. 138.

II. De outra parte, seja em face das exigências contidas nos arts. 348 do Código Civil e 113 da Lei 6.015/73, seja em razão dos primados constitucionais do devido processo legal e da amplitude do direito de defesa, necessária a presença, no pólo passivo de ação investigatória de paternidade, do pai registral, interessado direto no resultado da demanda, onde é concomitantemente postulada a sua desconstituição de tal qualidade.

III. A não citação do pai registral para a lide acarreta a nulidade processual, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

[...] Daí, seja em face das exigências legais, que firmam o primado do devido processo legal, seja pela imperiosidade de ser resguardada a defesa daquele que possui direto interesse e envolvimento na discussão – o pai registral – me parece indubitosa a necessária presença deste em lide onde é buscada – aqui à sua revelia – a sua desconstituição da qualidade de genitor da menor que levava seu sobrenome (Cuenca) há dezesseis anos, quando do ajuizamento da ação, em 1994.⁶⁴¹

Vislumbramos, por fim, a possibilidade de formação de litisconsórcio no pólo passivo entre dois ou mais supostos pais. Essa situação pode ocorrer quando a genitora do investigador assume a dificuldade de identificação do possível genitor porque teria mantido, no provável período de concepção, relações sexuais com mais de um homem.

Esse litisconsórcio, que, na vigência do diploma anterior, não era possível, atualmente passa a ser. O impedimento existia anteriormente porque uma das matérias que podia ser alegada pelo réu, em sua defesa na ação investigatória, era a *exceptio plurium concubentium*, ou seja, que a mãe do investigador havia mantido relações sexuais com outros homens no período da concepção. O objetivo era impor dúvida razoável a respeito da paternidade levando, assim, à improcedência da ação.

Ocorre que, atualmente, graças à evolução da medicina genética, que fornece meios à descoberta da paternidade biológica pela análise do DNA, não mais se justifica, nem a defesa fundada na *exceptio plurium concubentium*,⁶⁴² que, por si só, não tem o condão de afastar a paternidade, nem mesmo a absoluta necessidade de propositura da ação em face de, apenas, um dos supostos pais.

⁶⁴¹ STJ, 4.ª Turma, REsp 117.129-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, conheceram e deram parcial provimento, v.u., j. 05.06.2001, DJ 24.09.2001, p. 307.

⁶⁴² A matéria a ser alegada pelo réu em sua defesa será mais bem analisada no item 10, deste Capítulo.

Zeno Veloso, que já admitia a formação desse litisconsórcio na vigência do Código anterior, assevera:

Se vários podem ser o pai da criança, embora, é claro, só um deles o seja, realmente, até pelo princípio da economia processual, não há razão para que se intentem ações sucessivas, uma depois da outra, contra os pais potenciais, sendo conveniente e útil consolidar a discussão num só processo, tornando mais seguro o contraditório, facilitando a defesa, a produção de provas, enfim, a busca da verdade.⁶⁴³

Nessas situações, entendemos ser possível a formação de litisconsórcio no pólo passivo, que é *facultativo* – porque decorrente de opção do autor da ação investigatória – e *eventual*.⁶⁴⁴ Assim, a ação é proposta em face de dois réus a fim de que o magistrado, não reconhecendo a paternidade do primeiro, na seqüência, aprecie o mesmo pedido com relação ao segundo réu.⁶⁴⁵

Trata-se, na verdade, de cúmulo eventual de demandas. Explica Cândido Rangel Dinamarco que, nesses casos, “o autor formula duas demandas, tendo preferência pela primeira mas pedindo ao juiz que conheça e acolha a segunda (que por isso mesmo se considera *subsidiária*) no caso de não poder a primeira ser atendida”.⁶⁴⁶

4. Da necessária intervenção do Ministério Público

Proposta a ação de investigação de paternidade, tem-se como obrigatória a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82 do Código de Processo Civil.

Justifica-se a participação do Ministério Público, na condição de fiscal da lei ou *custos legis*, em todas as causas em que se discuta o estado das pessoas.⁶⁴⁷

⁶⁴³ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 35.

⁶⁴⁴ A denominação é utilizada por Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 390.

⁶⁴⁵ J.M. Leoni Lopes de Oliveira, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade* p. 146, assim se manifesta: “Não vejo, atualmente, diante dos novos exames biológicos para determinar a paternidade (DNA), impedimento a que a ação seja proposta em face de dois homens que, segundo a mãe do autor, com ela mantiveram relações sexuais, durante o período da concepção”.

⁶⁴⁶ *Litisconsórcio*, p. 392.

⁶⁴⁷ A análise da intervenção do Ministério Público nas ações de estado e as conseqüências da sua ausência são tratadas, de forma detida, no item 3.2, do Capítulo 2, da Parte I.

Logo, independentemente de ser o investigador maior ou menor de idade, haverá o processo de contar com a participação do Ministério Público.

Questiona-se, no entanto, a necessidade dessa intervenção como *custos legis* nos casos em que a ação de investigação de paternidade é proposta pelo próprio Ministério Público.

J. M. Leoni Lopes de Oliveira⁶⁴⁸ defende a desnecessidade da atuação de outro representante da instituição como *custos legis* quando a ação é proposta pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual.

Justifica o autor a sua posição, em síntese, nos seguintes argumentos: a) mesmo figurando como autor da ação, o Ministério Público não está obrigado a requerer a procedência do pedido nos casos em que a prova manifestamente exclua a paternidade, ou quando a prova foi resultado de conluio processual, ou, ainda, quando a indicação do suposto pai, pela mãe, foi criminosa; b) o art. 5.º, § 1.º, da Lei 7.347/85 estabelece que “o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”; c) o art. 202, do Estatuto da Criança e do Adolescente contém norma semelhante à da Lei 7.347/85.⁶⁴⁹

Há, por outro lado, há quem entenda necessária a “dupla” atuação do Ministério Público nesses casos porque haveria incompatibilidade na cumulação das funções de parte e de fiscal da lei, pelo mesmo órgão.⁶⁵⁰

Entendemos desnecessária a “dupla” atuação ministerial em razão do princípio da unidade que permeia a instituição do Ministério Público. É por esse mesmo princípio que não se exige a participação de mais de um membro da instituição quando existem, no mesmo processo, incapazes nos dois pólos da relação processual.⁶⁵¹ Explicam, claramente, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco referido princípio:

⁶⁴⁸ *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 148-157.

⁶⁴⁹ Com a mesma posição estão: Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, *Alimentos e investigação de paternidade*, p. 139; João Francisco Moreira Viegas, *Reconhecimento de paternidade*, RT, v. 699, p. 13; Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, p. 84-86. Nesse sentido já se decidiu: “MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERVENÇÃO – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – INTERESSE DE MENOR. Intervenção concomitante do curador de incapazes e do curador da família. Desnecessidade. Função de ‘custos legis’ que tem em conta a unidade essencial da instituição.”, RJTJSP v. 122, p. 322.

⁶⁵⁰ É o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 123.

⁶⁵¹ Cf. Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 500; Antonio Raphael Silva Salvador, Ministério Público – intervenção, RT, v. 627, p. 264.

ser *una e indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física de um promotor ou curador).⁶⁵²

5. Desistência da ação

A desistência da ação por parte do autor figura como uma das causas de extinção do processo, sem a análise do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Neste caso, como explica Arruda Alvim, “o autor abre mão do seu direito de ação *atual*, mas não do seu direito material alegado (=pretensão material)”,⁶⁵³ sendo, evidentemente, manifestação do princípio dispositivo.⁶⁵⁴

Discute-se na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de desistência da ação de investigação de paternidade quando a ação é proposta por menor representado pela mãe. Há, fortemente delineadas, duas posições antagônicas.

Uma, que aceita pacificamente a desistência da ação de investigação de paternidade sob o argumento de que, “embora indisponível e imprescritível o direito ao reconhecimento da paternidade, no campo material, nada obsta que o direito de ação, eminentemente processual, seja relegado para oportunidade outra no interesse da própria menor, a critério do seu representante legal”.⁶⁵⁵

Defendendo a possibilidade de desistência da ação, Orlando Gomes pondera que “a irrenunciabilidade de um direito não acarreta necessariamente a obrigatoriedade do seu exercício”.⁶⁵⁶

⁶⁵² *Teoria geral do processo*, p. 212.

⁶⁵³ *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 350.

⁶⁵⁴ Cf. Egas Dirceu Moniz de Aragão, Desistência da ação, *Revista Forense* v. 324, p. 45.

⁶⁵⁵ TJSP, Apelação 183.243-1.

⁶⁵⁶ Cf. Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 365. Também é essa a posição assumida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 345; Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 269.

A outra corrente, que defende a impossibilidade de desistência da demanda, se firma na tese de que a filiação é direito indisponível⁶⁵⁷ e, assim, uma vez proposta a ação dela não se poderia abrir mão.⁶⁵⁸

Registra Bertoldo Mateus de Oliveira Filho que “a par de indesejável retardamento do direito ao nome, alimentos e, conforme o caso, sucessão, a desistência *in casu*, dado o caráter personalíssimo da ação, poderá ocasionar a definitiva inviabilidade da perfilhação na hipótese do falecimento do autor. É que, coartado no nascedouro o pedido investigatório, os herdeiros não poderão ajuizá-lo originariamente.”⁶⁵⁹

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de homologação de desistência nessa situação:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESISTÊNCIA DA PRÓPRIA MENOR, POR SUA TUTORA. DESCABIMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. APURAÇÃO DA VERDADE REAL. EXAME DNA POSITIVO. CONFORMAÇÃO DO PAI INVESTIGADO.

I. O direito ao reconhecimento da paternidade é indisponível, pelo que não é possível à tutora da menor desistir da ação já em curso, ao argumento de que a adoção que se propunha ela própria fazer era mais vantajosa à tutelada, e que, a todo tempo, seria possível à autora novamente intentar igual pedido, por imprescritível.

II. Caso, ademais, em que já houvera, inclusive, a realização de teste de DNA, com a confirmação da paternidade investigada, sendo interesse da menor e do Estado a apuração da verdade real.

III. Corretos, pois, a sentença e o acórdão estadual que, rejeitando o pedido de desistência, julgaram procedente a ação investigatória.

IV. Recurso especial não conhecido.

[...] O argumento de que poderia, mais tarde, a menor, quando maior de idade, intentar uma nova ação, porque a desistência seria sem julgamento do mérito,

⁶⁵⁷ Consoante decidiu o TJRS, 7.^a Câ. Cív., ApCív 594141095, rel. Des. Alceu Binato de Moraes, j. 05/04/95.

⁶⁵⁸ É o entendimento de J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova lei de investigação de paternidade*, p. 130-131; Belmiro Pedro Welter, *Investigação de paternidade*, p. 64. Marco Aurélio S. Viana, embora entenda que, em princípio, a desistência é vedada deve se realizar o exame do caso concreto, pois é possível que, pelo bem do menor, a desistência seja o melhor caminho, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 94.

⁶⁵⁹ *Alimentos e investigação de paternidade*, p. 164.

não convence, em absoluto, eis que interessa a apuração da verdade real, e se a iniciativa pretérita – aliás correta – era a de descobrir a filiação pelo lado paterno, direito indisponível inerente à pessoa humana e protegido pela Constituição, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, e que já se achava até ao final do caminho, não haveria por que se andar para trás, postergando essa oportunidade para um momento futuro e incerto. Sobressaem, aí, o interesse da menor e do próprio Estado.⁶⁶⁰⁻⁶⁶¹

Acreditamos não ser possível a homologação de desistência formulada pelo representante legal do investigante nas ações em que se busca o reconhecimento da filiação. E as razões são diversas.

Primeiro porque, apesar de a desistência não se confundir com a renúncia ao direito em que se funda a ação, pode resultar em prejuízo direto ao menor. O reconhecimento da filiação produz efeitos, concede a possibilidade de se estabelecer uma união verdadeira entre pais e filhos, que implica usufruir dos laços de família, perceber alimentos, ser sucessor no caso de falecimento. E a desistência, se homologada, acabaria por impedir o exercício efetivo da filiação por opção daquele que representa o menor na ação.

⁶⁶⁰ STJ, 4.^a Turma, REsp 472.608-AL, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, não conheceram, v.u., j. 18.03.2003, DJ 09.06.2003, p. 276. E, do mesmo modo, o STF: “I. Ação de investigação de paternidade. Procedência, rejeitadas as preliminares de nulidade. II. Citação. É de desprezar-se sua nulidade se os réus, ao acudirem a juízo, não se limitaram a argüição. Aplicação do art. 165, § 1.º e 2.º do CPC. III. Desistência da ação por parte dos autores, absolutamente incapazes, representados pela mãe. A ela se opondo o Ministério Público, com intervenção obrigatória, e o curador a lide, com base no art. 80, § 2.º, e 16 do CPC, não merecendo por isso homologação, certo o prosseguimento da causa, sem ofensa ao art. 387 do C. Civil IV. Honorários de advogado. Se, sobre eles não ocorreu discussão nas instâncias ordinárias, descabe apreciá-los na via extrema. V. Acolhido os julgados o pedido de reconhecimento da paternidade, com base na prova, descabe revê-la no juízo extraordinário. VI. Recurso Extraordinário não conhecido pela inocorrência de seus pressupostos”. STF, 2.^a Turma, RE 77.669/SC, não conheceram do recurso, v.u., j. 19.06.1974, DJ 02.06.1975.

⁶⁶¹ No julgamento do REsp 138.366, a 4.^a Turma do STJ já havia reconhecido que a desistência manifestada pela mãe da menor é ineficaz com relação à filha por se tratar o direito à paternidade de direito personalíssimo. No caso, que retrata situação bastante peculiar, quando a filha era menor foi representada pela genitora em ação de investigação de paternidade. Após a propositura da ação, a mãe da menina firmou escritura pública dizendo, por sua livre e espontânea vontade, que tinha mantido relações sexuais com o alegado pai, mas que tinham ocorrido em período bem anterior ao nascimento da filha e que as datas não coincidiam, sendo certo que ele não era o pai da criança. Após a lavratura dessa escritura, a mãe e o investigado apresentaram em juízo a informação da transação com o conseqüente pedido de desistência da ação, que foi homologada. Posteriormente, a filha, já maior, promoveu ação de investigação *post mortem* contra os herdeiros do pai, tendo sido determinada pelo juízo a exumação do corpo, realização de exame de DNA no cadáver e, posteriormente, lacração do jazigo. Contra referida decisão, os herdeiros interpuseram recurso de agravo de instrumento, que teve provimento negado pelo Tribunal do Paraná e o recurso especial que foi julgado pelo STJ, sustentando a ocorrência de coisa julgada pelo acordo firmado pela mãe da menor, que somente poderia ser rescindido mediante ação rescisória. Decidindo pela ineficácia da desistência manifestada pela genitora nos autos da primeira ação de investigação de paternidade aforada, o STJ não conheceu o recurso especial, mantendo a decisão monocrática.

Nem se diga que a iniciativa da demanda foi da representante legal do menor e que, por essa razão, também estaria autorizada a desistir da ação. Frise-se que a ação de filiação é ação de estado e, uma vez proposta, faz surgir um interesse público na solução do conflito de interesses que ultrapassa a esfera de vontade dos envolvidos.

Além disso, concordamos com o argumento de Bertoldo Mateus de Oliveira Filho de que a desistência poderia afastar a possibilidade de reconhecimento da filiação no caso de falecimento do investigante, o que não pode ser aceito.

Desta forma, entendemos que uma vez proposta a ação, seja pelo Ministério Público, na qualidade de legitimado extraordinário, seja pelo menor, representado pela genitora, não deverá o Judiciário homologar eventual desistência formulada, posto que, em qualquer hipótese, poderia ser prejudicial aos interesses do menor.

Ressalte-se, ainda, que, no caso de haver conflito de interesses entre o direito da menor e a vontade do seu representante legal, deverá ser nomeado curador especial para a defesa de seus interesses, como bem determina o art. 9.º, I, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, caso se trate de ação proposta por filho maior, não há qualquer óbice para a desistência da ação,⁶⁶² e nesse caso o processo será extinto sem a análise do mérito, nos termos do art. 267, VIII, Código de Processo Civil.

6. Fundamentos da ação

O art. 363 do Código Civil de 1916, em três incisos, apresentava as quatro hipóteses em que a ação de investigação de paternidade poderia ser proposta.

Assim, os filhos ilegítimos não adulterinos, nem incestuosos – que não poderiam ser reconhecidos por vedação expressa do art. 358 do Código Civil – poderiam promover a ação: a) se ao tempo da concepção a mãe estivesse concubina com o suposto pai; b) se a concepção do filho tivesse coincidido com o rapto da mãe pelo suposto pai; c) se a concepção fosse decorrente de relações sexuais entre os genitores; e d) se existisse escrito do suposto pai reconhecendo a paternidade expressamente.

⁶⁶² Comungam dessa opinião Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, *Alimentos e investigação de paternidade*, p. 166; Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 345.

Esclarece Mário Aguiar Moura que o critério da enumeração de fatos específicos para o ajuizamento da ação visa a oferecer maior segurança no encaminhamento do grave problema da investigação de paternidade. Representa, assim, “um freio [...] não deixando de ser um controle a antepor-se às aventuras audaciosas.”⁶⁶³

Em que pese a taxatividade, a simples previsão de ocorrência de relações sexuais como um dos possíveis fundamentos da investigatória gerou, na época da edição do Código, inúmeras controvérsias na doutrina justamente porque se enxergava, nesse caso, “uma porta para abusos”.⁶⁶⁴

Entretanto, apesar de essa previsão tornar mais acessível a ação investigatória, por muito menos rígida e complexa do que a exigência da vida em comum, do concubinato ou da convivência entre a mãe e o suposto pai no período legal da concepção,⁶⁶⁵ era, ao mesmo tempo, indiscutível que a prova das relações sexuais era muito mais difícil do que a do rapto, do concubinato ou a apresentação do documento escrito comprobatório da paternidade.⁶⁶⁶ Com isso, junto com a rigidez dos julgadores quanto à prova, tal previsão acabou não causando qualquer insegurança às famílias.

Na vigência da legislação civil anterior, questionava-se se os fatos que autorizavam a propositura da ação investigatória criavam presunção de paternidade. Isso porque, “a partir da prova de qualquer dos fatos, e tão somente deles, todo o ônus probatório para destruir a presunção de paternidade incumbe ao réu”.⁶⁶⁷

Zeno Veloso critica tal posição por entender que as hipóteses, taxativamente, enumeradas pelo art. 363 representavam pressupostos de admissibilidade da ação investigatória, e não representavam presunções legais, mas presunção *hominis*, porquanto cabia ao autor da ação “a prova da circunstância alegada.”⁶⁶⁸

⁶⁶³ *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 134.

⁶⁶⁴ Cf. Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 187. Também noticia essa preocupação Zeno Veloso, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 32. Para Washington de Barros Monteiro, a previsão das relações sexuais como causa de pedir da ação investigatória colocou o Código Civil brasileiro “na estrada larga da ampla investigação”, *Curso de direito civil*, 2 vol., p. 261.

⁶⁶⁵ Cf. Zeno Veloso, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 32.

⁶⁶⁶ Cf. Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 187.

⁶⁶⁷ Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 137.

⁶⁶⁸ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 24.

Embora criticado por parte da doutrina,⁶⁶⁹ o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 era de enumeração taxativa (*numerus clausus*) e não exemplificativa.⁶⁷⁰

As críticas à taxatividade das hipóteses de cabimento da ação investigatória ficaram ainda mais acirradas após a Constituição Federal de 1988, que reconheceu a igualdade entre todos os filhos, havendo quem defendesse, até mesmo, a não-recepção de todo o art. 363 (e não apenas a parte que mencionava a filiação ilegítima) pelo texto constitucional. Confira-se a posição de Zeno Veloso:

Não temos dúvida de que o art. 363 está revogado. Ele se tornou incompatível com a nova ordem constitucional estabelecida a partir de 1988 em nosso País. Agora, a igualdade jurídica entre filhos é absoluta e completa, não podendo haver discriminação. Qualquer filho havido fora do casamento pode ingressar com ação de investigação de paternidade. Por sua vez, os casos apontados para que a ação pudesse ser apresentada, os pressupostos de admissibilidade da ação, representavam limites, entraves, restrições para o estabelecimento da verdadeira ascendência. Se uma interpretação construtiva da Carta Magna nos obriga a concluir que toda pessoa tem o direito de descobrir qual é a sua origem, de saber qual é a sua ascendência biológica, de ver revelada sua identidade, seus laços genéticos, as dificuldades e obstáculos, os estorvos e embaraços que representavam as hipóteses de admissibilidade da ação não podiam subsistir. [...]

Entendemos que o direito personalíssimo de reconhecimento de estado, de ver estabelecida a verdadeira paternidade, o que é inerente à dignidade da pessoa humana, não pode sofrer apertos, não pode estar dependendo de pressupostos restritivos, o que é enfaticamente declarado, por sinal, no art. 27 da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶⁷¹⁻⁶⁷²

É evidente que as situações previstas pelo legislador de 1916 sempre puderam ser resumidas em apenas uma, qual seja, a ocorrência de relação sexual entre o suposto pai e a mãe do investigante, que tenha propiciado a concepção.

⁶⁶⁹ Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca, ainda que esse sistema permita o máximo de segurança por eliminar *a priori* os pleitos que poderiam não ter probabilidade de êxito, “sacrifica-se também o direito do filho em hipóteses em que a paternidade poderia ficar provada de maneira inequívoca.”, *Investigação de paternidade*, p. 165.

⁶⁷⁰ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 145.

⁶⁷¹ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 28-29.

⁶⁷² Para Segismundo Gontijo e Juliana Gontijo, “o ECA veio desamarar a camisa de força dos pressupostos para a *condição de ação* de investigação de paternidade taxativamente elencados no art. 363, do C. Civ., liberando-os no art. 27[...]”, O novo procedimento para a perfilhação, *Revista Forense* 327, p. 119.

Por essa razão, J. J. Calmon de Passos, na vigência do diploma civil revogado, já entendia que no art. 363 do Código Civil não se enunciavam causas de pedir da ação investigatória, “mas circunstâncias de fato (fatos simples) que autorizam postular-se, em juízo, o reconhecimento da paternidade, provando-se também a concepção”.⁶⁷³

De acordo com o ensinamento do autor, os fatos elencados no art. 363 não provam a concepção, mas autorizam a propositura da ação para que, nela, a concepção reste comprovada.⁶⁷⁴

Mário Aguiar Moura⁶⁷⁵ apresenta as três correntes que se formaram sobre a causa de pedir na ação de investigação de paternidade.

Para a primeira corrente, a causa de pedir está nos fatos previstos em lei, que são os únicos em que o autor pode fundar a sua pretensão. Os adeptos da segunda corrente defendem que a causa de pedir está na procriação biológica. Por fim, a terceira corrente entende que a causa de pedir é complexa por conter um dos fatos elencados na lei e a própria geração.⁶⁷⁶

Além dessa, a outra forma de concepção, que apenas passou a ser possível no final do século passado por força da evolução da medicina genética, foi a decorrente da inseminação artificial.⁶⁷⁷

⁶⁷³ A causa de pedir na ação de investigação de paternidade e o art. 363 do CC – Prova atípica – O depoimento pessoal do representante legal da parte – Atendibilidade do documento firmado em branco – O documento falso e o princípio do livre convencimento do juiz, *RePro* v. 45, p. 184. De forma absolutamente clara explica o jurista: “Numa ação de investigação de paternidade, qual a causa de pedir? Nos termos indicados, o *fato* constitutivo do direito ao bem perseguido pelo autor, que é, na hipótese, a certificação judicial do seu estado de filha ilegítima. E que fato é constitutivo do estado de filho? A resposta é uma e única: a *concepção*. A relação jurídica de paternidade resulta da fecundação, por um homem, de uma mulher, com o *consequente nascimento com vida* do ser humano gerado, quando, adquirindo esta personalidade, se perfaz e se completa a relação jurídica, que reclama, para sua definitiva constituição, a existência do outro sujeito (bilateralidade essencial ao direito). Completa-se a causa de pedir com a falta de reconhecimento, por parte do pai natural, donde se origina o interesse de agir do autor.”.

⁶⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁶⁷⁵ A causa de pedir na investigação de paternidade, *RT*, v. 534, p. 34-41.

⁶⁷⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷⁷ Essa, inclusive, uma das causas que levavam muitos juristas a entender pela revogação do art. 363, do Código Civil ainda sob a égide do diploma anterior. Assim se coloca Sérgio Gischkow Pereira no julgamento dos Embargos Infringentes n. 595191198: “Alguém diria: como é que vai nascer sem relação sexual? Eu respondo: e a inseminação artificial? Então nós vamos ter que dar pela carência da ação de um filho que propusesse investigatória que resultasse de uma inseminação se não nos déssemos conta da mudança que o Direito de Família sofreu e ainda trabalhássemos com o 363 do CC”, no acórdão assim ementado: “Investigação de paternidade. Petição de herança. Existência de registro anterior atribuindo a terceiro a paternidade. Desnecessidade de prévio ajuizamento da ação anulatória do registro, ou, mesmo, da cumulação de pedidos. Efeito automático da sentença de procedência da investigatória sobre o registro civil. Inaplicação do art. 178, § 9.º, VI, do Código Civil, pois que revogado pelo art. 227, § 6.º, da nova Constituição Federal. Embargos Infringentes desacolhi-

Assim, conforme já vinha sendo reconhecido pela doutrina após a Constituição de 1988, o sistema taxativo do art. 363 do Código Civil não encontrou equivalente do Código vigente, dando-se lugar ao sistema da livre propositura da ação ou *sistema de causas livres*.⁶⁷⁸

O sistema de causas livres, que antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil já vinha sendo acolhido pelo posicionamento jurisprudencial,⁶⁷⁹ acabou sendo criticado por parte da doutrina por dar abertura a inúmeras ações infundadas.

Justamente para resguardar os direitos dos investigados, que acabavam tendo expostas a sua vida e intimidade por conta de ações sem fundamento, passou-se a exigir, ao menos, a verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, que deveriam ser demonstrados por indícios mínimos da existência de relacionamento entre o investigado e a genitora do investigante.⁶⁸⁰

No entanto, justamente porque apenas uma única relação sexual pode levar à procriação, além da ampla possibilidade da investigação da paternidade biológica pela análise do DNA dos envolvidos, aos poucos, acabou sendo aceito o prosseguimento de ações sem qualquer prova inicial por parte do investigante.

6.1 A causa de pedir e a posse do estado de filho

Com o abrandamento jurisprudencial, após a Constituição de 1988, no tocante ao taxativo rol de possíveis fundamentos da ação investigatória e, hoje, em razão da ausência de previsão legal, no diploma civil vigente, quanto às causas que autorizam a propositura dessa ação, vem ganhando espaço a possibilidade de reconhecimento dos filhos que, não sendo biológicos, estão investidos na posse do estado de filho.

Ensina Arnaldo Medeiros da Fonseca que “a *posse de estado* constitui-se por três fatos característicos: *nomen, tractatus e fama* ou *reputatio*. *Nomen* consiste no fato de usar o

dos. Voto vencido.”, TJRS, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes n. 595191198, relator Desembargador Alceu Binato de Moraes, embargos infringentes desacolhidos, por maioria, j. 10.05.1996.

⁶⁷⁸ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 146; Silvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 365.

⁶⁷⁹ A jurisprudência sempre reflete melhor os anseios da sociedade e decide o que, posteriormente, acaba sendo transformado em lei.

⁶⁸⁰ Embora reconhecendo que a liberdade na propositura da investigação de paternidade represente uma tendência das legislações modernas, Zeno Veloso pontifica a razoabilidade da exigência do que denomina de “juízo prévio de admissibilidade”, devendo o investigante apresentar “algum indício, um começo de prova, demonstrando que sua pretensão é razoável.”, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 26.

filho o *nome de família* ou apelido do genitor. *Tractatus* refere-se à circunstância de ser *tratado como tal*, isto é, sustentado, educado e protegido pela pessoa de quem se supõe filho. *Fama* ou *reputatio* envolve o conhecimento dessa qualidade por terceiros, que hajam presenciado fatos inequívocos dela reveladores, na família e na sociedade.”⁶⁸¹

A discussão quanto à possibilidade de ser reconhecida essa filiação de fato é ainda bastante acirrada e não se trata de debate que se travou recentemente.

Na verdade, há argumentos que passaram a ser apresentados após a Constituição Federal de 1988, mas a intenção de permitir que os filhos investidos na posse do estado de filho possam promover ação objetivando o reconhecimento da filiação remonta ao início do século passado.

Quando da elaboração do Projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua incluiu a posse do estado de filho como um dos fundamentos autorizadores da propositura da ação de investigação de paternidade. Assim justificava o jurista a sua iniciativa:

A posse de estado, isto é, o conjunto de circunstâncias indicadoras da relação de filiação, segundo já houve ocasião de referir êste livro, é, por si só, um fato de valor demonstrativo muito considerável. Como disse DEMOLOMBE, ela é um verdadeiro reconhecimento. Quando um homem, acrescenta ele, constante e publicamente tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre às suas necessidades, à sua manutenção, à sua educação, é impossível não dizer que ele o reconheceu.”⁶⁸²

No entanto, quando da análise do projeto pela Câmara dos Deputados, suprimiu-se um dos incisos do art. 363 redigido por Clóvis Beviláqua.

De toda forma, mesmo não constando entre as hipóteses de cabimento da investigação, já argumentava a doutrina que, se provada a posse do estado de filho, bem como uma das causas do art. 363, era possível o seu reconhecimento.⁶⁸³

⁶⁸¹ Ob. cit., p. 226.

⁶⁸² *Direito de família*, p. 227-228.

⁶⁸³ Cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 229.

Atualmente, justamente por força do entendimento de que a família está fundada nos laços afetivos mantidos por seus membros, que não necessariamente se funda a união familiar numa verdade consangüínea, mas numa relação de amor, carinho e afeto, a posse do estado de filho acaba, novamente, ganhando relevo.

Os favoráveis à possibilidade de seu reconhecimento judicial argumentam que os princípios constitucionais de proteção à criança contidos no art. 227, § 6.º, da Constituição Federal, além da proteção destinada às crianças e aos adolescentes pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, proíbem qualquer diferenciação entre os filhos, não havendo, portanto, por que se afastar os filhos de fato dos filhos de direito se não existe disposição legal que proíba tal situação.

O posicionamento contrário a esse reconhecimento sustenta que no nosso sistema legal não existe a chamada adoção de fato e o filho de criação não pode ser tido como adotado e muito menos equiparado ao filho biológico.

Além disso, atualmente, por força da regra contida no art. 1.593 do Código Civil, que reconhece ser o parentesco natural ou civil conforme resulte, respectivamente, da consangüinidade ou de outra origem, procura-se incluir a filiação socioafetiva, justamente, na expressão “outra origem”.

Assim é que, o Enunciado 103 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002 dá ao art. 1.593 interpretação que reconhece a existência de vínculo parental o proveniente das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai ou mãe que não contribuiu com seu material fecundante, bem como da paternidade socioafetiva fundada na posse do estado de filho. Da mesma forma, o Enunciado 256, da III Jornada de Direito Civil, reconheceu que a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

A possibilidade de reconhecimento judicial da paternidade socioafetiva também já foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATER-

NIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.⁶⁸⁴

7. Cumulação de pedidos

Explica Araken de Assis que “formulando o autor mais de um pedido, contra o mesmo ou diferente réu, ocorre cumulação de ações materiais, tenham ou não idêntica *causa petendi*.”⁶⁸⁵

O mesmo doutrinador, ainda, apresenta a classificação da cumulação separando a cumulação em sentido estrito da cumulação em sentido amplo. A primeira, que também recebe a denominação de própria, abrange as hipóteses em que os pedidos admitem a procedência simultânea, enquanto na outra, denominada de imprópria, o autor indica vários caminhos para a solução da demanda,⁶⁸⁶ mas apenas um dos pedidos é, ao final, acolhido pelo juízo.

A cumulação própria inclui a cumulação simples e a sucessiva; e a imprópria abrange a cumulação alternativa ou eventual.

⁶⁸⁴ TJRS, 7.ª Câm. Cív., ApCív 70008795775, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23.06.2004.

⁶⁸⁵ *Cumulação de ações*, p. 252.

⁶⁸⁶ *Idem*, p. 253.

Na cumulação simples, há cúmulo de pedidos que são absolutamente independentes entre si, tendo em comum apenas os sujeitos. Nesse caso, o autor postula a procedência simultânea de todas as ações.⁶⁸⁷ Como exemplo, tem-se a ação indenizatória em que se postulam danos materiais e morais. O acolhimento de um dos pedidos não acarreta, necessariamente, a procedência dos demais.

A cumulação sucessiva contém hipótese diversa. Nesta, “o autor formula um pedido que, em relação ao primeiro, dependa de sua procedência.”⁶⁸⁸ Note-se que, por força da dependência do segundo pedido com relação ao primeiro, o segundo somente será apreciado (a procedência ou não do pedido não interfere na classificação), se o primeiro tiver sido julgado procedente. Como exemplo, tem-se as ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, e as ações de investigação de paternidade cumuladas com petição de herança.

Na cumulação alternativa⁶⁸⁹ ou eventual, o autor formula dois ou mais pedidos, mas – e nisso difere substancialmente da cumulação sucessiva – o segundo e, eventualmente, os pedidos subsequentes que tenham sido formulados, apenas serão apreciados na hipótese de improcedência do primeiro. Trata-se de cumulação subsidiária prevista no art. 289 do Código de Processo Civil. Veja-se que na cumulação eventual o que, na verdade, interessa ao autor é a procedência do seu primeiro pedido, entretanto, na hipótese de o juiz não acolher o primeiro que julgue procedente, então, o segundo e assim sucessivamente.⁶⁹⁰

A cumulação de pedidos depende da observância dos requisitos contidos no art. 292 do Código de Processo Civil, quais sejam: a) pedidos compatíveis entre si; b) competência do juízo para deles conhecer; c) adequação do tipo de procedimento a todos os pedidos, ou quando não forem iguais os procedimentos, que o autor promova a ação pelo procedimento comum, rito ordinário.

A incompatibilidade entre pedidos ocorre quando um exclui o outro.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de Ações*, p. 254.

⁶⁸⁸ Idem, p. 255.

⁶⁸⁹ Embora receba o nome de cumulação alternativa ou eventual, preferimos a denominação cumulação eventual justamente a fim de serem evitadas confusões com o pedido alternativo. Este depende da natureza da obrigação posta em juízo. Na verdade, não é o pedido que é alternativo, mas a própria obrigação, como se pode verificar do disposto no art. 288 do Código de Processo Civil. Assim, como pondera Araken de Assis, “inexiste cúmulo de ações no pedido alternativo. O direito subjetivo se revela único, e se satisfaz, por igual, com apenas uma prestação”. *Cumulação de ações*, p. 246.

⁶⁹⁰ Sustenta Araken de Assis que na cumulação eventual se dispensa a compatibilidade substancial dos pedidos, justamente porque eles não se situam no mesmo plano lógico. E exemplifica: não pode o autor pedir de uma única vez a redibição do contrato e a restituição parcial do preço; ao invés, ele pede uma coisa ou outra, a última só na hipótese de não se lhe prover a primeira., *Cumulação de ações*, p. 258.

⁶⁹¹ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 262.

A necessidade de que o juízo seja competente para conhecer de todos os pedidos cumulados se refere, é certo, à competência absoluta, posto que, se se tratar de incompetência relativa e o réu não apresentar exceção de incompetência no prazo e forma legais, se dará a prorrogação de competência.⁶⁹²

E, quanto à compatibilidade do rito, sintetiza Araken de Assis os princípios que a regem: a) mostra-se inadmissível a cumulação de ações de função jurisdicional diferente; b) a cumulação sucessiva ou eventual se admite entre ações de procedimento especial ou comum, ficando as ações subseqüentes ou subordinadas presas ao rito da ação especial, quer comum, quer especial; c) é lícito ao autor cumular, de modo simples, ações de rito diferente se elas se adscreverem ao rito ordinário.⁶⁹³

7.1 *Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos*

A obrigação alimentar, no âmbito do direito de família, pode decorrer do poder familiar, das relações de parentesco e, ainda, da dissolução do casamento e da união estável.

Entre pais e filhos, o dever de sustento advém do dever de auxílio, educação, guarda e sustento decorrente do poder familiar (art. 1.634 do CC e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Esse dever, que perdura até que os filhos completem a maioridade, pode não se extinguir automaticamente aos 18 anos, já que é assente o posicionamento de que é devido o pensionamento até que os filhos completem o ensino superior. O art. 1.694 do Código Civil, ao dispor que os alimentos devem ser fixados, inclusive, para atender as necessidades de educação, corrobora o entendimento que já estava pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Já a obrigação entre parentes, segundo Yussef Said Cahali, “repousa sobre o vínculo de solidariedade que une os membros do agrupamento familiar e sobre a comunidade de interesses, impondo aos que pertencem ao mesmo grupo o dever recíproco de socorro”.⁶⁹⁴

Fundado no poder familiar ou, eventualmente, na relação de parentesco entre pais e filhos maiores, é certo que a cumulação do pedido de alimentos ao de investigação de paternidade é providência expressamente admitida no nosso ordenamento há muito tempo. Mesmo porque chega a ser praticamente impossível, presentes os requisitos legais para a fixação da verba

⁶⁹² Cf. arts. 112, 114 e 307 a 311 do Código de Processo Civil.

⁶⁹³ *Cumulação de ações*, p. 273.

⁶⁹⁴ *Dos alimentos*, p. 674.

alimentar, se dissociar a paternidade do dever alimentar, levando-se em conta que o direito de receber e o dever de prestar alimentos é um dos efeitos imediatos da declaração de filiação.

A Lei 883, de 21.10.1949, além de admitir que todos os filhos havidos fora do matrimônio poderiam promover ação para ver declarada a filiação, após a dissolução da sociedade conjugal (desquite, morte ou anulação do matrimônio) do genitor, reconheceu, em seu art. 4.º, a possibilidade de o filho ilegítimo ajuizar, em segredo de justiça, ação de alimentos contra o suposto genitor, ainda que não estabelecida a filiação jurídica.

Assim, ou os alimentos eram postulados em cumulação com o pedido de reconhecimento de paternidade ou, na hipótese do art. 4.º da Lei 883/49, promovia-se, unicamente, a ação de alimentos fundada na paternidade, mas esta, em razão da impossibilidade de reconhecimento voluntário ou judicial, era decidida apenas de forma incidental.

E, pelo art. 5.º, determinava que nas ações de investigação de paternidade, o autor teria direito a alimentos provisionais, desde que a sentença de primeiro grau lhe fosse favorável.

Praticamente repetindo a disposição contida no art. 5.º da Lei 883/49, em 1992, a Lei 8.560, em seu art. 7.º, dispôs: “Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.”.

Por força da imperatividade do comando legal – art. 5.º, Lei 883/49, e art. 7.º, Lei 8.560/92 – discute-se na doutrina se a fixação de alimentos em ação de investigação de paternidade é providência que pode ser adotada pelo Juízo independentemente de pedido expresso da parte.

O posicionamento doutrinário majoritário está firmado no sentido de que a condenação do investigado no pagamento de alimentos depende de pedido formulado pelo investigante.⁶⁹⁵ Como explica Marco Aurélio S. Viana, para que haja a condenação nos alimentos é mister pedido nesse sentido, pois “o juiz não atua sem provocação e decide a lide nos limites em que foi proposta (art. 128 do CPC). Ele não pode decidir a respeito de questões a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.”⁶⁹⁶

⁶⁹⁵ Nesse sentido: Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 630; José Luiz Mônaco da Silva, *Reconhecimento de paternidade*, p. 60; J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, p. 162.

⁶⁹⁶ *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 151.

Entretanto, há inúmeros julgados que, diversamente, aceitam a condenação do investigado no pagamento de alimentos sem que o autor tenha formulado tal pedido.⁶⁹⁷

De toda forma, a demonstração dos requisitos legais exigidos pelo art. 292 do Código de Processo Civil para a cumulação de pedidos é facilmente alcançada. No que se refere à competência do juízo, ambos os pedidos devem ser formulados perante o juízo de família, que é absolutamente competente, em razão da matéria, para julgar ambas as ações.

A compatibilidade entre os pedidos também se percebe facilmente. Primeiro porque um pedido não é excluyente do outro, e, ainda, na medida em que a prestação alimentar é um dever dos pais com relação aos filhos menores (dever de sustento previsto pelo art. 1.634 do Código Civil), não há como se entender que, em alguma hipótese, poderia haver incompatibilidade em cumular o reconhecimento de determinada relação jurídica com um de seus efeitos imediatos impostos pela lei.

No que toca à adequação procedimental, é certo que a ação investigatória deve seguir o procedimento comum, rito ordinário, já que não há na Lei 8.560/92 qualquer dispositivo que imponha o procedimento especial. E, a ação de alimentos prevista pela Lei 5.478/68 tramita pelo procedimento especial.

No entanto, é indiscutível que as ações de alimentos, que podem seguir o procedimento especial imposto pela Lei 5.478/68, são apenas aquelas que se fundam em prova pré-constituída, tanto da relação de parentesco, como da relação de casamento.

É por isso que, usualmente, se afasta o procedimento especial das ações declaratórias de união estável cumuladas com alimentos justamente porque, em regra, não há prova pré-constituída de uma relação que é de fato.

Assim, razão não há para, nas ações de investigação de paternidade, ser adotado o mesmo procedimento previsto pela Lei 5.478/68, posto que os investigadores não possuem, no início do feito, prova da relação de paternidade-filiação, cujo reconhecimento, aliás, é a provi-

⁶⁹⁷ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Alimentos. Cumulação de ações. A sentença de procedência da ação de investigação de paternidade pode condenar o réu em alimentos provisionais ou definitivos, independentemente de pedido expresso na inicial. Art. 7.º da Lei 8.560, de 29.12.92. Recurso não conhecido; STJ, 4.ª Turma, REsp 257.885/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, recurso não conhecido, v.u., j. 21.09.2000, DJ 06.11.2000, p. 208. Também nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, ApCív 262.595-1, de 17.10.1995.

dência jurisdicional pleiteada. Não se trata, em nossa opinião, de se discriminar os filhos, mas, na verdade, de se adequar a providência jurisdicional aos fundamentos da ação.

Explica-se: na ação de alimentos fundada na relação de filiação, o autor, de início, faz essa prova com a juntada da respectiva certidão de nascimento.

Na ação em que se cumula o pedido de alimentos com o de reconhecimento da paternidade não há prova dessa relação, tanto que se busca o Judiciário para que prolate sentença de reconhecimento.

Sobre a inaplicabilidade da Lei 5.478/68 aos filhos que não possuem prova pré-constituída da relação de parentesco, manifesta-se Yussef Said Cahali:

Inaplicável, porém, a benefício dos demais filhos de qualquer forma ainda não reconhecidos, a citada Lei 5.478/68, que reclama inexoravelmente a prova pré-constituída da paternidade como condição de admissibilidade da ação especial e de concessão de alimentos provisórios, restrita à lide a perquirição dos pressupostos de possibilidade econômica do prestante e de necessidade do alimentando, imprestável – pelo restrito âmbito da dilação probatória, para a demonstração da legitimidade *ad causam* das partes (condição de filho do réu), a ponto de afirmar-se mesmo que não se trata de uma ação relativa ao *estado das pessoas*.⁶⁹⁸

De toda forma, a cumulação de ações, sem dúvida, objetiva a economia processual de modo que o filho não precise aguardar o resultado positivo da ação de investigação de paternidade para, somente após, promover demanda postulando a fixação da prestação alimentar.

Trata-se de cumulação sucessiva posto que a análise do pleito alimentar apenas se mostrará possível, se julgado procedente o pedido de reconhecimento da paternidade. Caso a paternidade seja afastada pela sentença, prejudicada estará a análise do pedido alimentar.

⁶⁹⁸ *Dos alimentos*, p. 590. Esse entendimento já foi manifestado no STF: “Ação de alimentos proposta com base na Lei 5.478/68. A ação de alimentos fundada na Lei 5.478/68 pressupõe prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação de alimentar, não sendo meio idôneo para a investigação de paternidade contestada. Embargos de divergência conhecidos a unanimidade mas rejeitados por maioria”. STF, Tribunal Pleno, Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário n. 72.173-RS, rel. Min. Antonio Neder, rejeitaram, por maioria, j. 23.05.1979, DJ 31.08.1979, p. 6.468.

7.1.1 *Alimentos provisionais, provisórios e definitivos*

Tanto a Lei 883/49, em seu art. 5.º, como a Lei 8.560/92 contêm a previsão de que na sentença em que se reconhece a paternidade, serão fixados, a favor do filho, alimentos provisionais ou definitivos. Por sua vez, a Lei 5.478/68 estabelece em seu art. 4.º a possibilidade de concessão de alimentos provisórios. Cumpre analisar a terminologia utilizada.

Para a doutrina tradicional, quanto à finalidade, os alimentos podem ser classificados em *provisionais, provisórios e definitivos*.

Yussef Said Cahali esclarece que os “alimentos *provisionais* são aqueles concedidos provisoriamente ao alimentário, antes ou no curso da lide principal; no pressuposto de que são concedidos também para atender às despesas do processo, são chamados *alimenta in litem*, provisão *ad litem* ou *expensa litis*. A medida é provisional, no sentido de regulação provisória de uma situação processual vinculada ao objeto da própria demanda, de cognição sumária e incompleta, visando a preservação de um estado momentâneo de assistência.”⁶⁹⁹

Sintetizando as características dos alimentos provisionais apresentadas pela doutrina, o autor explica que i) representam uma entidade cautelar autônoma a que corresponde uma forma de prestação jurisdicional específica; ii) a sua concessão não antecipa os efeitos da decisão definitiva da lide; iii) a decisão provisional e a sentença definitiva não terão necessariamente o mesmo conteúdo, uma vez que se fundam em pressupostos diversos de direito material; iv) como direito autônomo, sua finalidade não é a prevenção de um dano jurídico, sob perigo de risco pela dilação, pois consubstanciam prestação jurisdicional satisfativa de uma pretensão, e não uma simples segurança dessa pretensão; v) não tem função instrumentária de outro processo, na medida em que representam o resultado final de um processo definitivo; vi) embora resguardem a parte contra os efeitos da morosidade da lide principal, não se confundem com aquelas medidas cautelares que buscam a preservação da utilidade prática da sentença definitiva; vii) representam, na essência, uma antecipação satisfativa e não meramente assecuratória do resultado final; viii) de cognição sumária e incompleta, são deferidos em razão do direito material, vinculando-se a sua natureza provisória à sua acessoriedade em relação ao processo principal, em função do provimento definitivo de cognição plena; ix) compreendem, além do necessário ao sustento, vestuário, remédio, também o necessário para a procura e produção das provas na causa de que se tratar; as custas e mais despesas regulares feitas em juízo; os honorários de advogado, a execução da sentença.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ *Dos alimentos*, p. 840.

⁷⁰⁰ *Idem*, p. 841-843.

Já os provisórios são os fixados, liminarmente, nas ações de alimentos típicas, quais sejam, aquelas que tramitam sob o rito especial da Lei 5.478/68 em razão da existência de prova pré-constituída da relação conjugal ou de parentesco. Prossegue o autor: “Na ação especial de alimentos, o *fumus boni iuris* é condição da própria ação, representado pela prova preconstituída da relação de parentesco ou conjugal; e o *periculum in mora* é presumido, quando não dispensados expressamente os alimentos pelo credor”.⁷⁰¹

Araken de Assis, também tratando das diferenças entre alimentos provisórios e provisionais, deixa claro que não se trata de expressões sinônimas.⁷⁰²

E *definitivos* são os alimentos que decorrem de acordo ou de ato decisório final do juiz e ostentam o caráter permanente, ainda que sujeitos a eventual revisão.⁷⁰³

Conforme mencionado anteriormente, o rito especial da ação de alimentos não beneficia aqueles que promovem as ações de investigação de paternidade, justamente pela inexistência da prova pré-constituída do parentesco. É por essa razão que se costuma dizer que nas ações investigatórias cumuladas com pedido alimentar não se mostra possível a fixação de alimentos provisórios, mas apenas provisionais, exatamente porque, em razão da extrema necessidade do postulante, são estabelecidos para a sua manutenção durante o processo.

7.1.2 Antecipação de tutela para fins de fixação de alimentos

Exatamente por força da diferença entre alimentos provisionais e provisórios, e porque as leis que regulam a investigação de paternidade fazem uso da expressão “provisionais”,

⁷⁰¹ *Dos alimentos*, p. 659.

⁷⁰² Para o autor, os alimentos provisionais são “fixados prévia ou concomitantemente, às ações de separação, de divórcio, de nulidade ou de anulação do matrimônio, de dissolução da união estável (art. 7.º, da Lei 9.278/96), ou à própria ação alimentária, para manutenção do autor da demanda e de sua prole durante a litispendência. Essa relação instrumental com lide pendente é que caracteriza o seu conceito. E, por isso, na maioria das vezes, os alimentos provisionais incluem verba suplementar, destinada às despesas do processo, a teor do art. 854, parágrafo único, do CPC. Dos alimentos provisionais se distinguem os provisórios. É certo que ambos pertencem à categoria de alimentos antecipados, tendo em conta a fase procedimental em que ocorre o seu deferimento pelo juiz: desde a postulação, sob a forma liminar, e freqüentemente, sem audiência da parte contrária. Mas a diferença não é apenas terminológica e procedimental, exceto, talvez, quanto à última hipótese, no sentido assaz limitado de se adscreverem a ritos formalmente distintos. Em primeiro lugar, os alimentos ‘provisórios’, concedidos com base no art. 4.º, *caput*, da Lei 5.478/68, são os definitivos, conquanto antecipados à fase postulatória da demanda; os ‘provisionais’ permitem, como já assinalado, a inclusão de verba para custeio da demanda. Porém, a nota fundamental da distinção reside em que a concessão de alimentos provisórios depende de prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar (art. 2.º da Lei 5.478/68), [...]; diferentemente, nos alimentos contemplados no art. 852, do CPC, incumbe ao juiz aquilatar o perigo de dano, ou seja, se nos cursos das demandas ali mencionadas podem faltar recursos à subsistência do postulante, e a verossimilhança do direito alegado, vale dizer, se o desfecho provável da ação ajuizada não implicará a perda do direito à percepção de alimentos pelo demandante.”, *Da execução de alimentos e prisão civil do devedor*, p. 115.

⁷⁰³ Limongi França, *Manual de direito civil*, v. 2, p. 297.

se discute sobre o cabimento da concessão de tutela antecipada nas ações de investigação de paternidade cumuladas com pedido alimentar.

Isso porque, as duas leis que tratam da matéria dispõem que a fixação dos alimentos se dará na sentença, ensejando o debate sobre a possibilidade de sua fixação em momento anterior. Ou seja, de forma simples, será possível a fixação de alimentos provisórios em ação investigatória de paternidade?

Considerando que a ação tramita sob o procedimento comum, rito ordinário, a fixação da verba alimentar em momento anterior à sentença nada representa além de efetiva antecipação de tutela. Assim, para que a liminar seja concedida mostra-se imperiosa a presença dos requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil.

Fundamental, então, que o investigante apresente prova inequívoca da relação de paternidade a fim de que convença o juízo da verossimilhança de suas alegações. Aliado a esse requisito precisa demonstrar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I, do art. 273), ou ainda, manifesto abuso do direito de defesa pelo réu (inciso II, do art. 273).

Com relação à prova inequívoca capaz de autorizar a antecipação de tutela para fins alimentares, entendemos que a análise do conjunto probatório acostado à inicial, que somente pode ser feita caso a caso, é que ditará a possibilidade da concessão da liminar. Certamente, prova mais robusta pode advir da posse do estado de filho, que consolida uma situação de fato de longo período, ou um prévio exame de DNA que tenha sido realizado pelas partes. Essa última hipótese não é muito usual porque se a parte precisou se valer do Judiciário para ver declarada a sua paternidade e obter a condenação do suposto pai no pagamento de alimentos não parece plausível que um exame tenha sido realizado previamente, sem que tenha o pai promovido o reconhecimento voluntário da paternidade. No entanto, essa prova pode existir e, nesse caso, fortes elementos estariam presentes a formar a convicção judicial para a fixação liminar dos alimentos.

A dificuldade do investigante se potencializa na medida em que o § 2.º do referido artigo determina que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. E alimentos são sempre irrepetíveis. Como explica Maria Berenice Dias, “como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos”.⁷⁰⁴

⁷⁰⁴ Irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar, disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>, acessado em: 13 de maio de 2008.

Dessa forma, existe dificuldade de concessão da tutela antecipada, que nada mais é do que a antecipação do bem da vida, do provimento final, ante a inoccorrência, na maioria dos casos, de prova inequívoca desde o início da ação. E existe o perigo de irreversibilidade visto que os alimentos são irrepitíveis. Então, se o suposto pai, diante de uma antecipação de tutela, tiver de pagar alimentos e, ao término da ação, for constatado que o investigante não é seu filho, não poderá ver restituídas as quantias que pagou.

Apesar de não ser concedida *initio litis* a antecipação, no curso da ação e diante das provas que estiverem sendo produzidas, caso haja requerimento do investigante, a tutela pode ser concedida. Ainda mais nos casos de manifesto abuso do direito de defesa pelo investigado, que usualmente dificulta a produção de provas com o simples intuito de retardar a solução final da ação. Assevera Maria Berenice Dias:

Na ação de investigação de paternidade, mesmo inexistindo vínculo pré-constituído da relação de parentesco, por salutar construção jurisprudencial, passou-se a conceder alimentos provisórios. Havendo indícios de prova do vínculo da parentalidade, desde a data em que o juiz despacha a petição inicial. Caso contrário, os alimentos são fixados quando do resultado positivo do exame de DNA ou da recusa do réu em se submeter à perícia.⁷⁰⁵

Os Tribunais Estaduais têm admitido a antecipação de tutela quando presentes sérios elementos da paternidade (vínculo genético), que constitui a prova inequívoca exigida pelo art. 273, e revelado o abuso do direito de defesa por parte do investigado.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ Investigação de paternidade e alimentos desde a concepção, www.mariaberenicedias.com.br, acessado em: 13 de maio de 2008.

⁷⁰⁶ Nesse sentido: “Investigação de paternidade. Deferimento de novas provas. Presentes os requisitos para a concessão dos alimentos provisórios. Antecipação dos efeitos da tutela concedida. Recurso provido, mantida a liminar.”. TJSP, Oitava Câmara de Direito Privado, AgIn 549.286-4/2, rel. Des. Caetano Lagrata, deram provimento ao recurso, v.u., j. 30.07.2008, *DJ* 05.08.2008; “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CABIMENTO. Admitindo o réu ter mantido relações sexuais com a mãe do investigante no período da concepção, e incorrendo a peça contestatória em verdadeira confissão acerca dos fatos alegados, possível a fixação dos alimentos provisórios antes da realização do exame de DNA, mantendo-se o percentual estabelecido na decisão liminar, de 15% dos rendimentos líquidos do agravado, quantia que se mostra razoável a atender, por ora, as necessidades do alimentante, presumidas em face da menoridade civil, até que maiores elementos de prova venham aos autos. Recurso parcialmente provido, por maioria.”. TJRS, 7.ª Câm. Cív., AgIn 70016237182, rel. Des. Ricardo Rupp Ruschel, recurso parcialmente provido, j. 27.09.2006, *DJ* 06.10.2006; “AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FIXAÇÃO. DESCABIMENTO. É possível, em ações de investigação de paternidade, fixar alimentos mesmo sem pedido (26.ª conclusão do Centro de Estudos do TJRS). Todavia, no caso concreto, a ausência de pedido mostra que, neste momento liminar do processo, no qual ainda não há verossimilhança na alegação de paternidade refutada de forma veemente pelo investigado, não convém fixar alimentos provisórios. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.”. TJRS, 8.ª Câm. Cív., AgIn 70015157951, rel. Des. Rui Portanova, deram provimento ao recurso, decisão monocrática, j. 05.05.2006, *DJ* 15.05.2006; Agravo de instrumento 7.828-4, 2.ª C. de Direito Privado, *in* JTJ 188/188 e Agravo de instrumento 48946-4, relator des. Marcus Andrade, j. 14.08.1997.

7.1.3 *Termo inicial dos alimentos*

Havendo a possibilidade de fixação da verba alimentar na sentença proferida nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, muito se debateu quanto ao termo inicial da obrigação alimentar: sentença que reconhece a paternidade ou, retroativamente, a citação do investigado na ação?

E a discussão tomou rumo porque a Lei 5.478/68, em seu art. 13, § 2.º, dispõe que os alimentos fixados retroagem à data da citação e, novamente, dúvidas surgiram quanto à aplicação desta lei às ações investigatórias.

Voltando-se ao mesmo ponto que justifica todo o debate sobre a aplicação ou não da Lei 5.478/68 a tais casos, diz-se que nas ações de alimentos reguladas pela Lei 5.478 já existe prova pré-constituída da paternidade quando da propositura da ação e isso justifica que os alimentos, ainda que fixados apenas na sentença, sejam retroativos à citação. Já nas ações de investigação de paternidade, como não há essa prova pré-constituída, a relação de parentesco é declarada por meio de sentença, o que justificaria que os alimentos fossem devidos pelo investigado apenas a partir desse momento.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de divergência 152.895-PR, firmou o posicionamento de que o termo inicial dos alimentos nas ações de investigação de paternidade é a citação, tendo o Tribunal sumulado a matéria por intermédio do verbete contido na Súmula 277.⁷⁰⁷ Com isso, fixados na sentença, os alimentos retroagem à data da citação, e deverão ser calculados quando da sua execução.

Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Termo inicial dos alimentos. 1. Na forma do paradigma da 3.ª Turma, “em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos o termo inicial destes é a data da citação, com apoio no art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/68, que comanda tal orientação em qualquer caso”. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ Súmula 277, do STJ: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

⁷⁰⁸ STJ, Segunda Seção, Embargos de Divergência no REsp 152.895/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, deram provimento aos embargos de divergência, por maioria, j. 13.12.1999, *DJ* 22.05.2000, p. 64. No mesmo sentido: STJ, 4.ª Turma, REsp 174.732/RO, rel. Min. Barros Monteiro, não conheceram o recurso, v.u., j. 08.02.2000, *DJ* 04.09.2000, p. 157; STJ, 4.ª Turma, REsp 240.954/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, deram provimento ao recurso, v.u., j. 14.03.2000, *DJ* 15.05.2000, p. 168.

Há, no entanto, posição doutrinária e jurisprudencial se formando no sentido de que os alimentos devem ser fixados, retroativamente, à data da concepção do filho.⁷⁰⁹ Assim se posiciona Maria Berenice Dias:

Porém, pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar. A mãe tem de submeter-se a exames pré-natais, e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. É preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável, que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes (CF, art. 227). O simples fato de o genitor não assumir a responsabilidade parental não pode desonerá-lo. Assim, os alimentos são devidos desde o momento que o filho é gerado. [...] Nada justifica livrar o genitor das obrigações decorrentes do poder familiar, que surgem desde a concepção do filho. Como a ação investigatória de paternidade tem carga eficaz declaratória, todos os efeitos retroagem à data da concepção, até mesmo a obrigação alimentar.⁷¹⁰

Apesar de concordarmos que a relação de paternidade existe desde a concepção do investigante, não nos parece razoável o argumento de que os alimentos fixados na sentença devam retroagir à data da concepção. Se admitirmos essa possibilidade, o pai declarado poderá ser demasiadamente onerado por uma realidade que desconhecia e, em muitos casos, em que a ação foi proposta pelo filho já maior.⁷¹¹

Ainda que não corra prazo prescricional contra os absolutamente incapazes (art. 198, I, do CC) e entre descendentes e ascendentes durante o poder familiar (art. 197, II, do CC), o lapso temporal, em tais casos, acaba afastando um dos requisitos da obrigação alimentar, que é a *necessidade* do alimentando. Além, é claro, de poder afetar diretamente a *possibilidade* do alimentante no cumprimento da obrigação, pela propagação do valor ao longo do tempo.

⁷⁰⁹ Cf. Thycho Barhe Fernandes, Do termo inicial dos alimentos na ação de investigação de paternidade, *RT* 694/268-270; Antônio Carlos Mathias Coltro, O termo inicial dos alimentos e a ação de investigação de paternidade, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* 6/50-60, São Paulo.

⁷¹⁰ Investigação de paternidade e alimentos desde a concepção, disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>, acessado em: 13 de maio de 2008. Essa foi a posição adotada pelo TJRS no julgamento do Recurso de Apelação n. 70012915062, da 7.^a Câm. Cív., relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 09.11.2005.

⁷¹¹ A ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos pode ser proposta pelo filho maior. Nesse caso, o dever alimentar não mais decorrerá do dever de sustento decorrente do poder familiar, mas, sim, do dever de solidariedade presente nas relações de parentesco. Note-se ser bastante possível que um filho com 18 anos de idade promova a ação e postule alimentos para custeio de curso superior.

7.2 Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança

Sendo possível a propositura de ação de investigação de paternidade *post mortem*, tendo em vista o disposto no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade de o investigante promover a demanda em face dos herdeiros do suposto pai, mostra-se possível que, ao pedido de reconhecimento de filiação, se cumulem pedidos referentes à sucessão do genitor falecido.

Assim, como um dos efeitos da filiação é atribuir ao filho a qualidade de herdeiro necessário do genitor (art. 1.845 do Código Civil), poderá o investigante cumular, ao pedido de reconhecimento, o pedido de herança.

Tem a ação de petição de herança, então, duplo objetivo: “O reconhecimento da qualidade de herdeiro do demandante em relação à herança de uma determinada pessoa e a devolução da parte da herança que por direito lhe couber.”⁷¹²

Não se confunde tal pedido com o de reconhecimento da filiação. Isso porque, quando se promove, exclusivamente, a ação de petição de herança, já na petição inicial deve o autor fazer “prova idônea de seu parentesco com o defunto, através, normalmente, dos assentos do Registro Civil, que são provas preconstituídas ou legais do estado de família.”⁷¹³

Porém, se o filho, por não ter sido reconhecido pelo pai enquanto vivo, não possuir tal prova, deverá promover a ação de investigação de paternidade *post mortem* para ver declarado o seu parentesco.⁷¹⁴

É por essa razão que Orlando Gomes, acertadamente, esclarece que “a ação de estado é premissa da *petição de herança*, quando o título de herdeiro depende da prova de parentesco, como acontece em relação ao filho ilegítimo não reconhecido”.⁷¹⁵

Aponta Mário Moacyr Porto a diferença entre tais ações:

⁷¹² Cf. Mário Moacyr Porto, Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança, *RT* 645/7-12.

⁷¹³ Cf. Humberto Theodoro Júnior, A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 14.

⁷¹⁴ Idem, *ibidem*.

⁷¹⁵ *Sucessões*, p. 261.

a ação de estado (investigação de paternidade) tem como objetivo a declaração de que o demandante é filho de uma determinada pessoa e, como tal, parente sucessível. Na ação de petição de herança pretende-se que o filho reconhecido seja admitido como herdeiro com relação à herança deixada pelo seu proclamado pai, reconhecimento que exige, como condição indeclinável, a prévia declaração de que o postulante é filho natural da pessoa que deixou a herança.⁷¹⁶⁻⁷¹⁷

Reconhece a maior parte da doutrina que a ação de petição de herança é ação *universal e real*.⁷¹⁸ *Universal*, “porque não se destina à restituição das várias coisas, mas sim ao reconhecimento no autor da qualidade de herdeiro, isto é: da pertença do *universum jus* e, em consequência disto, à restituição de quanto se contém no acervo da herança”;⁷¹⁹ que envolve *direito real*⁷²⁰ por ter como objeto a totalidade ou parte da herança deixada pelo genitor, podendo ser exercida “contra qualquer terceiro possuidor.”⁷²¹

Os requisitos legais exigidos pelo art. 292 do Código de Processo Civil para a cumulação de pedidos se constatarem facilmente.

⁷¹⁶ Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança, *RT*, v. 645, p. 10. Arnaldo Medeiros da Fonseca assim diferencia a ação de investigação de paternidade da ação de petição de herança: “A primeira visa a declaração judicial da filiação pelo lado paterno; a segunda, o reconhecimento do direito hereditário contestado ou desconhecido, tendo em mira fazer reconhecer a qualidade de herdeiro do autor, com a condenação do réu a entregar-lhe toda ou parte da herança da qual indevidamente se encontre de posse.”, *Investigação de paternidade*, p. 359.

⁷¹⁷ Distingue-se a ação de petição de herança, também, da ação reivindicatória porque, como leciona Humberto Theodoro Júnior, “a petição de herança tem caráter *universal*, isto é, com ela visa-se uma *universalidade*, que é o patrimônio deixado pelo *de cuius*. Já a reivindicatória, propriamente dita, é sempre uma ação *singular* ou *particular*, ou seja, uma demanda em torno apenas de coisa ou coisas individualizadas. [...] Não importa que a coisa demandada seja composta de um ou de vários elementos patrimoniais. Se está em jogo a qualidade de herdeiro do autor, a ação é sempre de petição de herança, mesmo que esta se componha de um único bem. Da mesma forma, se não se discute a condição de herdeiro entre o autor e o réu, a ação é sempre reivindicatória, ainda que se reclame a entrega de todos os bens que compõem o acervo hereditário detido pelo estranho à sucessão. A diferença é importante, porquanto, sendo a reivindicatória uma ação *singular*, exige de quem a propõe, isto é, do autor, a caracterização especificada da coisa ou coisas reclamadas do demandado. A petição inicial, sob pena de inépcia, tem de individualizar, devidamente, o objeto físico da reivindicação. Na petição de herança, que é uma ação universal, tal não se faz obrigatório, mesmo porque os elementos que compõem uma universalidade podem, eventualmente, sofrer mutações e substituições sem que o todo se descaracterize.”, A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 14.

⁷¹⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, p. 194; Luís Pinto Ferreira, *Inventário, partilha e ações de herança*, p. 193; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. VI, Direito das sucessões, p. 68; Silvio Rodrigues, *Direito civil*, Direito das sucessões, v. 7, p. 88; Francisco José Cahali, *Direito das sucessões*, p. 382; Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, p. 347.

⁷¹⁹ Cf. Ruggiero, *apud* Humberto Theodoro Júnior, A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 11.

⁷²⁰ Cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 362; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, p. 261.

⁷²¹ Cf. Ruggiero, *apud* Humberto Theodoro Júnior, A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 11.

A compatibilidade entre os pedidos se verifica porque a participação na herança do genitor decorre da própria relação de filiação. Não há, assim, como se entender que, em alguma hipótese, poderia haver incompatibilidade em cumular o reconhecimento de determinada relação jurídica com um dos seus efeitos imediatos, impostos pela lei.

Além disso, na medida em que o reconhecimento da paternidade é premissa do pedido de herança, ao filho que não tenha sido voluntariamente reconhecido pelo genitor, o meio para fazer valer seu direito hereditário é cumular, em um mesmo processo, os dois pedidos.

No que toca à adequação procedimental, tanto a ação investigatória como a de petição de herança devem seguir o procedimento comum, rito ordinário.

Para verificar qual é o juízo competente para a apreciação dos pedidos, mostra-se necessário definir o momento em que a ação de petição de herança é proposta, considerando que isso pode ocorrer durante a tramitação do inventário dos bens deixados pelo pai falecido ou após a sua finalização com a partilha aos herdeiros.

Destarte, ou a partilha no inventário daquele a quem pretende ter o investigante o direito de suceder foi homologada por sentença; ou, ao contrário, a respectiva herança se encontra ainda *pro indiviso*.⁷²²

Caso a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança seja proposta durante a tramitação do processo de inventário, deverá ser distribuída por dependência a esse processo, por força do caráter universal da sucessão.⁷²³ Quanto a isso, não há qualquer controvérsia na doutrina e na jurisprudência exatamente por conta da universalidade do juízo sucessório.

⁷²² Arnaldo Medeiros da Fonseca, p. 360-362.

⁷²³ Cf. Patrícia Miranda Pizzol, *A competência no processo civil*, p. 552; Marco Aurélio S. Viana, *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*, p. 95; Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, *Inventários e partilhas*, p. 187. Essa também é a posição do STJ: “Conflito de competência. Inventário. Ação de investigação de paternidade com petição de herança. 1. A ação de investigação de paternidade foi proposta no Juízo de Morrinhos/GO, quando já estava sendo processado o inventário no Juízo de Londrina/PR. O inventário e a ação de investigação de paternidade c/c petição de herança devem ser processados no foro do domicílio do autor da herança, nos termos do art. 96 do Código de Processo Civil. Já definida anteriormente por esta Corte, ante a aplicação do mencionado dispositivo do Código de Processo Civil, a competência do Juízo de Londrina/PR para o processamento e julgamento dos autos do inventário, deve a ação investigatória ser processada neste mesmo foro. 2. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 7.ª Vara Cível de Londrina/PR”. STJ, Segunda Seção, Conflito de Competência n. 28.535-PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2000, DJ 18.12.2000, p. 152.

Dúvidas surgem, no entanto, na hipótese de a ação ser intentada após o término do inventário, visto que, em princípio, o pedido não tem mais qualquer relação com o juízo sucessório.

A ação de investigação de paternidade é ação de estado e tem, portanto, natureza de ação pessoal.⁷²⁴ Já a ação de petição de herança é ação real, de acordo com o posicionamento doutrinário majoritário, sendo a herança considerada bem imóvel (art. 80, II, CC).

Cumulado um pedido de natureza pessoal com outro de natureza real, a regra de competência a ser aplicada deve, necessariamente, respeitar a competência absoluta (natureza real) em detrimento da competência relativa (natureza pessoal).

Assim, competente para a apreciação e julgamento da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança seria o foro da situação dos bens, nos termos do art. 95 do Código de Processo Civil.

No entanto, há sérias dificuldades no atendimento dessa determinação. Note-se que a petição de herança versa sobre uma universalidade. Apesar disso, integram essa universalidade vários e diversos bens, móveis e imóveis, mas que, por determinação legal, conjuntamente são entendidos como imóvel. Após a partilha realizada no inventário, é possível que cada herdeiro tenha recebido uma cota-parte em cada um dos bens integrantes do acervo hereditário. Como viabilizar, nesse caso, a natureza real da ação com a eventual localização diversa dos bens que serão buscados pelo investigante-herdeiro e a regra de competência estabelecida no art. 95 do CPC?

É evidente que se houver apenas um bem partilhado, fácil seria a aplicação do disposto no art. 95 do CPC, distribuindo-se a ação no foro da situação do bem. Mas, em regra, não é isso que ocorre.

Não concordamos com o posicionamento jurisprudencial⁷²⁵ que vem se formando no sentido de que a ação deve ser proposta, atendendo à regra geral de competência prevista no

⁷²⁴ Explica Celso Agrícola Barbi: “Direito pessoal é aquele que decorre de uma relação entre duas ou mais pessoas *determinadas*, criando obrigações entre elas. Esse direito pode surgir do contrato, do ato ilícito, de um fato, caracterizando-se, sempre, por causar uma obrigação, isto é, uma prestação positiva ou negativa do devedor, em favor do credor. [...] Além desses direito de caráter patrimonial, consideram-se direitos pessoais ou relativos à personalidade e dos de família *puros*, como sejam, no primeiro caso, o direito ao nome e, no segundo, o do estado de casado, ou de solteiro e o de filiação”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 312.

⁷²⁵ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU. Se ação de investigação de paternidade não vem cumulada com pedido de alimentos, e o investigado é falecido, já tendo sido ultimada a partilha em inventário, o foro competente

art. 94 do CPC, no domicílio dos herdeiros. Ainda mais se considerarmos que vários poderão ser os herdeiros e que a *escolha* do foro competente acabaria ficando a cargo do autor da ação investigatória (art. 94, § 1.º, do CPC). Nessa situação, a natureza pessoal da ação e a respectiva regra de competência acabariam sendo priorizadas em detrimento da ação real. Poder-se-ia ter, portanto, uma ação proposta em face de vários herdeiros, distribuída no foro do domicílio de apenas um deles e, eventualmente, sem que nenhum dos bens perseguidos ali se encontrasse. Não há como se admitir esse entendimento.

Por essa razão, acreditamos que o juízo do inventário será o competente para o julgamento da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, mesmo após a partilha dos bens. Isso porque, é em razão da *herança* que a ação está sendo proposta, levando a aplicar-se o disposto no art. 96 do CPC. É a posição de Luis Pinto Ferreira:

As ações de herança, ou as ações relativas à herança, não se confundem com as ações relativas ao espólio. As ações de herança devem ser processadas no juízo do inventário, no juízo perante o qual se efetivou o processo de inventário-partilha. O juízo do inventário atrai as ações relativas à herança, ou ações de herança, porque o juízo da sucessão é um juízo universal. O juízo universal é o juízo ordinário onde se debatem, a um tempo, as diferentes pretensões, ações, direito ou interesses que pertencem a uma só ou a pessoas diversas. O juízo universal, que também se chama foro de atração, é aquele no qual devem concorrer todas as pretensões, reclamações, ações e negócios relativos a uma só ou diversas pessoas, atraindo por conseguinte todos os interesses conexos de uma situação, como juízo único, indivisível e exclusivo.⁷²⁶

Com essa orientação, confira-se julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

COMPETÊNCIA – Declaratória de paternidade cumulada com petição de herança – Julgamento afeto ao juízo onde tramitou o processo de inventário – Inteligência dos arts. 57 do CC e 96 do CPC.

é o do domicílio dos herdeiros, réus na ação. Elementos que infirmam residir o demandado na comarca onde originalmente proposta a ação, ou ter dela se transferido somente após o ajuizamento. Negado provimento (segredo de justiça). TJRS, 7.ª Câm. Cív., AgIn 70014517635, rel. Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 10.05.2006.

⁷²⁶ *Inventário, partilha e ações de herança*, p. 183. Comungam do mesmo entendimento Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 226; Sebastião Amorim e Euclides Oliveira, *Inventários e partilhas: teoria e prática*, p. 114.

Ementa oficial: A competência para julgar ação declaratória de paternidade cumulada com petição de herança é do juízo onde tramitou o inventário, que exerce atração sobre todo e qualquer interesse que envolva a herança.⁷²⁷

Ao pedido investigatório e de herança pode, ainda, se cumular o pleito alimentar. Em tal caso, se tem entendido que competente será o foro do domicílio do alimentando (art. 100, II, Código de Processo Civil).⁷²⁸

Trata-se de cumulação sucessiva posto que a análise da petição de herança apenas se mostrará possível se julgada procedente a declaração da paternidade com o reconhecimento do investigante como filho do falecido e, conseqüentemente, seu herdeiro. Caso a paternidade seja afastada pela sentença, prejudicada estará a análise do pedido de herança.

No caso de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, se ainda estiver em curso o inventário dos bens deixados pelo pai falecido, providência que pode ser tomada pelo investigante é a propositura de medida cautelar de reserva de bens, prevista no art. 1.001 do CPC, incidentalmente ao processo de inventário. Com essa medida, o investigante visa a obter a determinação judicial ao inventariante que reserve a cota-parte a ele correspondente, até decisão final da ação investigatória.

O objetivo da medida é evitar que os bens do suposto pai falecido sejam partilhados aos herdeiros *conhecidos* para, somente após o julgamento de procedência da investigatória cumulada com petição de herança, ser transmitida a cota-parte do investigante.

A medida é acautelatória dos direitos do investigante e, por possuir natureza cautelar, está sujeita aos requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*.

⁷²⁷ TJMS, 1.^a Turma, Recurso de AgIn 44.473, rel. Des. Josué de Oliveira, j. 07/11/1995, em *RT*, v. 731, p. 375.

⁷²⁸ Em caso de propositura de ação após a finalização do processo de inventário, assim já decidiu o STJ: “Conflito de competência. Inventário já encerrado. Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e de alimentos. Domicílio do alimentando. 1. A regra especial prevalece sobre a regra geral de competência, daí que, segundo dispõe a Súmula n. 1/STJ, ‘o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos’. 2. Encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória respectiva, deixa de existir o espólio e as ações propostas contra as pessoas que detêm os bens inventariados não seguem a norma do art. 96 do Código de Processo Civil, prevalecendo, no caso concreto, a regra especial do art. 100, inciso II, do mesmo diploma, segundo a qual a demanda em que se postula alimentos deve correr no foro do domicílio ou da residência do alimentando. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Brasília/DF”. STJ, 2.^a Seção, Conflito de Competência 51.061-GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.11.2005, *DJ* 19.12.2005, p. 207.

Mário Aguiar Moura pondera os riscos da adoção da medida cautelar de reserva de bens aos herdeiros e ao investigante:

Entre os dois gravames (admissão da providência de reserva de bens e a liberação pura e simples da partilha total) parece que a adoção da primeira representa menores possibilidades de lesão a interesses em disputa. Com o deferimento da partilha do possível quinhão do investigante, este corre o risco de obter a declaração da paternidade sem lograr vantagem patrimonial da petição de herança pela possibilidade de nada mais encontrar em poder do herdeiro aquinhoadado, embora a providência do registro da citação no Cartório de Imóveis previna a fraude de execução, como visto. De outro lado, a reserva de bens, se julgada improcedente a ação, permitirá a sobrepilha entre os herdeiros, havendo um simples retardamento no recebimento do quinhão reservado. Se procedente a ação, confirma-se apenas o não direito dos herdeiros anteriores àquela quota hereditária, configurando-se o acerto da retenção efetivada.

Não obstante o reconhecimento da paternidade seja imprescritível, o mesmo não ocorre com a petição de herança. Assim, como não há na legislação civil prazo estabelecido especialmente para a propositura dessa ação, o prazo para o seu exercício é de dez anos, nos termos do art. 205 do Código Civil.

O debate doutrinário e jurisprudencial, entretanto, fica por conta do termo inicial para a contagem do prazo prescricional. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, entendeu que em havendo cumulação de pedidos de investigação de paternidade e de petição de herança, o prazo prescricional desta corre a partir da data da abertura da sucessão.

FILIAÇÃO ILEGÍTIMA – Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança – Imprescritibilidade da primeira e prescricionalidade da última, contada a partir da abertura da sucessão.

É imprescritível a ação de investigação de paternidade, o que não ocorre com a de petição de herança, correndo o prazo prescricional a partir da data da abertura da sucessão.

[...] 7. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, como se sabe da doutrina consagrada e de certa jurisprudência, inclusive do STF. Com efeito, a ação de investigação de paternidade, por ser ação pertinente ao estado das pessoas, e porque diz respeito a uma situação jurídica que interessa à ordem pública, portanto indisponível, é ação que não prescreve, tanto mais justa esta conclusão quanto é certo que a vontade da pessoa não tem a menor eficácia

para a consubstanciação do estado, cujo conteúdo são as qualidades inerentes à pessoa. A idéia de estado implica sempre a idéia de estabilidade, que é incompatível com a prescrição. Como prescrever aquilo que é permanente? O estado é mais um atributo jurídico da pessoa do que mesmo um direito de índole privada, tanto que ele se projeta para além da pessoa, alcançando a sociedade, que a ele se liga. Tenho, pois, por imprescritível a ação de investigação de paternidade. 8. A ação de petição de herança, contudo, é prescritível, como se sabe da doutrina consagrada. O problema está apenas na determinação do *dies a quo* do prazo prescricional. Estou em que esse termo inicial do prazo é o dia da abertura da sucessão, porque a parte final do art. 177 do CC expressa que o prazo prescricional é contado da data em que poderia ter sido proposta a ação. E a ação de petição de herança não pode ser proposta senão depois da morte da pessoa que deixou a herança. Antes da abertura da sucessão não se concretiza a legitimação ativa daquele que houver de pedir a herança, pois é certo que a herança só merece ser considerada como tal depois que morre o seu autor. Não há herança de pessoa viva. “O prazo prescricional se conta do nascimento do direito à ação” (RT 162/589). E o direito à ação de petição de herança é direito que só nasce quando se abrir a sucessão daquele que deixou a herança que se vai pedir.⁷²⁹

Em contrapartida, para Mário Moacyr Porto, Orlando Gomes, J. M. Leoni Lopes de Oliveira o prazo prescricional não se conta a partir da data da abertura da sucessão porque “não corre contra o filho natural não reconhecido a prescrição da ação de petição de herança.”⁷³⁰

7.3 Ação de investigação de paternidade cumulada com nulidade de partilha

Pode ocorrer de a ação de investigação de paternidade ser proposta quando a partilha dos bens do suposto pai falecido já tiver sido julgada em definitivo. Nessa situação, o que tem sido questionado é se o investigador deve cumular ao pedido de herança o de nulidade da partilha, ou então, se deve promover ação rescisória para, primeiramente, desconstituir a coisa julgada material que se operou e, então, se beneficiar da sua cota-parte na herança.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante está firmado no sentido de que a própria ação de petição de herança julgada procedente já teria como efeito, tanto o reconhecimento do filho como herdeiro do falecido (natureza declaratória), quanto a determinação

⁷²⁹ STF, 2.ª Turma, RE 71.088/RJ, rel. Min. Thompson Flores, não conheceram do recurso, v.u., j. 06.08.1972, DJ 17.09.1972.

⁷³⁰ Cf. apresenta J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova lei de investigação de paternidade*, p. 172.

de restituição, pelos demais herdeiros, da cota-parte do autor da ação (natureza condenatória). Assim, nem mesmo se mostraria necessário o pedido de declaração de nulidade da partilha:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. NULIDADE DE PARTILHA. REIVINDICAÇÃO DE BENS. A procedência da ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, dispensa a propositura de nova ação para a decretação da nulidade da partilha e reivindicação dos bens. recurso conhecido, pela divergência, e provido.⁷³¹

Explica Humberto Theodoro Júnior que a sentença de procedência da ação de petição de herança será cumprida “mediante a reabertura do processo sucessório, para que toda a universalidade seja devolvida ao monte que, por sua vez, se submeterá novamente a toda a tramitação do inventário e partilha, já agora com a participação do herdeiro vitorioso na ação de vindicação da cota ideal da herança comum.”⁷³²

Não há necessidade, é certo, de propositura de ação rescisória. Primeiro, porque a coisa julgada não se operou com relação ao herdeiro que não participou do inventário dos bens deixados pelo genitor e da respectiva partilha porque os únicos impedidos de *rediscutir* a decisão transitada em julgado são aqueles que figuraram como parte no processo e os sujeitos do direito controvertido.⁷³³ Segundo, porque a sentença proferida no inventário sem a participação do co-herdeiro, litisconsorte necessário, é juridicamente inexistente – pela ausência de pressuposto processual de existência - citação – e, por essa razão, sua impugnação não depende de ação rescisória.⁷³⁴

De qualquer forma, não há qualquer óbice à cumulação da petição de herança com pedido de declaração de nulidade da partilha, tendo em vista que essa providência já autoriza, de pronto, a solução da questão, além de evitar futura ação para essa finalidade. Os requisitos para a cumulação estão preenchidos. As ações são de conhecimento e devem tramitar pelo procedimento comum, rito ordinário. Os pedidos são compatíveis entre si, e o de reconhecimento de paternidade acaba sendo prejudicial aos demais, posto que se não declarada a filiação, ficam prejudicados os outros pedidos. Por fim, ambos os pedidos devem ser formulados perante o

⁷³¹ STJ, 4.ª Turma, REsp 74.478/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.09.1996, DJ 04.11.1996, p. 42.478.

⁷³² A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 15.

⁷³³ Cf. Humberto Theodoro Júnior, A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 15.

⁷³⁴ Para Orlando Gomes e Nelson Carneiro a sentença proferida sem a participação do herdeiro padece de nulidade absoluta, *Reconhecimento dos filhos adulterinos*, v. 2, p. 572, nota; Humberto Theodoro Júnior, A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, *Revista Forense* 294, p. 15; Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 366.

juízo do inventário, que é o competente para a apreciação e julgamento dessas ações, como tratado anteriormente quando analisamos a competência na investigatória cumulada com petição de herança.

7.4 *Ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil*

Quando tratamos da legitimidade ativa para a propositura da ação investigatória de paternidade, analisamos a possibilidade de a ação ser proposta por aqueles que possuem pai registral.

Em tais casos, a jurisprudência já teve seu posicionamento alterado no sentido de, inicialmente, exigir a prévia anulação do registro para que se viabilizasse a ação investigatória. Tempos depois, o entendimento se consolidou com a necessidade de que os pedidos de declaração de paternidade (nova) e de anulação do registro civil (existente) fossem cumulados. Atualmente, embora ainda haja quem defenda a necessidade de cumulação, há vários julgados do Superior Tribunal de Justiça acolhendo a tese de que é desnecessária a formulação de pedido de anulação do registro existente, por se tratar de consectário lógico – efeito – do julgamento de procedência da ação de investigação de paternidade.

Em nossa compreensão, mostra-se imperiosa a cumulação dos pedidos de anulação de registro civil com o de investigação da paternidade. Isso porque, acreditamos que se trata de cumulação sucessiva, na medida em que a ação investigatória somente poderá ser apreciada após a procedência da anulatória com a desconstituição do registro existente. Caso contrário, não será sequer possível a análise do pleito investigatório ante a completa impossibilidade de coexistência de duas paternidades.

Além disso, deverão figurar no pólo passivo, em litisconsórcio necessário, aquele que figura no registro de nascimento como pai, bem como aquele em face de quem pretende o investigador ver a paternidade declarada.⁷³⁵

Estão preenchidos os requisitos de compatibilidade entre os pedidos, de competência e de procedimento. Ambas as ações são de conhecimento, que seguem o rito ordinário. O pedido anulatório é constitutivo negativo (desconstitutivo) e o investigatório é declaratório.

⁷³⁵ Para J. M. Leoni Lopes de Oliveira trata-se de litisconsórcio unitário porque, segundo o autor, acolhida a desconstituição de registro, tal decisão será a mesma para todos os litisconsortes, *A nova lei de investigação de paternidade*, p. 177. Discordamos do autor por acreditarmos que a cumulação de ações desconstitutiva com relação a um dos réus e declaratória com relação ao suposto pai demonstra, na verdade, tratar-se de litisconsórcio necessário e simples, porque o pedido declaratório não é único para todos eles.

8. Da resposta do réu

A relação jurídica processual se completa, com relação ao réu, com a sua citação. Por ser a ação investigatória ação de estado, a citação do investigado deverá ser feita por oficial de justiça, já que o art. 222, *a*, do Código de Processo Civil veda a citação pelo correio.

Citado, poderá o réu ser revel, caso em que está afastado o efeito da revelia consistente na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor por expressa determinação do art. 320, II, do Código de Processo Civil, por versar a ação de estado sobre direito indisponível.

Tem-se, desta forma, que mesmo sendo revel o réu na ação investigatória, competirá ao autor fazer prova dos fatos alegados na inicial a fim de obter a procedência da ação. Ainda que tal assertiva se fundamente na letra da lei, é indiscutível que a revelia do réu, nos tempos atuais em que o exame de DNA acaba sendo determinado em, praticamente, todas as ações investigatórias, impõe grande dificuldade ao autor para fazer prova da filiação.

Nos casos de revelia – da mesma forma como ocorre quando o réu se recusa a realizar o exame de DNA – a ação investigatória acaba tendo parca produção probatória, e o julgamento, indiscutivelmente, é prejudicado. O que, em nossa opinião, não parece razoável é se entender que contra o réu revel, portanto, contumaz e inerte na defesa dos seus interesses, não seja possível aplicar a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor por se tratar de ação de estado e, nos casos em que o réu contesta, tornando controvertidos os fatos alegados na inicial, mas se recuse a realizar o exame de DNA, tal recusa seja admitida como presunção de paternidade.

Poderá o investigado responder a ação investigatória proposta por meio de contestação, exceções e impugnações, apresentando todas as defesas processuais e de mérito para se contrapor ao pedido do autor.

Apesar de o réu poder apresentar, em contestação, qualquer matéria que objetive afastar a paternidade, na realidade, a única forma de, efetivamente, se defender é realizando o exame de DNA.

Sob a égide do diploma anterior, em que o acesso à ação investigatória estava limitado à prova de fatos específicos, que levavam à presunção da concepção, o réu poderia alegar, em sua defesa, fatos que colocassem em dúvida as alegações contidas na inicial. Isso, aliado à difi-

culdade na produção da prova, que não permitia se alcançar, com certeza, a verdade biológica, possibilitava maior amplitude no seu direito de defesa.

Ocorre que, atualmente, o sistema da livre propositura permite que ações sejam propostas sem qualquer indício da paternidade que se pretende declarar e todo o ônus probatório recai sobre o réu, independentemente da matéria que tenha sido deduzida em contestação.

De qualquer forma, a *exceptio plurium concubentium* (exceção de múltiplo concubinato) e a impossibilidade física para gerar são matérias que, ainda hoje, podem ser alegadas pelo réu de modo a colocar em dúvida os fatos alegados pelo autor.

A *exceptio plurium concubentium*, que, apesar de não ter sido prevista expressamente pelo diploma civil revogado era matéria de defesa na investigatória, consiste na “alegação de ter a mãe do investigante mantido relações sexuais com outros homens na época da concepção”.⁷³⁶ Assim, a efetiva demonstração, pelo réu, de que a genitora do investigante mantivera relações sexuais com outros homens era elemento suficiente para que obtivesse o decreto de improcedência da ação, na medida em que produzia verdadeira incerteza da paternidade.⁷³⁷ Arnaldo Medeiros da Fonseca bem sintetiza o posicionamento doutrinário vigente à época:

A paternidade é um fato que precisa ser provado, de modo convincente, para o juiz. Não se pode, entre nós, condenar ninguém pelo *risco da paternidade*, ou pela *paternidade apenas possível*. É essencial a certeza do julgador, êsse estado subjetivo de convicção, sem o qual a sentença condenatória seria uma iniquidade. Sem dúvida que essa certeza pode decorrer de provas indiretas, de presunções, como somos os primeiros a reconhecer; mas tais presunções admitem indubitavelmente, neste caso, provas que as destruam. Se o réu as produz, se demonstra que, no período de concepção, a mulher teve comércio carnal com outro indivíduo, a incerteza da paternidade se estabelece e sua absolvição se impõe. Não era preciso que o Código declarasse expressamente.⁷³⁸

Não bastava a alegação de manutenção, pela genitora do investigante, de relações sexuais com vários homens, era necessário que o investigante fizesse tal prova no curso do processo.⁷³⁹ Mas, uma vez provada a *exceptio plurium concubentium*, a ação deveria ser julgada impro-

⁷³⁶ Cf. Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 246.

⁷³⁷ Cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de paternidade*, p. 157.

⁷³⁸ *Investigação de paternidade*, p. 273.

⁷³⁹ Cf. J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *A nova lei de investigação de paternidade*, p. 177; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 2, p. 263.

cedente, pois, como afirma Silvio Rodrigues, “a convicção do julgador deve ser indubitável ao proclamar o parentesco entre os litigantes.”⁷⁴⁰

Além disso, outra matéria de relevo para a defesa é a impossibilidade física do investigado para gerar. A denominada impotência *generandi*, por denotar a incapacidade do homem em gerar, revela a sua esterilidade.⁷⁴¹

O Código Civil vigente, em seu art. 1.599, dispõe que “a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção de paternidade”. Apesar de o dispositivo estar inserido no contexto da ação negatória de paternidade, é indubitável que a mesma alegação pode ser apresentada pelo réu na ação investigatória.

Atualmente, em decorrência da evolução das técnicas de procriação artificial, é possível que determinado homem se torne pai, mesmo nos casos de impotência *generandi*, pois “existem recursos médicos para amenizar tais problemas, visando à concepção natural ou artificial homóloga.”⁷⁴²

Por fim, em sua resposta pode o réu reconhecer juridicamente o pedido contido na inicial. Nessa situação, não mais se mostrará necessária a atividade jurisdicional para perquirir acerca da paternidade, visto que o ato por ele praticado equivale ao reconhecimento voluntário e deve ser homologado pelo juízo, levando o processo a término com julgamento de mérito (art. 269, II, do Código de Processo Civil).

9. Meios de prova

Em qualquer ação o momento da produção das provas é momento de suma importância, justamente porque representa a oportunidade dada às partes de, comprovando os fatos que alegam, alcançarem a demonstração da violação do seu direito e, assim, alcançarem o convencimento do magistrado a prolatar sentença a seu favor.

Isso porque, é do exame dos fatos e da sua adequação ao direito objetivo que o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença. Assim, não basta às partes a mera

⁷⁴⁰ *Direito civil*, v. 6, p. 372.

⁷⁴¹ Mário Aguiar Moura acentua que a impotência *coeundi* (instrumental) não afasta a possibilidade da paternidade, *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 251.

⁷⁴² Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 182.

alegação de um fato, para que a sentença declare o direito, porque o próprio magistrado precisará se certificar da verdade do fato alegado. E é essa certificação que se obtém por meio da produção probatória.

A palavra *prova* utilizada em nossa legislação possui diversos sentidos. Subjetivamente, representa tanto aquele que, processualmente, é o responsável pela sua produção, como também traduz a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório.⁷⁴³ Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Objetivamente, é o meio hábil a demonstrar a existência do fato.⁷⁴⁴ Como pondera Luiz Rodrigues Wambier, os meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a constatação da ocorrência ou inoocorrência de fatos chega até o juiz.⁷⁴⁵ E, a expressão também é usada no sentido de resultado, ou seja, o que foi provado nos autos.

O sistema adotado pela nossa legislação é o da *persuasão racional* ou do *livre convencimento motivado do juiz*. Nesse sistema, “o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo”.⁷⁴⁶ E, embora o magistrado esteja livre para promover o exame das provas contidas nos autos, não há arbitrariedade em sua decisão, posto que a conclusão apresentada na sentença deverá estar logicamente ligada ao que restou demonstrado nos autos.

A convicção fica, então, condicionada, segundo Moacyr Amaral Santos a: 1) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; 2) às provas desses fatos colhidas no processo; 3) às regras legais e máximas da experiência; 4) o julgamento deverá ser sempre motivado,⁷⁴⁷ ou seja, deve o juiz expor as razões do seu convencimento (art. 93, IX, da Constituição Federal), sob pena de nulidade.

O objeto da prova são, em regra, os fatos, e para a sua demonstração a parte pode se valer, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil, de todos os meios legais e moralmente legítimos.

⁷⁴³ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 456.

⁷⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁴⁵ *Curso avançado de direito processual civil*, v. 1, p. 392.

⁷⁴⁶ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 459.

⁷⁴⁷ *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 169.

Na ação de investigação de paternidade, o fato que precisa ser provado é a relação de filiação-paternidade existente entre o investigante e o investigado. Em se tratando de ação que objetive a busca da verdade biológica, o objeto da prova é a concepção. Diferentemente, se a ação investigatória se funda na posse do estado de filho, o objeto da prova é a relação socioafetiva existente entre as partes.

E, para isso, pode o investigante fazer uso de todos os meios de prova, tais como documentos, testemunhas, perícia. Entretanto, as provas documentais e testemunhais produzidas pelas partes, invariavelmente, não conduzem à revelação da verdade real quanto à existência da paternidade biológica. Assim, acabam representando meros indícios da existência de vínculo entre as partes, levando apenas a uma verdade presumida do vínculo genético.

Há, é certo, alguns meios de prova que podem ser utilizados como forma de exclusão da paternidade, como é o caso da perícia médica, que analisa, exclusivamente, a tipagem sanguínea do investigante e do investigado e que, dependendo do resultado, pode afastar por completo qualquer possibilidade de existência de vínculo genético entre as partes.

Sobre a análise do sangue dos envolvidos e da imprecisão para fins de estabelecimento da filiação, explicam Ayush Morad Amar e Marcelo J. Ayush Amar:

Grande parte do problema da identificação de indivíduos funda-se na inexistência de um único teste que seja, ao mesmo tempo, simples, e exato. Os sistemas sanguíneos convencionais apenas excluem o liame genético.

O mais sofisticado deles, o HLA (sistema de histocompatibilidade humana) pode apresentar probabilidade de exclusão até superior a 90%, mas, com frequência, isto não é suficiente. Paternidades estabelecidas com elevadíssima probabilidade (até superior a 99%, juntamente com outros sistemas de grupos sanguíneos convencionais), têm sido excluídas, de maneira categórica e inofismável mediante o simples estudo dos padrões de DNA dos envolvidos...

No modelo tradicional de investigação, pretendendo-se diminuir a incerteza, outros sistemas sanguíneos são adicionados (ABO, MN, Rh, haptoglobinas, sistemas eritrocitários enzimáticos, sistemas Gm e Gc, etc.) aumentando-se, destarte, o custo e o tempo de execução. Com frequência os relatórios periciais arrastam-se por dois ou mais meses, sem contar as even-

tuais complementações ou repetições: o processo judicial, por sua vez, exige tempo muito maior, porque julga provas não conclusivas ou, simplesmente, de exclusão.⁷⁴⁸

Como também pondera Maria Christina de Almeida, “os exames laboratoriais de tipagem sanguínea traduziam-se em métodos essencialmente de exclusão e não ofereciam às demandas investigatórias senão segurança relativa. [...] Quando não a excluem [a paternidade], carecem de qualquer valor probatório até como mero indício”.⁷⁴⁹⁻⁷⁵⁰

É por essa razão, que a prova absoluta nas ações de investigação de paternidade acaba sendo a perícia genética obtida mediante a análise do DNA das partes, já que o índice/coeficiente de probabilidade é superior a 99% nos casos de afirmação da paternidade e de 100%, nos casos de exclusão.

Consoante o ensinamento de João Lélío Peake de Mattos Filho, “o DNA (ácido desoxirribonucléico) é o âmago do material genético do indivíduo e está localizado no núcleo de todas as células do organismo, estruturando os cromossomos.”⁷⁵¹

De acordo com Salmo Raskin:

⁷⁴⁸ *Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico-legais do D.N.A.*, p. 18-19.

⁷⁴⁹ *Investigação de paternidade e DNA*, p. 58

⁷⁵⁰ Ayush Morad Amar e Marcelo J. Ayush Amar noticiam caso em que se mostrou decisiva a análise do DNA dos envolvidos: “Finalmente, num derradeiro caso, procurou-se pelo confronto direto entre duas pessoas, das quais se supunha ser uma o genitor da outra – saber-se da existência ou não de vínculo genético entre as mesmas. Os sistemas convencionais (ABO, MN, Rh, HLA e eritrocitários enzimáticos) confirmaram o vínculo indicando 99,19% de probabilidade (compatibilidade). Dificilmente alguém duvidaria da aludida paternidade. O confronto direto entre os padrões de DNA das duas pessoas, todavia, afirmou a **inexistência** de vínculo entre ambas, **excluindo**, pois, a paternidade dada como certa, com elevadíssima probabilidade. Ademais, o estudo dos padrões de DNA revelou mediante estatística subsequente, que o suposto pai poderia guardar parentesco com a criança e que o verdadeiro pai poderia ser irmão do primeiro, portanto, tio do menor. Uma investigação ulterior, em meio à família, revelou ser possível a hipótese levantada que acabou por ser confirmada pelo estudo dos padrões do DNA. Assim, o verdadeiro pai... era o tio. Esta conclusão jamais seria possível alcançar pelo emprego dos sistemas convencionais. A hipótese levantada deveu-se, exclusivamente, ao estudo estatístico dos padrões de DNA das pessoas inicialmente examinadas, obra citada, p. 47.

⁷⁵¹ *Investigação de paternidade com suposto pai falecido – Atualização médico-pericial – Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame do DNA – Possibilidades e limitações*, em *RT*, v. 722, p. 360. Prossegue o autor explicando a forma de realização da prova: “Quando a investigação de paternidade é feita com o suposto pai vivo, procede-se da seguinte forma: são identificados os alelos da criança e da mãe e são separados os alelos em comum (alelos filiais de origem materna). Os alelos restantes (alelos filiais de origem paterna) têm, obrigatoriamente, de ser originados do pai biológico. Caso haja coincidências entre os alelos verificados no indivíduo testado, a paternidade é atribuída com certeza biológica e estatística. Caso contrário, quando ocorre uma discordância entre os alelos de origem paterna da criança e aqueles verificados no indivíduo testado, estaremos diante de uma exclusão da paternidade biológica.”

O DNA (ácido desoxirribonucléico), principal unidade biológica que compõe os seres vivos, situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano. O DNA nunca é igual de uma pessoa para outra, mas apresenta semelhanças típicas entre indivíduos biologicamente relacionados. Isto se deve ao fato de que sempre, metade do DNA de um indivíduo é herdado de seu pai biológico e a outra metade é herdada de sua mãe biológica. Por isso, o DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas. Detentor da bagagem hereditária de todos os seres, era natural que o DNA viesse a ser o melhor recurso para o esclarecimento definitivo de paternidades nebulosas.⁷⁵²

O DNA é usualmente extraído do sangue, mas, noticia Maria Christina de Almeida, também pode ser extraído da raiz dos cabelos, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, da urina.⁷⁵³ E, como, à exceção dos gêmeos univitelinos, não existem dois indivíduos com seqüências de DNA iguais,⁷⁵⁴ a determinação de sua realização tem sido uma constante em todos os processos em que se discute a relação de filiação com vistas a se alcançar a verdade biológica.

É indiscutível que até o advento da perícia genética de DNA, a verdade processual elaborada nas demandas judiciais de descoberta do vínculo genético estava calcada em provas indiciárias e presunções (provas indiretas) e nas provas científicas excludentes do vínculo biológico (exames de sangue) e HLA.⁷⁵⁵

Os fatos em que se fundava a ação investigatória na vigência do diploma civil anterior eram provados por testemunhas e documentos. No entanto, não havia meios de se provar a própria concepção, tal como ocorre atualmente. A verdade oriunda do processo era, então, praticamente indiscutível, ante a total inexistência de meios para a descoberta da verdade biológica.

A grandiosidade dos direitos da personalidade envolvidos na determinação do estado da pessoa aliada à evolução da engenharia genética, que permitiu evidenciar o que sempre permaneceu acobertado pela ficção – seja decorrente do direito material, seja proveniente do processo –, acabou fazendo com que sobre o exame de DNA recaísse toda a importância da

⁷⁵² Evolução das perícias médicas na investigação de paternidade, p. 54.

⁷⁵³ *Investigação de paternidade e DNA*, p. 66.

⁷⁵⁴ Cf. Ayush Morad Amar e Marcelo J. Ayush Amar, *Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico-legais do D.N.A.*, p. 7.

⁷⁵⁵ Explica Maria Christina de Almeida: “Considerando que os testes até então realizados nas demandas investigatórias de paternidade não eram satisfatórios e seguros o suficiente em termos de revelação da verdade biológica, no início da década de 1970, a Organização Mundial de Saúde passou a aceitar o sistema de antígenos leucocitários humanos – HLA – como elementos de prova da paternidade.”, *Investigação de paternidade e DNA*, p. 60.

instrução probatória nas ações referentes ao estabelecimento ou à impugnação do vínculo paterno-filial.

Humberto Theodoro Júnior acentua, veementemente, a importância da produção da prova pericial nas ações de filiação por possibilitar a plena descoberta da verdade real:

Não há terreno mais propício à configuração de intoleráveis injustiças que o das ações relativas à paternidade, posto que a consagração da mentira aqui ofende tanto à natureza das coisas como aos sentimentos mais profundos dos protagonistas que se batem por direitos inalienáveis, imprescritíveis e tutelados pela ordem maior do plano jurídico. Aqui a voz que se ouve, no direito nacional e no estrangeiro, é a que noticia a abertura dos ordenamentos jurídicos em favor do critério da “verdade biológica” em detrimento daquele outro tradicionalmente comprometido apenas com a “verdade real”, quebrando, com apoio no avanço da engenharia genética, o “injustificável fetichismo de normas ultrapassadas” e perniciosas à verdade real.⁷⁵⁶

Ademais, o princípio inquisitório, orientador da atividade jurisdicional nas ações de estado, acaba por autorizar que, mesmo nos casos em que a prova técnica não é requerida pelas partes, seja determinada de ofício pelo magistrado. Ressalte-se que nada há de ilegal na determinação de ofício na realização do exame de DNA; ao contrário, a busca da verdade⁷⁵⁷ real nestes tipos de processo faculta ao magistrado, que é o destinatário da prova, a determinar de ofício a realização do exame.

O que há de mais interessante na instrução probatória das ações relativas à filiação é que, efetivamente, existe a possibilidade de se alcançar, de forma incontestada, a verdade verdadeira,⁷⁵⁸ aquela verdade quanto aos fatos que fundamentam o pedido e que, usualmente, não é alcançada em outras questões processuais.

⁷⁵⁶ Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna), p. 22-23.

⁷⁵⁷ Sobre verdade e provas ver, por todos, William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 242-249.

⁷⁵⁸ Em países mais desenvolvidos e até no Brasil, conforme depoimento do Dr. Salmo Raskin, pessoas idosas ou doentes, prevendo a possibilidade de serem apresentadas ações investigatórias de paternidade, após a sua morte, estão depositando seu DNA em bancos de laboratórios, para aproveitamento em demandas futuras, evitando transtornos a seus familiares e descartando hipóteses de causas marcadas por pura ambição, má-fé ou aventureirismo.

Concordamos com William Santos Ferreira, para quem “no processo não se busca ‘a verdade’, mas são empregados meios capazes de dar condições para formação do convencimento judicial acerca dos fatos, na medida exata do possível e razoável para permitir um julgamento.⁷⁵⁹ Essa é a regra geral, que excepcionalmente está afastada nas ações de estado. Isso porque, nas ações em que se busca a declaração da paternidade biológica e a perícia genética é realizada, é indiscutível que se alcança, no plano do processo, a absoluta verdade dos fatos.

Por tais razões, quando não realizada a produção desta prova em primeiro grau de jurisdição, frequentemente tem sido convertido o julgamento do recurso em diligência com a determinação de que se realize a pesquisa genética por meio do exame de DNA. Confirma-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. PODER-DEVER DO JULGADOR. – O Julgador deixou de ser mero espectador da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permita determinar a produção de provas, mormente como no caso em que se cuida de ação de estado, o autor é menor impúbere e beneficiário da Assistência Judiciária. Entendimento que se aplica também ao segundo grau de jurisdição. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido para, convertendo-se o julgamento em diligência, ordenar a realização do exame de DNA.⁷⁶⁰

E, não obstante a instrução probatória tenha momento certo para ocorrer, por força da indisponibilidade do direito de filiação, tem sido admitida a sua realização, pelo investigado, mesmo após prolação de sentença. Nesse sentido:

Processual Civil e Civil. Ação de investigação de paternidade. Laudo de exame de DNA que exclui a paternidade do recorrente. Exame concluído após a interposição do recurso especial. Resultado que deve ser considerado, a despeito de já encerrada a fase probatória. Busca da verdade real. I. A

⁷⁵⁹ *Princípios fundamentais da prova civil*, p. 246.

⁷⁶⁰ STJ, 4.^a Turma, REsp 218.302/PR, rel. Min. Barros Monteiro, deram provimento ao recurso, v.u., j. 02.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 244. Também neste sentido: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. POSSIBILIDADE. Tratando-se de ação de estado, na qual o direito em debate é indisponível, o julgador não pode dispensar a ampla instrução, principalmente quando a feitura da prova foi devidamente requerida pelo autor. Nada impede que o órgão julgador, para evitar decisão em estado de perplexidade, converta o julgamento em diligência para complementação de instrução probatória. Recurso especial provido. STJ, 3.^a Turma, REsp 208.582/PR, rel. Min. Castro Filho, deram provimento ao recurso, v.u., j. 03.05.2005, DJ 23.05.2005, p. 265.

jurisprudência desta Corte orientou-se no sentido de que o magistrado deve perseguir, especialmente nas ações que tenham por objeto direito indisponível, como nas ações de estado, o estabelecimento da verdade real. II. Diante disso, deve ser considerado o laudo de exame de DNA que exclui a paternidade do recorrente, a despeito de ter sido produzido apenas após a interposição do recurso especial, quando já encerrada, portanto, a fase probatória. III. De outro lado, demonstrou-se ter o requerente sido reconhecido pelo pai, o que gerou, inclusive, alteração nos seus registros de nascimento. Não há se falar, assim, em prejuízos para o menor. IV. Processo julgado extinto (CPC, art. 267, VI), prejudicado o recurso especial.⁷⁶¹

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO – EXAME DE DNA – DESISTÊNCIA DA REALIZAÇÃO POR PARTE DO AUTOR, EM RAZÃO DA FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS – CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO – POSSIBILIDADE DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JULGADOR EM BUSCA DA VERDADE REAL – AFRONTA AO ART. 130 DO CPC – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA – DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO.

[...] 2 – É de ser reconhecido o cerceamento de defesa do autor, ora recorrente, menor absolutamente incapaz e beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, porquanto, embora tenha requerido o exame de DNA, desistiu de sua realização apenas por não dispor de recursos financeiros. Ora, diante da incerteza da paternidade investigada, o referido exame é imprescindível para a apuração da verdade real, podendo o julgador determinar, de ofício, a sua realização, conforme preceitua o art. 130 do Código de Processo Civil, desde que não afete a sua imparcialidade. Outrossim, inexistente óbice à transformação do julgamento em diligência, por se encontrar o feito em segunda instância, pois os magistrados de primeiro e segundo graus possuem as mesmas prerrogativas em busca da supracitada verdade real. 3 – Precedentes (REsp 192.681/PR e 218.302/PR). 4 – Recurso conhecido e provido para, convertendo-se o julgamento em diligência, determinar a realização do exame de DNA, a ser custeado nos termos explanados no voto.⁷⁶²

⁷⁶¹ STJ, 3.^a Turma, REsp 348.007/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgaram extinto o processo e prejudicado o recurso especial, v.u., j. 19.05.2005, DJ 01.08.2005, p. 437.

⁷⁶² STJ, 4.^a Turma, REsp 241.886/GO, rel. Min. Jorge Scartezini, deram provimento ao recurso, v.u., j. 17.08.2004, DJ 27.09.2004, p. 360.

Pode ocorrer, ainda, de o suposto pai ser falecido e a ação de investigação de paternidade ser proposta contra os seus herdeiros. Até mesmo nessas situações é possível se aferir, com alto grau de probabilidade, a verdade biológica. João Lélío Peake de Mattos Filho explica que a análise do DNA é feita por meio do “estudo da prole do suposto pai falecido, juntamente com a viúva”.⁷⁶³

Explica o autor que, “embora a constituição genética seja individual para cada pessoa, meio-irmãos por parte de pai terão, certamente, alelos paralelos em comum, o que viabiliza o cálculo da probabilidade destes alelos de origem paterna serem provenientes da mesma pessoa”.⁷⁶⁴ Ressalta o autor, também, que, “quanto maior o número de descendentes vivos que compõem a família original, maior é a probabilidade de êxito na definição da vinculação genética”.⁷⁶⁵

A jurisprudência tem admitido, reiteradamente, a realização do exame de DNA nos herdeiros (filhos do suposto pai) dado a possibilidade de serem isolados os genes paternos e analisado o DNA, fazendo-se a comparação com o DNA do investigante. Acreditamos que o problema maior ocorrerá se o pai falecido não tiver deixado filhos como herdeiros, de modo que a herança seja distribuída a outros membros da família, cônjuge ou colaterais, dificultando, nesses casos, a comparação do material genético.

Outra forma de realizar a análise do DNA nas ações de investigação de paternidade pós-morte é a exumação do cadáver do falecido. Essa providência, acentua João Lélío Peake de Mattos Filho, está reservada apenas para aqueles casos em que não há parentes vivos do suposto pai falecido.⁷⁶⁶

Embora a exumação de cadáver venha sendo admitida,⁷⁶⁷ o resultado do exame pode não ser tão certo em razão da decomposição do corpo no decorrer dos anos e, também porque, normalmente, tecidos, fios de cabelo ou unhas são desvitalizados e, portanto, desprovidos de

⁷⁶³ Investigação de paternidade com suposto pai falecido – Atualização médico-pericial – Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame do DNA – Possibilidades e limitações, em *RT*, v. 722, p. 360.

⁷⁶⁴ *Idem*, p. 361.

⁷⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁶⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁶⁷ Com essa orientação: “FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INVESTIGADO FALECIDO. FALECIMENTO DA AUTORA NO TRANSCURSO DO PROCESSO, ACARRETANDO A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELOS HERDEIROS. EXAME DE DNA, BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM, PERÍCIA MEDIANTE EXUMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. DESISTÊNCIA EXPRESSA DAS PARTES EM AUDIÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL RATIFICADORA DAS ALEGAÇÕES DA PARTE AUTORA. AÇÃO PROCEDENTE, SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)”. TJRS, 8.ª Câmara Cív., ApCív 70019874676, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, apelação desprovida, j. 08.11.2007, DJ 14.11.2007.

DNA. Usualmente, quando ocorre tal exumação, se busca a coleta de material presente no interior dos ossos, precisamente na medula óssea, que demora mais para desvitalizar.⁷⁶⁸

A realização de exame em cadáver, em regra, causa indignação dos réus na ação, que costumam alegar a inviolabilidade do corpo do falecido. Existe, então, nesse caso, a simultaneidade de dois direitos da personalidade, que são o direito à paternidade (descoberta da verdadeira ascendência biológica) e o direito à intangibilidade do indivíduo (inviolabilidade do corpo), que precisam ser sopesados. Tem sido reconhecida a prevalência do primeiro em detrimento do segundo.⁷⁶⁹

Não se admite, entretanto, a submissão a exame de quem não seja parte na ação de investigação, como testemunhas ou parentes do suposto pai. O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de se manifestar a esse respeito no julgamento de recurso de agravo de instrumento em que o suposto pai, após descobrir, no curso da ação, que o seu próprio irmão havia mantido relações com a mãe do investigante, requereu ao Juízo que o irmão se submetesse ao exame. O pedido foi rechaçado pelo Tribunal Paulista em razão da ausência de amparo legal.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ Cf. João Lélío Peake de Mattos Filho, *Investigação de paternidade com suposto pai falecido – Atualização médico-pericial – Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame do DNA – Possibilidades e limitações*, em *RT*, v. 722, p. 361. Informa o autor, ainda, que “a esqueletização de um corpo está plenamente estabelecida decorridos cerca de dez a quatorze meses após o sepultamento, com todas as conseqüências sobre a matéria biológica e sua viabilidade para testes de qualquer natureza”.

⁷⁶⁹ Nesse sentido já decidiu o TJSC: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Prova pericial – Exame consistente em impressões digitais de DNA – Incidência em caso de falecimento do investigando, sobre tecidos do próprio cadáver, coletados em vida ou “post mortem”, submetendo os próprios filhos menores do “de cujus” ao referido exame – Admissibilidade – Conquista da ciência que não pode ser desacolhida no contexto do processo – Exame que não chega a comprometer o princípio da inviolabilidade corporal, que, aliás, evidencia outro direito da personalidade, que é o da paternidade, do qual resultam ainda entre outros direitos, o direito ao patronímico paterno e direito aos alimentos – Inadmissibilidade de se permitir o seu impedimento, ante a amplitude de provas admitidas na lei processual – Recurso provido para se viabilizar a perícia pretendida. Voto vencido. Ementa Oficial: A paternidade, como laço de parentesco que una imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real ou obrigacional. Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível, respeitados os princípios fundamentais da bioética. A defesa dos direitos da personalidade, se é objetivo da permanente preocupação do Estado, através de seus órgãos próprios, visualizados em suas três funções, não pode ser concebida como princípio absoluto. Deve ser flexibilizado o individualismo extremado se o exercício da prática científica segura e confiável não atentar contra a saúde, a vida ou a debilidade de órgão, sentido ou função da pessoa natural, para dar lugar, excepcionalmente, aos avanços da ciência, quando estes, sem qualquer degradação moral ou física, puderem ser úteis ao homem também na área da Justiça. Não se pode mais, em certos casos, mormente na investigação de paternidade, quando existe o choque de dois interesses, ambos situados na esfera dos direitos da personalidade – direito à inviolabilidade do próprio corpo e direito à identificação paterna – propender-se no sentido da corrente que erige como dogma a não obrigatoriedade da submissão do investigado a teste de Impressões Digitais de DNA. A tendência internacional na esfera da jurisdição é o recurso a essa perícia, para a indicação correta da verdade biológica, desatendendo-se, inclusive, a solução preconizada largamente na doutrina e na jurisprudência da improcedência da ação em caso da *exceptio plurium concumbentium*, porque os avanços da ciência permitem até nessa hipótese indicar a relação paterna.”, em *RT*, v. 720, p. 220.

⁷⁷⁰ “Investigação de Paternidade – Prova – Submissão a exame de quem não é parte na ação – Inadmissibilidade – Voto vencido. A prova da paternidade deve restringir-se às partes envolvidas no processo. Quem não é parte

Outras provas podem, ainda, ser produzidas nos autos da ação investigatória, levando-se em conta a necessidade de formação da convicção do julgador por força do princípio do livre convencimento motivado. Ainda que outros meios de prova, além da perícia, sejam possíveis, nas ações investigatórias em que se persegue a verdade biológica acabam não tendo muita utilidade, tendo em vista que o resultado do exame pericial, mesmo sendo contrário às demais provas produzidas, pode levar à conclusão da paternidade.

Zeno Veloso critica o que denomina de sacralização ou divinização do exame de DNA:

Obviamente, até porque estão abarrotados de trabalho, muitos juízes receberam com extrema felicidade este notável progresso científico. Até a instrução probatória tradicional vem sendo substituída pela ordem, sem mais nada, de ser realizada a perícia genética. Assim, as outras provas parecem débeis, frágeis, desnecessárias, diante da prova absoluta, plena, vigorosa do DNA. O que estamos assistindo, nas questões de paternidade, é a sacralização, quando não a divinização da prova do DNA.[...]

O Juiz não pode assumir posição passiva e subalterna de mero homologador de laudos. A afirmação do perito não pode substituir a sentença judicial. A veneração ao exame do DNA não pode continuar ensejando um tarifamento de provas, a todos os títulos condenável. O exame de DNA, embora de importância capital, deve ser colocado em seu devido lugar, ou seja, num conjunto probatório. É mais uma prova, não a prova divina, a prova absoluta, bastante e única.⁷⁷¹

Em tais casos, decidir o juiz em sentido diverso do resultante na perícia genética, por mais que não esteja a ela completamente limitado,⁷⁷² acaba por comprometer o resultado da ação.

na ação não pode ser compelido a submeter-se ao exame da paternidade, para o que não há amparo legal. *AI 235.820-1/5 – 4.ª C. – J. 29.12.1994 – Rel. Des. Toledo Silva.*, em *RT*, v. 715, p. 140. Com a mesma orientação: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Prova – Testemunha como objeto de perícia do DNA – Inadmissibilidade. *Ementa oficial*: As testemunhas não são parte no processo, portanto não podem ser objeto de perícia pelo método DNA, ainda mais que esta é prova imprópria ao fim desejado, pois sua finalidade na ação de investigação de paternidade é afirmar ou negar a paternidade presumida, não tendo a menor possibilidade de confirmar ou desmentir a alegação de *exceptio plurium concubentium*.”, em *RT*, v. 715, p. 241.

⁷⁷¹ A sacralização do DNA na investigação de paternidade, p. 383.

⁷⁷² Acentua William Santos Ferreira que o juiz não fica vinculado ao laudo pericial, sob pena de o perito transformar-se em impensável “juiz técnico”. O perito não fornece a prova, mas sim elementos a serem examinados pelo juiz., *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 294.

Tem-se, desta forma, que se a ação objetiva a investigação da verdade biológica, o resultado do exame de DNA acaba tendo forte influência na decisão judicial.⁷⁷³

Por outro lado, se a ação de investigação de paternidade objetivar o reconhecimento da filiação socioafetiva, absolutamente inútil se revela a produção da perícia, devendo a socioafetividade ser provada por documentos e, essencialmente, pela prova oral.

Ressalte-se, ademais, que nas ações de família, se revela necessário que a prova testemunhal consista na oitiva de pessoas que efetivamente conheçam o relacionamento familiar objeto de julgamento. Assim, é bastante comum que testemunhas impedidas (art. 405, § 2.º, CPC) e suspeitas (art. 405, § 3.º, CPC) precisem prestar seu depoimento a fim de, efetivamente, auxiliar, as partes, na elucidação dos fatos apresentados em juízo.

Afinal, fica extremamente dificultosa a prova se apenas pessoas alheias ao seio familiar – e, portanto, não impedidas e não suspeitas – precisarem demonstrar a existência de uma paternidade socioafetiva, que é algo que pode ser atestado, essencialmente, por aqueles que convivem com a família.

Nestes casos, acreditamos que o depoimento deva ser tomado como prova testemunhal, com todas as responsabilidades impostas pela lei à testemunha, e não sendo ouvida como informante, como autoriza o § 4.º do art. 405 do Código de Processo Civil.

Concordamos, inteiramente, com William Santos Ferreira, para quem, na oitiva de alguém como informante, “praticamente aniquila-se com a expectativa do depoimento contribuir, porque a testemunha está liberada para mentir e por conta disto o juiz realmente não dará crédito ao seu depoimento.”⁷⁷⁴

⁷⁷³ Para Fernanda Otoni Barros, “a genética, na contemporaneidade, tem tentado responder o que é um pai, diga-se pai biológico. Essa possibilidade, acrescida do direito de o filho ter acesso à sua verdadeira paternidade, garantido pela Constituição de 1988 e regulamentado nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente tem também dado mostras do declínio do poder paterno nos tribunais, desta vez em favor da ciência.”, *Do direito ao pai*, p. 69. Não concordamos com o posicionamento manifestado pela autora porque, em nossa opinião, a prova genética é imprestável para assegurar um “pai” a alguém, permitindo apenas o conhecimento da verdade biológica. Pode ocorrer, é certo, de as figuras de pai e de genitor serem coincidentes quando, então, a perícia genética terá sido absolutamente útil. Diferentemente, pode ocorrer de as figuras se dissociarem e, em tais casos, a perícia genética terá se prestado, apenas, ao conhecimento da ascendência biológica do investigante. Assim, não se trata de atribuir pai a alguém, mas de permitir o verdadeiro conhecimento de sua identidade.

⁷⁷⁴ *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 161. E, explica o autor: “Na interpretação literal, perdem a parte que arrolou a testemunha, a parte contrária e o Poder Judiciário e só ganha – salvo-conduto – aquele que for ouvido como “informante”. A parte que arrolou produz uma prova oral sem credibilidade potencial, a parte contrária tem o risco de uma consideração judicial, sem o mínimo de segurança derivada da coerção durante o

10. A recusa quanto à realização do exame de DNA e a presunção da paternidade

Uma vez determinada pelo juízo a produção da prova pericial, seja deferindo pedido do autor, seja de ofício, pode ocorrer de o investigado se recusar a realizar o exame de DNA. A partir desse momento, facilmente se verifica o obstáculo imposto ao investigador, que o impede de descobrir a sua verdade genética.

A primeira questão que surge é: o que fazer diante da recusa do réu ao exame? É possível determinar a realização contra a sua vontade ou o direito à intangibilidade física supera e impede qualquer decisão nesse sentido?

A primeira corrente, manifestada em decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁷⁵ e de Santa Catarina, entende que o réu deve se submeter ao exame de DNA, ainda que contra a sua vontade e até mesmo mediante condução coercitiva “sob vara”, tendo em vista que aos direitos do réu se sobrepõem os do investigador ao reconhecimento paterno.

Com essa compreensão, Maria Christina de Almeida⁷⁷⁶ defende, fortemente, a necessidade de obrigatoriedade de realização do exame de DNA pelo investigado e acentua:

A prevalência do direito do filho deve fazer com que os direitos fundamentais do investigado à integridade física, à intimidade, à vida privada cedam em favor daquele – sujeição que encontra respaldo no processo de ponderação e nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Da mesma forma, absolutamente preocupada com os interesses do investigador e o direito ao conhecimento de sua identidade, Maria Celina Bodin de Moraes pondera:

depoimento, e o Poder Judiciário, além de não ter qualquer instrumento de coação, ainda pode ser o palco de uma atitude afrontosa à “dignidade da Justiça”, autêntico *contempt of court* (art. 14) que não “seria” punível.”, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 164.

⁷⁷⁵ Nesse sentido: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATIVA DE SUBMETER-SE A PERÍCIA. HOJE, PELOS MODERNOS MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO, COM BASE NO ESTUDO DOS CROMOSSOMOS, NÃO É MAIS POSSÍVEL A NEGATIVA DE ALGUÉM, ACUSADO DE SER SUPOSTO PAI, SUBMETER-SE A PERÍCIA DO DNA, SOB A ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE FÍSICA; PREVALECE O DEVER DE COLABORAR COM A JUSTIÇA, NO ESCLARECIMENTO DA VERDADE, AINDA MAIS QUE AO MENOR ASSISTE O DIREITO DE SABER QUEM É SEU PAI.”, TJRS, 8.ª Câmara Cív., ApCív 594101032, Desembargador Relator Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 27.10.1994.

⁷⁷⁶ *DNA e o estado de filiação à luz da dignidade humana*, p. 141.

Em diversos casos, a tutela psico-física não pode se inspirar exclusivamente no aspecto subjetivo do consentimento do sujeito. Pode-se encontrar justificativas para tratamento sanitário, independentemente da vontade do doente, quando, por exemplo, o estado de saúde do indivíduo contenha em si potencialidade tal de lesionar terceiros. Há, nesse caso, interesse público a ser protegido.

O mesmo se diga acerca da determinação da paternidade. A integridade física, nesta hipótese, parece configurar (mero) interesse individual se contraposta ao direito à identidade real, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança, configura, além de qualquer dúvida, interesse público, de toda a coletividade.⁷⁷⁷

A segunda corrente, oriunda do Supremo Tribunal Federal, não admite a condução coercitiva do suposto pai para a realização do exame, com base no princípio da intangibilidade física do indivíduo. Essa posição foi a adotada pelo Tribunal Pleno, em novembro de 1994, no julgamento do *Habeas Corpus* 71.373-4 impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que determinava a condução do réu sob vara. Veja-se a ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ Sugere a autora, ainda, a imposição de perícia forçada: a perícia compulsória se, em princípio, repugna àqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual.

⁷⁷⁸ STF, Tribunal Pleno, Habeas Corpus n. 71.373-4/RS, Desembargador Min. Francisco Rezek, j. 10.11.1994, DJ 22.11.1996, p. 45.686. Com a mesma orientação: “DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.”. Trecho do

A prevalência da segunda corrente, que protege os direitos do investigado, acaba por impedir a descoberta da verdade biológica pelo investigador. No entanto, colhe-se dos votos proferidos pelos Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão que, havendo dois direitos subjetivos em conflito, quais sejam, o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua intangibilidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança.

No direito alemão, não se tolera a recusa do investigado à realização do exame, determinando-se, nessas situações, a coleta forçada do sangue, conforme noticia Wilfried Schlüter:

Para possibilitar a produção de tais laudos, o § 372.^a ZPO ordena a obrigação de tolerar exames, sobretudo a coleta de sangue, se a análise, segundo os princípios conhecidos da ciência, prometer um esclarecimento do caso e isto for exigível dos candidatos a exame. Para o caso da recusa injustificada podem ser impostas multas administrativas; em caso de recusas repetidas aplica-se a realização forçada do exame (§§ 372.^a AL. 3, 390 ZPO). Se não puder ser forçada a participação no exame (por motivo de perigo de saúde para o examinado ou por este se encontrar no exterior), aquele que se recusar ao exame pode ser tratado segundo a indicação anterior, como se os exames não trouxessem nenhuma dúvida quanto à sua paternidade.⁷⁷⁹

Maria Helena Diniz ressalta, também, que a França, a Bélgica e o Canadá, tal como ocorre no Brasil, não aceitam imposição do exame de DNA, sem o consenso da parte, em perícia para determinar filiação. Já a Alemanha, Áustria e Suíça impõem que esse teste seja feito com ou sem a anuência do interessado, para atender ao direito à elucidação da verdade biológica.⁷⁸⁰

Restando definida a impossibilidade de coerção pessoal do investigado para a realização do exame como prevalecente no direito brasileiro, há de se analisar qual efeito a sua recusa produz na ação investigatória.

voto: “Em sede de investigação de paternidade que tem por objeto a pretensão de terceiro ver-se declarado pai biológico da criança, torna-se prescindível submeter ao exame de DNA o pai presumido, se possível a comprovação da alegada paternidade por outros meios de prova, sob pena de afrontar-se o princípio da preservação da dignidade humana”. STF, 1.^a Turma, Habeas Corpus 7.060-4/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, concederam a ordem de *habeas corpus*, v.u., j. 31.03.1998, DJ 15.05.1998, p. 44.

⁷⁷⁹ *Código Civil Alemão*, Direito de Família, p. 354-355.

⁷⁸⁰ Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 5, p. 437. A autora ainda evidencia a sua indignação com o tratamento dispensado às ações que visam ao estabelecimento da filiação: “Se a determinação da realização da prova é um dos poderes do órgão judicante e se se pode empregar bafômetro nas vias públicas para verificar quem é infrator alcoolizado, por que não obrigar ao teste de DNA o suposto pai se o Estado, em nome do interesse público, deve garantir, com absoluta prioridade, à criança o seu direito à convivência familiar, que se dá na bilateralidade maternidade-paternidade (CF, art. 227; ECA, art. 27; e CPC, art. 339)?”, obra citada, p. 438.

Os argumentos utilizados pela doutrina e aplicados nos Tribunais sobre a recusa à realização do exame DNA pelo suposto pai são diversos, mas, invariavelmente, levam a resultado desfavorável ao réu.

Há quem entenda tratar-se a recusa de simples indício da paternidade. Há, por outro lado, quem acredite estar-se diante de confissão do investigado. Existe, ainda, entendimento de que a recusa ensejaria inversão do ônus da prova em prejuízo do investigado.⁷⁸¹ Tem vigorado, na maior parte dos casos, a presunção de que aquele que “não tem nada a esconder não perde a oportunidade de provar a sua exclusão de paternidade”.⁷⁸²

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que qualquer das soluções propostas peca pela insuficiência levando-se em conta o amplo direito da criança à determinação biológica de sua paternidade.⁷⁸³

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 141.689, do Amazonas,⁷⁸⁴ após a recusa do investigado, por dez vezes, a se submeter ao exame de DNA, aliada ao conjunto probatório dos autos que evidenciava, por meio de documentos e testemunhas, o relacionamento havido, na época da concepção, entre a mãe do investigante e o investigado, admitiu a presunção de veracidade das alegações iniciais. E, desde então, tal presunção vem sendo adotada em vários julgamentos, desde que esteja em consonância com as demais provas dos autos. Confira-se:

⁷⁸¹ Com essa posição: “Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. – *A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. – Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.* Recurso especial provido”. STJ, 3.^a Turma, REsp 557.365-RO, rel. Ministra Nancy Andrighi, deram provimento, v.u., j. 07.04.2005, DJ 03.10.2005, p. 242.

⁷⁸² Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, *Revista Forense*, v. 343, p. 165.

⁷⁸³ Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, *Revista Forense*, v. 343, p. 165.

⁷⁸⁴ “CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA. I – A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA, marcado pelo juízo por 10 (dez) vezes, ao longo de quatro anos, aliada à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial. II – Desconsiderando o v. acórdão recorrido tais circunstâncias, discrepou da jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal. III – Recurso especial conhecido e provido.”, STJ, 3.^a Turma, REsp 141.689/AM, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, deram provimento ao recurso, por maioria, j. 08.06.2000, DJ 07.08.2000, p. 104.

Processual civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame hematológico. Cerceamento de defesa. 1. A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA induz presunção que milita contra sua irresignação. 2. Decisões locais que encontram fundamento em caudaloso conjunto probatório. 3. Ausência de contrariedade à lei federal. 4. Dissídio jurisprudencial não configurado, ante a diversidade das bases empíricas das hipóteses colocadas em confronto. 5. Recurso especial não conhecido (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial 55.958/RS, rel. Min. Bueno de Souza, não conheceram do recurso, v.u., j. 06.04.1999, DJ 14.06.1999, p. 192).

Processual civil. Investigação de paternidade. DNA. Recusa. Agravo regimental. I – A recusa injustificada do réu em submeter-se ao exame de DNA, aliada às demais provas e circunstâncias dos autos, inclusive de indicativos de esterilidade do pai registral, leva à presunção de veracidade das alegações postas na inicial, mesmo porque somente o próprio agravante poderia comprovar, submetendo-se ao exame, a tese negativa da paternidade. II – Não havendo o que modificar na decisão agravada, nega-se provimento ao agravo regimental (STJ, 3.ª Turma, AgRg no AgIn 322.374/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, negaram provimento ao recurso, v.u., j. 07.04.2003, DJ 12.05.2003, p. 299).

As reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de presumir a paternidade do investigado quando, além das provas produzidas nos autos,⁷⁸⁵ houve negativa do pretense pai a realizar o exame de DNA determinado, acabou por gerar a edição da Súmula 301, que assim estabelece: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Da análise dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, releva notar que a presunção da paternidade sempre foi adotada como solução em cotejo com as demais provas dos autos. Assim, a ação investigatória pode ser julgada procedente se houver prova,

⁷⁸⁵ “Processual civil. Exame pericial. Dna. Justiça gratuita. Antecipação das despesas pelo estado. Precedente da seção. ‘I – A isenção legal dos honorários há de compreender a das despesas, pessoais ou materiais, com a realização da perícia. Caso contrário, a assistência não será integral. Assiste aos necessitados, a proteção do estado que deve diligenciar meios para provê-los ou criar dotação orçamentária para tal fim. II – antes de determinar prova pericial do DNA, deve o Dr. Juiz produzir outras que objetivem a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la as expensas do estado, que proverá os meios necessários’ (REsp 83.030-MS, j. 24.09.1997, Segunda Seção, unânime, relator eminente Min. Waldemar Zveiter). Ressalva do ponto de vista do relator. Recurso conhecido e provido em parte”. STJ, 4.ª Turma, REsp 100.086/MS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, deram provimento em parte ao recurso, v.u., j. 29.04.1998, DJ 22.06.1998, p. 84.

ainda que indiciária, da relação mantida entre a genitora do investigante e o investigado e, além disso, houver recusa na realização do exame de DNA.

O trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quando do julgamento do Recurso Especial 557.365-RO, reflete, exatamente, a importância da análise da recusa ao exame com as outras provas produzidas no processo, além de evidenciar que a simples recusa, sem qualquer outra prova, não deve levar ao acolhimento da pretensão do autor:

Sempre entendi que a recusa do exame de DNA não é suficiente para, *ipso facto*, dar o reconhecimento da paternidade – não que a técnica do referido exame seja falha, mas, comprovadamente, a elaboração pode ser falha, uma vez que se trata de um exame como outro qualquer e, assim como o de sangue, pode suscitar dúvidas. Já tivemos julgamentos, com relação, por exemplo, a casos de HIV, em que houve problemas com relação ao primeiro exame – tanto isso é verdade que os laboratórios, hoje, nessas circunstâncias, determinam a elaboração de dois exames, automaticamente, para evitar qualquer tipo de erro. Por outro lado, sempre entendi que não se pode tirar do Juiz o direito de examinar as circunstâncias concretas do caso, mesmo havendo um laudo de DNA exclusiva ou unilateralmente feito. Mesmo que do ponto de vista judicial, uma só vez feito, o Juiz, diante de circunstâncias específicas dos autos, pode dirigir a sua prova no sentido de não identificar a paternidade porque, se assim não fosse, não se precisaria mais de processo judicial, bastando determinar-se, administrativamente, a realização de exame DNA por ambas as partes fiscalizadas para que se tenha o resultado judicial que se busca com o processo. Todavia, a nossa Corte, na Segunda Seção, com grande maioria dos Colegas Ministros, entendeu que deveria ser dada a presunção para a recusa do exame de DNA, ou seja, se a parte não quis fazer, recusou-se a fazer, presume-se existir a paternidade. De todos os modos, insisto que, mesmo nessa circunstância, isso não significa que o Juiz não possa, especificamente, ter posição contrária, de acordo com a prova dos autos, ou seja, pode admitir que, não havendo nenhum indício, não seja necessária a realização do DNA.

À recusa se equipara o não-comparecimento do investigado para a coleta do sangue determinada pelo juízo para propiciar a análise do DNA das partes.⁷⁸⁶

⁷⁸⁶ Nesse sentido: “Direito de família e processual civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias. – O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa. – Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai. Recurso especial conhecido e provido”. STJ, 3.ª Turma, REsp 692.242/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, deram provimento ao recurso, por maioria, j. 28.06.2005, DJ 12.09.2005, p. 327.

Além disso, dispõe o art. 232 do Código Civil que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Parte da doutrina tem entendido que o dispositivo encerra presunção legal da prova da paternidade no caso de recusa à realização do exame.⁷⁸⁷ Entretanto, o posicionamento doutrinário majoritário está firmado no sentido de que o art. 232 do Código Civil trata de presunção judicial ou simples.⁷⁸⁸

Concordamos com essa última posição porque da análise do art. 232 se observa que o dispositivo autoriza (*a recusa poderá suprir*) o julgador a prolatar decisão fundada em uma prova que, na verdade, não foi produzida. A presunção, assim, é simples. Significa dizer que se partindo de um fato-base (recusa) pode se chegar ao fato presumido (paternidade). No entanto, as demais provas deverão ser analisadas para corroborar, ou não, essa presunção.

Entendemos, ainda, que o dispositivo não traz em seu bojo nem a inversão do ônus probatório, nem mesmo uma presunção absoluta da paternidade decorrente da recusa. Isso porque, como já mencionamos, a inércia do investigado a participar do exame deverá ser analisada em conjunto com as demais provas dos autos. Humberto Theodoro Júnior bem explica a impossibilidade de a recusa ser interpretada, isoladamente, e levar à procedência da ação:

Ao estatuir o art. 232 que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame, teria sido criada uma presunção ou uma ficção legal?

Tendo o texto ensejado a oportunidade de substituir a prova que se pretendia alcançar por meio da perícia médica pela ilação extraída do comportamento da parte, à primeira vista poder-se-ia pensar que o dispositivo quis criar uma ficção legal, ou seja, teria punido a conduta censurável da parte com a imposição de ter-se por verdadeiro um fato relevante, sem qualquer respaldo na prova dos autos.

⁷⁸⁷ Para Cristiano Chaves de Farias, “o art. 232 do Código Civil contém verdadeira presunção legal da prova que se pretende produzir quando a recusa em submeter-se a exame médico colidir com interesses outros (garantidos constitucionalmente), como é o caso das ações filiatórias”, Contornos sobre a prova na investigação de paternidade, p. 25.

⁷⁸⁸ Comungam dessa opinião: Daniel Blikstein, Súmula 301 do STJ e as Vicissitudes do Exame Pericial de DNA; Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Presunções legais relativas a direitos indisponíveis no Código Civil; Diogo Leonardo Machado de Melo, O Artigo 232 e a Súmula 301 do STJ: recusa do exame de DNA pelos avós.

[...] aqui o preceito não impõe, necessariamente, o suprimento da prova pericial médica, pela imediata acolhida da veracidade do fato que se iria apurar por meio da diligência probatória frustrada pela resistência de um dos litigantes. A norma simplesmente admite a possibilidade de se ter como ocorrente tal suprimento: “a recusa à perícia médica... *poderá* suprir a prova que se pretendia obter com o exame”, diz o art. 232. Não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei.⁷⁸⁹

O raciocínio não pode ser diferente por conta do livre convencimento motivado expresso no art. 131 do Código de Processo Civil, que concede ao julgador liberdade na apreciação da prova produzida e, ao mesmo tempo, impõe a necessidade de fundamentação da decisão. Não há, no nosso entender, pelas razões antes apontadas, como se entender a recusa leve, pura e simplesmente, à declaração de paternidade.

Mesmo porque, como também já mencionamos, a realização do exame de DNA pode não se mostrar pertinente para a declaração da paternidade socioafetiva, sendo, aliás, absolutamente desnecessária nesses casos. Assim ressalta Daniel Blikstein:

É certo que a presunção relativa da paternidade, pela recusa em submissão ao exame pericial de DNA, foi a solução processual encontrada, que não se coaduna necessariamente com o conceito de filiação e a formação da relação paterno-filial. Uma porque não se presume paternidade, ou se tem ou não se tem a relação de pai e filho. Duas porque o exame de DNA não é o único meio de prova em direito admitido para a comprovação da paternidade, que inclusive pode ser sócio-afetiva, e não deve ser considerado sozinho para firmar tal presunção.⁷⁹⁰

O que, no nosso sentir, se mostra primordial é a fixação de limites ao genitor, que voluntariamente não se submeteu à prova pericial, para impedir a futura discussão da decisão transitada em julgado que tenha reconhecido a paternidade. Não se mostra razoável que, diante da sua negativa, após a sentença declaratória da filiação que, em muitos casos, impõe também condenação ao pagamento de alimentos, esteja o declarado pai autorizado a realizar o exame e promover, com base nele, ação rescisória para discutir a decisão inicialmente proferida.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ A prova indiciária no Novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA, em *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*, p. 127-128.

⁷⁹⁰ Daniel Blikstein, Súmula 301 do STJ e as Vicissitudes do Exame Pericial de DNA, *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*, p. 54.

⁷⁹¹ Sobre a coisa julgada nas ações relativas à filiação e as hipóteses em que se admite a sua *relativização*, vide Capítulo 2, item 4.4.

Admitir essa possibilidade dá guarida a investigados recalcitrantes, que não colaboram com a instrução do processo, criando óbices à prestação da tutela jurisdicional, o que não pode ser aceito.

11. A ação de investigação de paternidade e a ação de investigação da identidade genética

A jurista portuguesa Maria José de Oliveira Capelo, com precisão, consegue distinguir a paternidade jurídica da ascendência biológica ou identidade genética. Para a autora, “o conhecimento da verdade de sangue poderá ser útil para a identificação genética de um sujeito, mas não acarretar, de modo necessário, a edificação de uma relação jurídica. O facto daquela verdade emergir à luz do dia, isso não implica que necessite ser iluminada pela luz do Direito”.⁷⁹²

A distinção entre a ação que objetiva declarar a paternidade e aquela em que se postula, única e exclusivamente, o direito da personalidade referente ao conhecimento da identidade genética é, na atualidade, permitida graças à evolução do conceito de família e, com isso, da clara distinção que tem sido feita entre duas figuras distintas, que podem ou não coexistir: a de genitor e a de pai.

A filiação, originariamente, foi edificada nos laços criados entre pais e filhos em decorrência do casamento de seus genitores. Aos poucos, com a evolução da família, passou a ser vista como uma relação fincada no amor e no afeto prescindindo, em muitos casos, dos laços de sangue.

Ao mesmo tempo, a evolução da engenharia genética com o desenvolvimento de técnicas de procriação artificial e os avanços da pesquisa do DNA permitiram alcançar a verdade real da filiação (biológica). Mas, também permitiram que se aferisse a exata diferença entre o responsável pelo material genético e aquele que exerce, efetivamente, as funções de pai.

O afeto passou a ser, então, considerado como o elemento primordial no estabelecimento da filiação. E, graças ao reconhecimento de que é o afeto o elemento responsável pela união dos integrantes das famílias, a posse do estado de filho ressurgiu com vigor como causa para o estabelecimento da paternidade.

⁷⁹² *Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação*, p. 82.

Por tais razões, na atualidade, existem vários critérios para o estabelecimento da filiação, quais sejam: 1) o *jurídico*, que decorre da lei; 2) o *biológico*, que reflete o vínculo genético; e, 3) o *afetivo*, que evidencia a construção da relação pai-filho.

Nem sempre haverá a plena identificação entre o pai, que a lei considera como tal, e aquele que se verifica pela investigação genética, e aquele que a realidade afetiva impõe que o seja. Como frisa Luiz Edson Fachin, “paternidade e ascendência genética são conceitos que nem sempre se identificam no mesmo sujeito”.⁷⁹³

Ao mesmo tempo, o reconhecimento dos direitos da personalidade permite distinguir o direito a ter pai e, portanto, um estado reconhecido, de outro direito, que se relaciona à perquirição das origens biológicas. Paulo Luiz Netto Lôbo acentua:

o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la quando não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo.⁷⁹⁴

Considerando, assim, a existência de duas situações diversas, acreditamos ser possível a propositura de ação declaratória que objetive, exclusivamente, a perquirição da identidade genética ou ascendência biológica, sem que isso implique, como ocorre nas ações em que se declara a paternidade-maternidade-filiação, a imposição de vínculo jurídico de parentesco.

É evidente que se determinada pessoa não possui pai registral, ou pai socioafetivo, ou pai em razão da adoção, a medida judicial que deverá promover deverá objetivar, não apenas o conhecimento de suas origens, mas também o reconhecimento de um estado de filiação. É absolutamente clara a explicação de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A origem biológica presume o estado de filiação, ainda não constituído, independentemente de comprovação de convivência familiar. Neste sentido, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para atribuição da paternidade ou maternidade e, a fortiori, do estado de filiação, quando ainda não constituído. Todavia, na hipótese de estado de filiação não biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto,

⁷⁹³ *Paternidade e ascendência genética*, p. 164.

⁷⁹⁴ *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, p. 342.

a origem biológica não prevalecerá. Em outras palavras, a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação.

No entanto, é possível que, mesmo diante de um pai socioafetivo, cuja relação tenha se estabelecido por um vínculo de fato ou de direito (adoção), haja interesse na descoberta das origens biológicas. Nessas situações é que se mostra viável a propositura de ação visando perquirir a ascendência sem que isso produza os mesmos efeitos de uma filiação já estabelecida.

Noticiando julgamento realizado pelo Tribunal Alemão em que se reconheceu o *direito ao conhecimento da própria ascendência* sem que isso representasse estabelecimento da paternidade, João Baptista Villela⁷⁹⁵ entende não existir razão para se dar ao tema enquadramento diferente no ordenamento brasileiro. Pugna o jurista, desta forma, que o nosso direito também alberga a possibilidade de propositura de ação com essa finalidade fundada nos direitos da personalidade.

A legislação francesa, noticia Guilherme Calmon Nogueira da Gama, nos casos de procriação assistida heteróloga, somente admite o levantamento do anonimato em caso de necessidade terapêutica, reservada aos médicos do doador e do receptor.⁷⁹⁶

12. Ação de investigação de maternidade

Ainda que a maternidade seja mais facilmente provada em razão de sinais exteriores inequívocos, como a gravidez e o parto, é possível que seja proposta ação investigatória com a finalidade de ser declarada a maternidade.⁷⁹⁷

⁷⁹⁵ O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições, p. 141.

⁷⁹⁶ *A nova filiação*, p. 901.

⁷⁹⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira apresentam os modelos de regime existentes quanto ao estabelecimento da maternidade: “São concebíveis dois modelos de regime para o estabelecimento da maternidade e, de facto, os sistemas jurídicos europeus adoptam um ou outro. A maternidade pode ser entendida como uma simples decorrência do puro facto biológico que é o parto. Este facto tem de ser levado ao conhecimento do registo civil, por qualquer pessoa que tenha tido conhecimento dele; o registo civil recebe a comunicação do nascimento de um filho e da identidade da parturiente que, sem ter de intervir no acto do registo, fica considerada mãe do indivíduo que nasceu. Neste sistema, a maternidade impõe-se à mãe, que não pode deixar de assumir o estatuto jurídico inerente. As razões que sustentam este regime são um respeito incondicional pelo direito do filho ao estabelecimento dos vínculos, um sentimento forte de auto-responsabilização social e familiar, e uma submissão total do Direito relativamente ao laços de sangue. Numa outra orientação, o parto e a assunção do estatuto jurídico de mãe não estão necessariamente ligados. A mulher pode ter o parto, o nascimento do filho é registrado, mas ela só se torna juridicamente mãe se praticar um acto jurídico autónomo de reconhecimento do filho. Isto quer dizer que fica aberta a possibilidade de a mulher não praticar esse acto, de rejeitar o estatuto de mãe, deixando o filho sem o vínculo estabelecido. Esta orientação tem o propósito de evitar que as mulheres grávidas interrompam a gravidez sempre que não possam ou não queiram desempenhar o papel de mães; com este sistema elas sabem que podem ter o parto sem o ônus de assumir o estatuto

Na vigência do diploma civil revogado, era vedada a ação investigatória de maternidade quando se tinha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada e conferir prole incestuosa à mulher solteira (art. 364).

Esclarece Mário Aguiar Moura que a ação de investigação de maternidade tem a finalidade de descobrir a maternidade biológica e declará-la judicialmente. De acordo com o jurista, cabe a ação de investigação de maternidade quando: a) o filho foi reconhecido apenas pelo pai, ficando como filho de mãe incógnita; b) o filho não foi reconhecido por qualquer dos progenitores; c) o filho foi reconhecido por quem não seja a mãe verdadeira, ocorrendo falsidade ideológica do reconhecimento.^{798_799}

Heloisa Helena Barboza ainda acrescenta que tal ação pode ser proposta desde que se prove um dos seguintes fatos: “*falta de identidade*, ou seja, que aquele que consta como filho não é o que nasceu da mulher; *simulação de parto*, vale dizer, que a mulher não teve aquela criança ou filho algum; *falsidade do registro*; *substituição do recém-nascido*.”⁸⁰⁰

O tema ganha, indiscutivelmente, mais espaço na atualidade em razão das técnicas de reprodução artificial, que permitem a real dissociação entre a mulher que deseja procriar – mas não tem condições de engravidar – e a mulher que se dispõe a gestar o embrião pelo período da gravidez.

É notável que, atualmente, os fundamentos de fato que podem ensejar a propositura da ação de investigação de maternidade são mais amplos do que os admitidos na vigência do Código revogado.

Isso porque, diante dos avanços científicos, o brocardo *mater semper certa est* acabou perdendo força, na medida em que se mostra possível encontrar três mulheres distintas no âmbito da técnica denominada maternidade-de-substituição. De acordo com Heloisa Helena Barboza, trata-se de solução médica encontrada para a esterilidade da mulher.⁸⁰¹

da maternidade. Por outro lado, este sistema pressupõe que não é vantajoso para o filho ter uma mãe forçada, ausente e desinteressada, que pode ser substituída, com vantagem, por uma mãe adotiva.”, *Curso de direito da família*, p. 57-58.

⁷⁹⁸ *Tratado prático da filiação*, v. 2, p. 301.

⁷⁹⁹ No direito francês, diferentemente do direito brasileiro, o parto não representa, necessariamente, o estabelecimento da maternidade porque a legislação civil francesa (art. 331 do Código Civil) autoriza que a mulher, após o parto, peça segredo a esse respeito, e que tenha a sua identidade preservada.

⁸⁰⁰ *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 32.

⁸⁰¹ *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 87.

Primeiramente, a fornecedora de óvulo que não deseja se tornar mãe; em segundo lugar, a que engravida, por solicitação normalmente de um casal que pretende receber a criança em sua família; e, em terceiro lugar, aquela que deseja ter o filho, ainda que não haja qualquer vínculo biológico, nem óvulo, nem gravidez.⁸⁰²

Explica Heloisa Helena Barboza que mãe substituta é aquela “mulher que cede seu útero para gestação do filho, concebido pelos gametas (masculino e feminino) de terceiros, a quem ele deverá ser entregue tão logo nascido, assumindo a fornecedora do óvulo a condição de mãe. Verifica-se no caso de não ser possível a transferência do embrião para o útero da mulher que forneceu o óvulo.”⁸⁰³

Em nosso ordenamento, a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, admite o que denomina de gestação de substituição ou doação temporária de útero, que somente poderá ocorrer quando houver um problema médico que impeça a mulher de engravidar ou contra-indique a gravidez na doadora genética.

Além disso, as mulheres, que se disponham a figurar como doadoras de útero, deverão pertencer à família da doadora genética, devendo ser parentes até o segundo grau ou, em qualquer outro caso, submeter o pedido à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A doutrina impugna a validade e a eficácia dos *contratos de gestação*, ainda que não sejam remunerados, mas procura solucionar a questão de fato que se estabelece quando se coloca em dúvida a questão da maternidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama informa que a doutrina tem considerado que, na eventualidade de se efetivar a maternidade-de-substituição – ainda que contrariamente ao ordenamento jurídico –, para o Direito a mãe da criança será determinada pelo parto e, assim, aquela que desejou receber a criança em sua família – ainda que seja a fornecedora do óvulo que foi fecundado – não terá qualquer vínculo jurídico com a criança diante do critério do parto, o que, de certo modo, contraria a tendência que vem ocorrendo no campo da procriação carnal, que é a biologização, ou a busca da verdade biológica.⁸⁰⁴

⁸⁰² Cf. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação*, p. 486-487.

⁸⁰³ Obra citada, p. 88.

⁸⁰⁴ Idem, *ibidem*.

Heloisa Helena Barboza,⁸⁰⁵ tratando da definição da maternidade em tais situações, esclarece que, havendo uma mãe biológica (aquela que forneceu o óvulo) e uma incubadora (que desenvolve a gestação), a maternidade deveria ser estabelecida em favor desta última, pelo que até hoje é utilizado como critério para a sua fixação: a gravidez e o parto. No entanto, ressalta que o direito tem privilegiado a verdade biológica. Propõe a jurista, então, a seguinte solução:

Ante o entrechoque do direito que ambas alegam ter, há de prevalecer o interesse prioritário do filho. A maternidade deverá ser atribuída àquela que comprovadamente oferecer melhores condições para a criança.

12.1 Semelhanças existentes entre a ação investigatória de maternidade e de paternidade e as suas distinções

A ação de investigação de maternidade é ação personalíssima e, por essa razão, a iniciativa da sua propositura compete ao filho. Caso faleça menor ou incapaz, seus herdeiros poderão promover a ação. O fundamento legal da ação é o mesmo da ação de investigação de paternidade, ou seja, o art. 1.606 do Código Civil, que versa sobre a ação de prova de filiação.

Diferentemente do que ocorre com a investigação de paternidade, em que a ação pode ser proposta pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, o mesmo não poderá ocorrer com a investigação de maternidade. Isso porque, tratando-se de legitimação extraordinária, é fundamental a previsão legal que autorize a atuação do Ministério Público, em nome próprio, para defesa de direito alheio. E, tal disposição não existe em nosso ordenamento, porquanto o § 4.º, do art. 2.º da Lei 8.560/92, que autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público, trata, exclusivamente, da ação de investigação de paternidade.

No pólo passivo, deve figurar a suposta mãe ou, caso a ação seja de investigação de maternidade *post mortem*, será proposta em face dos seus herdeiros, em litisconsórcio necessário.

Para Marco Aurélio S. Viana, caso a pretensa mãe seja casada, seu marido também deverá figurar no pólo passivo da ação, pois, de acordo com o autor, também a paternidade ficará prejudicada.⁸⁰⁶

⁸⁰⁵ *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, p. 93.

⁸⁰⁶ *Alimentos: ação de investigação de paternidade e de maternidade*, p. 24.

Não concordamos com o fundamento apresentado pelo autor para justificar a formação de litisconsórcio entre a mulher casada e o seu marido na ação investigatória. Em nossa opinião, por mais que se aplique a presunção de paternidade em decorrência do casamento para que o filho havido de determinada mulher seja do seu marido, pode ocorrer de o investigante já ter sido registrado por outrem, que se intitula seu pai biológico. Não obrigatoriamente o marido da suposta mãe será o genitor e, nesse caso, a verdade constante do registro afasta a incidência da presunção de paternidade. Assim, entendemos que somente haverá necessidade de o marido da pretensa mãe ser incluído no pólo passivo se se postular, ao mesmo tempo, pleito investigatório de paternidade, com relação a ele.

Na eventualidade de o filho já possuir maternidade em seu registro, deverá incluir, no pólo passivo, a mãe registral porquanto ao pedido investigatório deverá ser cumulado o pedido de anulação do registro de nascimento.

A investigação de maternidade, nesses casos, decorre normalmente de “adoção à brasileira”, em que o filho vem a tomar conhecimento de que a filiação até então estabelecida não corresponde à realidade biológica. Tem-se autorizado ao filho que, pretendendo afastar a paternidade e a maternidade registral, busque o verdadeiro conhecimento de sua identidade biológica. Nesse sentido:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. – O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. – O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1.º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. – Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. – Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito,

em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido.⁸⁰⁷

No mais, acreditamos que a ação de investigação de maternidade deva receber o mesmo tratamento dispensado às investigatórias de paternidade por também se tratar de ação de estado e possuir, portanto, as mesmas características. Além disso, no tocante à competência, pedidos, cumulação de pedidos, meios de prova, efeitos da sentença e coisa julgada, razão não há para dispensar à investigatória de maternidade tratamento diverso.

⁸⁰⁷ STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 833.712/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, deram provimento ao recurso, v.u., j. 17.05.2007, DJ. 04.06.2007, p. 347.

4

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À FILIAÇÃO ESTABELECIDADA

1. Ação de contestação de paternidade

A ação de contestação de paternidade, também denominada de ação negatória, é aquela que compete ao marido para, afastando a presunção de paternidade, impugnar a filiação decorrente do casamento. Como leciona Renan Lotufo, “a ação negatória de paternidade tem seu fundamento na agressão à personalidade de quem figura como pai, sem tê-lo sido geneticamente, e não sente condições afetivas para manter tal *status familiae*.”⁸⁰⁸

A ação de contestação de paternidade tem razão de ser porque a filiação no casamento decorre da presunção de que os filhos nascidos da mulher casada foram gerados pelo seu marido (*pater est quem nuptiae demonstrant*).

O Código Civil, em sua versão originária, considerava legítimos os filhos havidos na constância do casamento, e estabelecia a presunção de legitimidade de acordo com a época da concepção. A presunção de paternidade tem como justificativa tanto o dever de fidelidade da mulher, quanto a obrigação de coabitação entre o casal.⁸⁰⁹ Trata-se de presunção legal relativa,⁸¹⁰ posto que admite prova em contrário.⁸¹¹ Mesmo não estando o direito da filiação, na atualidade, apenas ligado ao casamento, a presunção de paternidade subsiste no Código Civil. Assim, às duas hipóteses de presunção que estavam presentes na legislação

⁸⁰⁸ Questões pertinentes à investigação e à negação de paternidade, p. 49.

⁸⁰⁹ Cf. J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. V, p. 328.

⁸¹⁰ Com exceção da presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial heteróloga, que se verifica com o consentimento do marido (CC, art. 1.597, V), já que, diante da impossibilidade de impugnação, traduz hipótese de presunção absoluta.

⁸¹¹ Nesse sentido: Luiz Edson Fachin, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 36; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 483; Luis Paulo Cotrim Guimarães, *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, p. 79. Em sentido contrário posiciona-se Pontes de Miranda, segundo o qual “a paternidade tem, na constância do casamento e dentro dos prazos legais, uma presunção *juris et de jure* (intermedia), que elide a sua incerteza, para que não fosse sempre insegura a filiação paterna. Por isso mesmo, em princípio, a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant* não é suscetível de prova em contrário. Assim o exigem a honra, a ordem social e a dignidade mesma do casamento.”, *Direito de família*, p. 267.

civil anterior, foram acrescentadas mais três hipóteses, todas essas relacionadas à procriação artificial.⁸¹²⁻⁸¹³

A presunção contida nos incisos I e II leva em conta, exclusivamente, o aspecto temporal,⁸¹⁴ e os períodos devem ser calculados a partir da efetiva convivência do casal, não bastando a mera celebração do casamento.⁸¹⁵ As demais hipóteses (incisos III, IV e V, do art. 1.597 do Código Civil) tratam dos casos de reprodução artificial.⁸¹⁶

Os incisos III e IV tratam da reprodução artificial homóloga, que é a realizada com o material genético da mulher e do marido. Presumem-se, também, concebidos na constância do casamento os filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários. A presunção de paternidade também incidirá nos casos de inseminação artificial heteróloga, ou seja, a realizada com sêmen de outro homem que não o marido da mulher, desde que este previamente tenha manifestado sua autorização. Nesse caso, o marido torna-se pai do filho de sua mulher pelo consentimento⁸¹⁷ e não poderá impugnar a paternidade em razão de sua concordância.⁸¹⁸

⁸¹² Dispõe o art. 1.597, do Código Civil: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I) nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II) nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁸¹³ Débora Gozzo noticia: “No Brasil, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, só havia normas de cunho deontológico, emanadas do Conselho Federal de Medicina e constantes da Resolução n. 1.358/92. Nesse texto, os profissionais da área médica estão autorizados a recorrer ao procedimento da reprodução assistida, sempre que não houver outro meio de sanação de impotência *generandi*. Eles podem, inclusive, utilizar gametas (óvulo e sêmen) de doadores, como regulamentado de modo bastante completo no n. IV da referida Resolução, que dispõe sobre a ‘doação de gametas ou pré-embriões’, encontrando-se restrita, contudo, a utilização do material, com o propósito de evitar-se eventual casamento entre irmãos.”, Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade, p. 222.

⁸¹⁴ Na vigência da legislação civil anterior, Pontes de Miranda já esclarecia que “os períodos fixados como tempo máximo (trezentos dias) e mínimo (cento e oitenta dias) da gestação ultrapassam um pouco, no interesse da legitimidade, a média fixada pela ciência”. *Tratado de direito privado*, Parte Especial, Tomo IX, p. 21.

⁸¹⁵ Cf. Antonio Carlos Mathias Coltro, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, p. 305.

⁸¹⁶ Assim explica Débora Gozzo: “Desse modo, será atribuída a paternidade ao marido, em decorrência da incidência da presunção *pater ist es*, àquele que nascer fruto de reprodução assistida. Para que isso se verifique não há necessidade, de o material genético ser do marido (inseminação artificial homóloga) ou de terceiro-doador (inseminação artificial heteróloga). E esse também deverá ser o entendimento, ainda que se trate de embrião, resultante, da chamada fertilização *in vitro*, prática mais comumente conhecida pela expressão “bebê-de-proveta”, como consta do texto legal (CC, art. 1.597, IV).”, Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade, p. 221.

⁸¹⁷ Cf. Luiz Edson Fachin, *Triplice paternidade dos filhos imaginários*, p. 181.

⁸¹⁸ Enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004: “Arts. 1.597 e 1.601: não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.”. Também é essa a orientação do Enunciado 104 aprovado nas Jornadas de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob os auspícios do

O modo de se manifestar o consentimento, na ausência de disposição legal, é questão que preocupa em razão da necessidade de se evitar, ao máximo, qualquer vício nessa manifestação a embasar ação de contestação de paternidade futura. Sobre isso, pondera acertadamente Débora Gozzo:

o melhor seria que esse negócio jurídico unilateral, do marido, fosse celebrado por *escrito*, isto é, por meio de instrumento público ou particular, ou por mero escrito particular, visto que até o reconhecimento voluntário de filho não-matrimonial pode ser feito dessa forma. [...] tudo indica que o consentimento do marido deverá ser prestado *previamente*, a fim de que se saiba, de antemão, que ele concorda em ser o pai do filho havido por sua mulher.⁸¹⁹

A presunção de paternidade, nos termos do art. 1.599 do Código Civil, pode ser ilidida diante de prova da impotência do marido para gerar, à época da concepção.

Quanto ao disposto no art. 1.599, a propósito, é absolutamente pertinente a crítica apresentada por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem a hipótese se revela mera causa de pedir da ação negatória.⁸²⁰

1.1 Natureza e características da ação de contestação de paternidade

A contestação de paternidade é, tal como a investigatória, ação de conhecimento porque o juiz precisa analisar os fatos, os fundamentos jurídicos apresentados pelas partes, bem como as provas produzidas na ação para, apenas então, prolatar decisão reconhecendo a inexistência da paternidade.

STJ no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior: “No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.”.

⁸¹⁹ Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade, p. 223.

⁸²⁰ Assim se manifestam os autores: “Com a possibilidade de a presunção de paternidade decorrente do casamento vir a ser contestada a qualquer tempo (CC 1.601); com os avanços da ciência que pode – a exemplo das hipóteses do CC 1.597, III, IV e V – possibilitar a procriação de filhos de homens que padecem de impotência sexual; com a existência de sofisticados exames de laboratório que podem determinar o vínculo de filiação biológica com larga margem de acerto, a hipótese colhida pelo legislador se mostra reduzida a mera causa de pedir em ação negatória de paternidade, ao lado de tantas outras de que pode o interessado se valer com a mesma finalidade.”, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 723.

É, ainda, ação declaratória⁸²¹ porque a decisão proferida na negatória apenas reconhece a inexistência de relação jurídica entre filho e pai. Não cria, altera ou extingue a paternidade,⁸²² tendo em vista que apenas declara que aquele homem – marido de determinada mulher – não é o pai biológico do filho por ela gerado. Em sentido diverso se posiciona a jurista portuguesa Maria José de Oliveira Capelo:

Nas acções que visam a impugnação do vínculo de filiação (assim, p. ex., a acção de impugnação da paternidade presumida) o autor não pretende apenas a declaração da inexistência de uma concreta relação natural de procriação entre o presumido pai e o filho, mas vista a extinção dessa relação jurídica cuja fonte não radica na verdade biológica. Estamos, nestas situações, perante uma pretensão de conformação da ordem jurídica só viável judicialmente. A tutela jurisdicional concretiza-se numa declaração de desconformidade entre o vínculo jurídico e a verdade da natureza e na conseqüente extinção desse vínculo.⁸²³

Mário Aguiar Moura também entende que tal ação tem “por objeto a desconstituição do vínculo de legitimidade que decorre do fato de não ser o filho gerado pelo marido da mãe”,⁸²⁴ operando-se uma modificação jurídica. Prossegue o autor afirmando que a ação tem dupla natureza: extintiva em relação ao estado de filho legítimo, constitutiva quando estabelece a condição de filho ilegítimo adulterino *a matre*.⁸²⁵

Quanto à natureza do direito que se objetiva proteger, é ação de estado. E, como toda ação de estado, a ação de contestação da paternidade versa sobre direito indisponível e tem as seguintes características: a) é personalíssima; b) é inalienável; c) é imprescritível; d) requer a

⁸²¹ Sendo declaratória a ação, os efeitos da sentença se produzirão de forma retroativa, ou seja, desde o registro de nascimento do filho. No entanto, eventual supressão do direito à percepção de alimentos pelo filho apenas ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação negatória, salvo se de forma diversa – e em razão das provas dos autos – o juiz expressamente determinar. O TJRS já se manifestou pela impossibilidade de antecipação de tutela com a finalidade de afastar a obrigação alimentar, em ação negatória. Confira-se a ementa: “Agravo de instrumento. Ação negatória de paternidade sob a alegação de registro sob coação. Pretensão a antecipação de tutela ao efeito de sustar o pagamento de alimentos, ou depositá-los em juízo. Inadmissibilidade, eis que o registro efetuado, enquanto não desconstituído, confere ao alimentado a condição de filho do alimentante. Servindo o valor pago à alimentação do menor, não há como acolher o pleito de depósito. Recurso desprovido”. TJRS, AgIn 70025380098, 7.ª Câm. Cív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 15.08.2008, DJ 25.08.2008.

⁸²² William Santos Ferreira exemplifica que o pedido declaratório pode ser positivo (investigação de paternidade) ou negativo (inexistência de uma relação jurídica – negatória de paternidade), *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 82.

⁸²³ *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*, p. 59.

⁸²⁴ *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 121.

⁸²⁵ Ainda que a segunda parte da natureza jurídica não mais se mostre relevante nos tempos atuais em que vigora a igualdade dos filhos, para o autor a ação de contestação de paternidade tem natureza constitutiva negativa, por extinguir a relação paterno-filial, *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 122.

intervenção do Ministério Público; e) tramita pelo procedimento ordinário (art. 275, parágrafo único, do Código de Processo Civil).⁸²⁶

1.2 Competência

É competente para processar e julgar tais ações o juízo da Vara de Família e de Sucessões, onde houver, ou do juízo das Varas Cíveis. Nas comarcas onde existir vara especializada – de Família e de Sucessões –, terão esses juízos competência absoluta.

Por ser a negatória ação de estado, envolve direito pessoal. Desta forma, aplica-se a regra geral de competência territorial prevista pelo art. 94 do Código de Processo Civil, que estabelece a competência do juízo do foro do domicílio do réu.⁸²⁷

1.3 Partes

1.3.1 Legitimação ativa

Dispõe o art. 1.601 do Código Civil que a ação de contestação de paternidade deve ser proposta pelo marido.⁸²⁸ Assim, apenas o homem casado é parte legítima para promover a ação que objetiva impugnar a filiação decorrente do casamento.⁸²⁹

⁸²⁶ Todas essas características da ação investigatória foram tratadas quando cuidamos das Ações de Estado (Parte I, Capítulo 1, item 3).

⁸²⁷ Confira-se decisão do TJRS, que aplicou a regra de competência territorial, mesmo sem a apresentação de exceção de incompetência pelo réu: “Agravado de instrumento. Negatória de paternidade. Incompetência territorial. Pedido de deslocamento da competência firmado pela parte. Cabimento. Considerando-se que o magistrado recebeu o pedido de exceção feito pela parte, que é menor, não pode ser ela penalizada, pois, no caso, sobressai-se o interesse da criança. Ademais, tendo o Ministério Público ratificado a manifestação da agravada, suprida encontra-se a deficiência postulacional. negaram provimento ao agravo, por maioria”. TJRS, 7.^a Câmara Cív., AgIn 70012591988, rel. Des. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, negaram provimento por maioria, j. 21.09.2005, DJ 31.10.2005.

⁸²⁸ No Código Civil revogado, o art. 344 dispunha caber privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos havidos de sua mulher. Não obstante o art. 1.601, do atual Código Civil não conter a expressão “privativamente”, acreditamos que a ação continua sendo personalíssima, tendo apenas o marido legitimidade para figurar no pólo ativo.

⁸²⁹ Assim já se decidiu: “NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Ilegitimidade ‘ad causam’ – Propositura por irmão consanguíneo – Inadmissibilidade – Ação privativa do marido – Hipótese em que este não contestou a legitimidade do filho em vida – Carência decretada – Aplicação do art. 344 e inteligência do art. 348 do CC – Voto vencido”, em *RT*, v. 637, p. 63.

Como explica Orlando Gomes, “somente ele [o marido] pode propo-la, pois, do contrário, estaria a família ameaçada em seus próprios fundamentos, ninguém, senão ele, tendo legítimo interesse moral em intentá-la”.⁸³⁰

A preocupação com a legitimidade ativa na ação de contestação de paternidade decorre da proteção à honra das famílias. Assim ressalta Clóvis Beviláqua:

1. – Os herdeiros do marido podem continuar a acção proposta por elle; mas, por direito proprio, não a podem intentar, ainda quando o marido tenha fallecido em estado de alienação e que o filho seja posthumo. Neste ponto, é grande o rigor no nosso direito, mas esse rigor se justifica pelo melindre da honra das famílias. Abrir as portas do pretorio aos herdeiros do marido para excluir da família legitima um filho, é extramamente perigoso, porque a ambição é desprovida de escrúpulos, e a perversidade humana é, muitas vezes, fecunda em recursos. Morto o marido, sem intentar a acção negativa da paternidade, que lhe competia, entende-se que acceitou o filho como seu. Se este nasceu depois de sua morte, mais prudente é deixar tranquilla a memoria do morto, e a dignidade da sua familia, do que expôl-as aos assaltos da ganância, que poderá esmagar a innocencia, fingindo que desaffronta uma injuria.⁸³¹

Tratando-se de companheiro, não se mostra possível a propositura da ação negatória. Explica-se: primeiramente, porque, como sustentamos neste trabalho, as hipóteses de presunção de paternidade não se aplicam à união estável; segundo, porque o art. 1.601 é absolutamente claro ao dispor que a ação compete ao marido. Assim, incabível a ação de contestação pelo companheiro.⁸³²

Pode ocorrer, no entanto, de o autor falecer no curso da ação. Neste caso, seus herdeiros poderão passar a integrar o pólo ativo da demanda. O caso é de sucessão processual, por morte de uma das partes, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil. J. M. de Carvalho Santos esclarece o interesse dos herdeiros no prosseguimento da ação negatória:

⁸³⁰ *Direito de família*, p. 344. J. M. de Carvalho Santos acentua o aspecto moral da ação negatória: “A contestação da legitimidade importa em uma questão meramente moral, sendo pessoal o direito do marido de contestar a existência da prole. Além de que a contestação da legitimidade envolve a prova do adultério da mulher, direito que não poderia ser conferido a terceiro, nem mesmo sendo parente próximo do marido, para a maior estabilidade e garantia da organização da família.”, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 363.

⁸³¹ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, p. 310.

⁸³² Cf. Paulo Nader, *Curso de direito civil – direito de família*, p. 337.

A ação enquanto vivo o marido tem por um fundamento um interesse puramente moral. Mas, uma vez morto, a ação ao passar para os herdeiros muda de natureza, transformando-se em interesse econômico, sem se cogitar mais do lado moral que ela poderia traduzir. Dessa verdade resultam estas outras conseqüências: a) o herdeiro que renuncia a herança não pode prosseguir na ação, como já vimos; b) os credores dos herdeiros e seus representantes legais podem agir, em seu nome, prosseguindo na ação de contestação de legitimidade (Cf. DEMOLOMBE, cit.; LAURENT, cit.; AUBRY et RAU, cit.).⁸³³

A questão que pode surgir se refere à possibilidade de os herdeiros poderem promover a ação negatória, nos casos em que o próprio marido falece sem ter exercido o direito de contestar a paternidade.

Sob a égide do diploma anterior dúvidas não pairavam, posto que o art. 344, do Código Civil estabelecia competir, privativamente, ao marido o exercício da negatória. No entanto, no diploma civil vigente, a palavra “privativamente” foi retirada, o que poderia levar à conclusão de que outras pessoas também teriam legitimidade para promover a ação.

Zeno Veloso, na vigência do diploma anterior, já criticava a exclusividade da legitimidade do marido:

Esta exclusividade do marido para contestar a paternidade do filho havido por sua mulher precisa ser revista, tem de ser repensada. Não estamos mais distante das razões sociais e morais que justificavam o preceito jurídico. O resguardo da suscetibilidade do varão não pode prevalecer sobre os interesses do filho em ver estabelecida a paternidade real. A verdade biológica precisa ser alcançada, mormente se não se contrapõe à verdade afetiva, sobretudo se o pai jurídico não firmou a paternidade psicológica ou não tem posse de estado com relação ao ser gerado por sua esposa. [...]

Atente-se para que, na maioria das vezes, em quase todos os casos, o marido da mãe não é só o pai só por causa de uma ficção legal, ou em razão de uma regra jurídica que assim proclama. O marido da mãe, quase sempre, é, mesmo, o pai da criança, porque vive, convive, dorme e acorda com a esposa, mantendo com ela relações sexuais, geralmente exclusivas. Além disso tudo, o marido da mãe estabelece um laço psicológico com a criança, tratando-a como filho, e este tratando-o, amando-o, respeitando-o, como pai (supra, n. 26). No marido da mãe, em regra, coincidem a paternidade jurídica, a paternidade biológica e a paternidade sócio-afetiva.⁸³⁴

⁸³³ *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 5, p. 369-370.

⁸³⁴ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 67-68.

No nosso entender, mesmo com a supressão da expressão “privativamente”, não há como se admitir que, após o falecimento do pai, seus herdeiros possam intentar a ação para afastar o vínculo paterno-filial que, ele próprio, não discutiu em vida.⁸³⁵ Até porque, mesmo sabendo não existir coincidência entre a paternidade biológica e a registral, pode ter sido intenção do genitor não negar a paternidade em razão da socioafetividade. Assim, se o próprio interessado não buscou afastar a verdade constante do registro, acreditamos que ninguém mais terá legitimidade para fazê-lo.⁸³⁶

1.3.2 Legitimação passiva

Parte legítima passiva para responder a ação é exclusivamente o filho. Sendo menor absoluta ou relativamente incapaz, deverá ser representado pelo genitor. Na hipótese de haver

⁸³⁵ Comungam desse mesmo entendimento: Antonio Carlos Mathias Coltro, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. XIV, p. 326; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, p. 381. Nesse sentido: “Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Inépcia da inicial por se tratar de ação própria do marido. A ação negatória de paternidade é ação de estado, personalíssima, portanto, privativa do detentor da paternidade. Preliminar rejeitada. Retificação de registro civil. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, art. 1.º da Lei 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil, sendo que para se admitir sua retificação, há que apontar aos autos prova clara e contundente da ocorrência de um dos vícios do ato jurídico, tais como coação, erro, dolo, simulação ou fraude. Preliminar rejeitada, recurso provido (segredo de justiça)”. TJRS, ApCív 70023899446, 7.ª Câmara Cív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 27.08.2008, DJ 03.09.2008; “Apelação cível. negatória de paternidade. Nulidade de registro. Genitor falecido. Ilegitimidade ativa dos avós. A ação que visa negar a paternidade é ação de estado, sendo direito personalíssimo do genitor. Os avós do demandado não possuem legitimidade para questionar a paternidade assumida pelo filho. Diante da ilegitimidade ativa, imperiosa a extinção do processo sem resolução de mérito. Apelo não provido”. TJRS, ApCív 70023804370, 8.ª Câmara Cív., rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 14.08.2008, DJ 21.08.2008; “Negatória de paternidade c.c. anulação de registro de nascimento – Proposta pela avó paterna – Impossibilidade – Ilegitimidade ativa – Aplicação do art. 1.601 do Código Civil – Extinção mantida – Recurso improvido”. TJSP, ApCív 503.986.4/00-0, 3.ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira, negaram provimento ao recurso, v.u., j. 12.06.2007, DJ 15.06.2007; “Anulação de registro de nascimento proposta pela mulher em relação a paternidade do marido de filha de outro casamento. Ilegitimidade configurada. Ação personalíssima, pois o marido está vivo. Apelo desprovido”. TJSP, ApCív 294.359.4/3-0, 4.ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, negaram provimento ao recurso, v.u., j. 13.10.2005, DJ 16.11.2005.

⁸³⁶ Em favor da legitimidade dos avós paternos para promover a ação negatória, confira-se o julgado do TJRS: “Apelação. Ação anulatória de assento de nascimento cumulada com negatória de paternidade. Avós registraes. Legitimidade ativa. Parentalidade socioafetiva. Inexistência de vício na manifestação da vontade. A demanda negatória de paternidade foi ajuizada pelos avós registraes e não pelo pai, que já é falecido. Os avós têm legitimidade ativa para a ação. Uma interpretação sistemática da nova Lei Material permite concluir que a ação negatória de paternidade não é mais personalíssima do marido, mas sim de todos aqueles que tenham justo interesse na questão (art. 1.615 do CCB). Ademais, aqui não se trata de marido e mulher (ou companheiro e companheira). Logo, não se concretizou a hipótese de incidência do art. 1.601 do CCB. Ficou demonstrada a inexistência de vínculo biológico. Mas os autos mostraram a existência de parentalidade socioafetiva, consubstanciada no tratamento de filho que o falecido pai registral destinava ao apelante, inclusive com o alcance, antes da morte, de valores a título de alimentos. De resto, o fundamento do pedido inicial era vício na manifestação da vontade do pai, ao registrar o apelante como filho. Mas nos autos não há absolutamente nenhuma prova de que isso tenha ocorrido. Rejeitaram a preliminar. Por maioria. Deram provimento, por maioria (segredo de justiça)”. TJRS, ApCív 70012236402, 8.ª Câmara Cív., rel. Des. Rui Portanova, j. 18.08.2005, DJ 07.10.2005.

conflito de interesses entre o menor e o seu representante legal – o que, em nossa opinião, apenas se mostrará possível se a mãe do menor não puder representá-lo ou assisti-lo no processo – deverá o juiz nomear curador para sua defesa, nos termos do art. 9.º, I, do Código de Processo Civil.⁸³⁷

Ainda que a legitimidade passiva seja, exclusivamente, do filho, acreditamos que a mulher tem interesse jurídico para postular sua intervenção no processo na qualidade de assistente simples do filho.⁸³⁸ Isso porque, é a sua conduta que estará sendo objeto de avaliação pelo magistrado. Nesse caso, pode a mulher auxiliar o filho com elementos que atestem a verdadeira paternidade, não obstante se reconheça que nessa, como em todas as outras ações relativas à filiação, a produção probatória acabe com a realização do exame de DNA.

Zeno Veloso aborda, ainda, a possibilidade de o genitor promover a ação negatória em face do nascituro:

Se a mulher casada engravida e o marido sabe que não foi o autor da fecundação, é nossa opinião que ele pode, preventivamente, ingressar com ação, para evitar que, futuramente, a paternidade seja estabelecida por força da regra *pater is est*.

Imaginem-se os casos em que o marido é impotente ou que não mantém mais relações sexuais com a esposa, vindo a saber que ela concebeu de outro homem. Pode o marido temer não estar mais vivo quando a criança nascer e for, efetivamente, determinada a relação parental,

⁸³⁷ Assim já se manifestou o STJ: “AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. ART. 1.615 DO CÓDIGO CIVIL. 1. A nomeação de curador especial, assentou precedente desta Corte, “supõe a existência de conflito de interesses entre o incapaz e seu representante. Isso não resulta do simples fato de esse último ter-se descurado do bom andamento do processo. As falhas desse podem ser supridas pela atuação do Ministério Público, a quem cabem os mesmos poderes e ônus das partes” (REsp 34.377-SP, relator o Min. Eduardo Ribeiro, DJ 13.10.1997). 2. A ação negatória de paternidade compete ao marido, não se autorizando a aplicação do Art. 1.615 do Código Civil para autorizar a intervenção de terceiro, cabendo ao Ministério Público intervir para proteger os interesses do menor. 3. Recurso especial não conhecido”. STJ, 3.ª Turma, REsp 886.124/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, não conheceram do recurso, v.u., j. 20.09.2007, DJ 19.11.2007, p. 227. Nesta decisão, conforme se colhe do voto do Ministro-relator, não foi admitida a aplicação do art. 1.615 do CC: “O meu convencimento diverge do entendimento do recorrente. De fato, na ação de investigação de paternidade procura-se encontrar o pai, o vínculo biológico, daí a justificativa para autorizar que qualquer que tenha interesse possa contestar a ação. Diverso é o objeto da negatória em que o pretense pai deseja comprovar que o registro de filiação não corresponde à realidade. A negatória é ação personalíssima e não se pode autorizar a extensão do art. 1.615 porquanto na investigatória se busca encontrar o pai biológico e aqui a pretensão é de excluir a paternidade diante de convicção íntima do pai constante do registro, interesse que não pode ser ampliado para outrem. O interesse do menor está protegido pela presença da mãe e coberto pela intervenção do Ministério Público. Terceiro, mesmo que parente do menor, não pode interferir para pedir a manutenção da paternidade. Nesse caso, a questão judicial fica realmente confinada aos pais com a intervenção do Ministério Público. Não conheço do especial.”.

⁸³⁸ Para Guillermo Borda, “la demanda de negación de la paternidad debe ser dirigida conjuntamente contra el hijo (a quién deberá nombrarse un curador *ad litem*) y contra la madre. En efecto, ésta se halla involucrada en el juicio, dado que está en juego su honor y buen nombre.”, *Tratado de derecho civil*, II, p. 23.

por força de lei, sendo lícito que ele queira evitar, justamente que tal filiação falsa venha a ser estabelecida por incidência da presunção, antecipando a prova negativa da paternidade.⁸³⁹

Merece referência, ainda, a possibilidade de propositura de ação negatória pelo pai quando já falecido o filho, também apontada por Zeno Veloso,⁸⁴⁰ e que tem relevância sob o enfoque da sucessão do filho.

1.4 Fundamentos da ação

Na vigência do Código revogado, o marido estava impedido de contestar a paternidade dos filhos havidos de sua mulher se, nos termos do art. 339: a) antes de casar, tivesse ciência da gravidez da mulher; b) se tivesse assistido pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho sem ter contestado a paternidade.

Além disso, de acordo com o disposto no art. 340 do Código Civil anterior, o marido só poderia contestar a paternidade provando: a) que estava impossibilitado de coabitar com a mulher ao tempo da fecundação; b) que estavam separados de fato.

O Código Civil vigente, de forma diversa, dispõe que impotência *generandi* afasta a presunção de paternidade.⁸⁴¹ Não traz qualquer outro fundamento específico para a propositura

⁸³⁹ *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 65.

⁸⁴⁰ Esclarece o autor: “Nosso Código, art. 1.718, diz que são absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão. Trata-se de uma deixa *sub conditione*, vinculada à circunstância de vir a ser concebido e nascer vivo o que será o titular do direito (cf. Zeno Veloso, *Testamentos*, n. 849, o. 442). Suponhamos para o assunto que estamos analisando, que um testador tenha feito legado em favor do primeiro filho que tiver fulano, dispondo, ainda, que, inexistindo tal filho na época da abertura da sucessão, o legado iria para o próprio indicado como gerador da prole frustrada. Se o filho que nasceu – e morreu logo depois – não era da pessoa indicada, mas se este fato não pudesse ser judicialmente demonstrado, é de seu filho, teria vantagens indevidas. Cabe, entretanto, ao suposto pai provar que não é pai biológico, portanto que a prole não é sua, caducando aquela disposição testamentária que utilizamos em novo exemplo. Não tendo efeito a cláusula do testamento com relação à prole eventual, pela substituição ordenada pelo próprio testador, o legado caberá somente ao que seria o autor da prole que se demonstrou, afinal, não ter existido.”, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 66.

⁸⁴¹ Nesse sentido: “NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Filha reconhecida, voluntariamente, pelo indigitado pai – Verificação posterior de ser impotente ‘generandi’ – Perícia que confirma que o tipo sanguíneo da filha o exclui da paternidade – Erro no reconhecimento – Fato que afetou a declaração da vontade em sua substância – Apelação provida para se julgar procedente a ação e determinar o cancelamento do assento de nascimento – Declarações de voto vencedor e vencido.”, em *RT*, v. 683, p. 62.

da ação. A impotência *generandi* é aquela que impede a geração em virtude de absoluta esterilidade na época da concepção.⁸⁴²

O dispositivo não serve, por óbvio, para afastar a presunção decorrente da inseminação artificial tratada no inciso V, do art. 1.597 do Código Civil. Mesmo porque a decisão do casal pela procura da concepção artificial heteróloga permite concluir pela esterilidade de um dos cônjuges, além de o consentimento do marido gerar presunção absoluta da filiação, que passa a ser ato de vontade, mas não resultado de uma *ficção* decorrente do casamento.

No entanto, é certo que, atualmente, em razão da evolução das técnicas de descoberta da verdadeira paternidade biológica, poderá o genitor promover a ação de contestação de paternidade caso tenha dúvidas reais acerca da filiação, sem que esteja limitado às hipóteses previstas em lei.⁸⁴³

Notadamente porque, com a disponibilidade da produção da prova pericial genética, não subsistirá qualquer dúvida quanto à paternidade, que se pretende negar. Da mesma forma como ocorre nas ações investigatórias, também sendo a negatória ação de estado, mostra-se fundamental a busca da verdade real. Veja-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. – Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. – A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. – A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade. – Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método

⁸⁴² Explica Pontes de Miranda que “a palavra *impotência* não é empregada no sentido de impossibilidade instrumental, de inaptidão para o coito (*impotência coeundi*), mas na acepção de impotência para gerar (*impotência generandi*)”, *Direito de família*, p. 271.

⁸⁴³ Para Paulo Nader, “comprovada a impossibilidade de relação sexual no período da concepção, ter-se-á ilidida a paternidade. Neste caso, a prova do adultério nada acrescentará em termos de prova. Tendo em vista a excelência da prova de DNA, o juiz e a principal parte interessada se inclinam naturalmente para esta modalidade de exame laboratorial.”, *Curso de direito civil – direito de família*, p. 344.

DNA. – E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido.⁸⁴⁴

No que se refere às técnicas de reprodução artificial, exatamente em razão da manifestação de vontade do marido na sua realização, a ação negatória não se mostrará cabível. Pode ocorrer, entretanto, como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo,⁸⁴⁵ de, nos casos de procriação artificial homóloga, restar comprovado que o profissional ou o hospital utilizaram sêmen não fornecido pelo marido. Neste caso, diante da prova genética, poderá se constatar que o filho não é, biologicamente, do marido e, assim, estaria facultada a propositura da ação de contestação da paternidade.

Já no caso de inseminação artificial heteróloga, tendo manifestado o seu consentimento, restam os questionamentos quanto à possibilidade de contestação da paternidade. Débora Gozzo, sobre o tema, alerta:

O interessante no campo da inseminação artificial heteróloga corresponde ao direito do marido de poder contestar a paternidade de filho nascido de sua mulher, por conta do disposto nos arts. 1.597, V e 1.601 do Código Civil. Essa problemática está diretamente ligada à dignidade humana e à esfera da vida privada e individual dos envolvidos. Num tratamento mais constitucional do tema, dir-se-ia que o que está em jogo é não só o direito à intimidade de todos os participantes do processo de reprodução artificial previsto no art. 1.597, V,

⁸⁴⁴ STJ, 3.^a Turma, REsp 878.954/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, deram provimento ao recurso, v.u., j. 07.05.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 339. No mesmo sentido: “direito civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC, ART. 240). Prova. Possibilidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido. I – Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III – o STJ, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana”. STJ, 4.^a Turma, REsp 4.987/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento ao recurso, por maioria, j. 04.06.1991, *DJ* 02.10.1991, p. 15.259.

⁸⁴⁵ In Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). *Código Civil comentado*, v. 16, p. 77.

do Código Civil, bem como o direito a preservar a vida privada, de cada um dos integrantes da família.⁸⁴⁶

De qualquer forma, entendemos que se o genitor, sabendo não ser seu filho, ainda assim consentiu com o registro feito em seu nome, não poderá, no futuro, promover ação objetivando negar a paternidade estabelecida.⁸⁴⁷

Primeiramente, a medida não pode ser adotada porque o marido não promove, verdadeiramente, reconhecimento voluntário quando o filho é decorrente do casamento. Há, para essas circunstâncias, a presunção de paternidade.

Mas ainda que se admitisse que tal situação equivale ao reconhecimento, acompanhamos o posicionamento firmado no sentido de que quem reconhece, como filho, aquele que sabe não ser, pratica o ato voluntariamente e não pode, no futuro, buscar a sua anulação. Nesse sentido:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – FALSIDADE DE REGISTRO
– ALEGAÇÃO DO PRÓPRIO REGISTRANTE – VÍCIO DE
CONSENTIMENTO.

Uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável a declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário de filiação. A invalidação dar-se-á apenas em razão de dolo, erro, coação, simulação ou fraude. Se foi o próprio recorrido a

⁸⁴⁶ Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade, p. 228.

⁸⁴⁷ Zeno Veloso bem sintetiza o posicionamento adotado por outros países nos casos de o pai pretender a negação da paternidade após ter promovido o reconhecimento voluntário: “Numa rápida visita ao direito comparado, vemos que, na Argentina, o próprio reconhecente não pode impugnar o reconhecimento, feito validamente, que assume o caráter de irrevogável. Pode, todavia, alegar a nulidade do ato, se houve vício do consentimento (cf. Eduardo A. Zannoni, *Derecho civil, derecho de familia*. t. 2, v. 2, 1993, § 1.031, p. 449). Na jurisprudência européia, detecta-se um movimento para evitar, ou, ao menos, atenuar a possibilidade de o pai que perfilhou voluntariamente vir, depois, ‘contra fato próprio’, impugnar a perfilhação. Na França, desde 1972, com a alteração do art. 339, alínea 1, do *Code Civil*, o reconhecimento de filiação não pode ser impugnado pelo perfilhante, se o filho gozou da posse de estado durante dez anos. (cf. Gérard Cornu, *Droit civil – La famille*. 4. ed., 1994, n. 256, p. 348). Na Suíça, nos termos do Código Civil, art. 260, alínea 2, o autor do reconhecimento não está legitimado a ingressar com ação para desfazer o mesmo, a não ser que prove que agiu sob coação, ou que incidiu em erro com relação à paternidade (cf. Cyril Hegnauer, *Droit suisse de la filiation*, 4. ed., 1998, § 8.º, p. 42). Em Portugal, o maior especialista da matéria, Guilherme de Oliveira (*Estabelecimento da filiação*, 1. ed., 4. reimp., 1997, p. 131), aponta que a possibilidade de impugnar a paternidade adquirida por via de perfilhação constituiu o modo de controlar a verdade do reconhecimento (art. 1.895, do Código Civil português), opinando, não obstante, que, nas hipóteses mais delicadas, a aplicação do direito deve nortear-se pelo critério fundamental do interesse do filho e apelar para um princípio de conservação dos estados familiares adquiridos e robustecidos por laços de interdependência afetiva e duradoura, no sentido de negar ao perfilhante de má-fé o direito de impugnar. Já foi decidido, nesse país, que a perfilhação conscientemente falsa integra ilícito penal e civil, sendo, por isso, fonte de responsabilidade, designadamente, incorrendo o perfilhante, que, depois, vem impugnar a paternidade, na obrigação de indenizar o perfilhante pelo danos – morais e patrimoniais – sofridos com a perda da paternidade”. Negatória de paternidade – Vício de consentimento (TJMG), p. 74.

pessoa que compareceu ao cartório e fez as declarações de registro, não pode ele agora procurar anulá-la para beneficiar-se da anulação, principalmente em prejuízo de quem não participou do ato e nem poderia participar, por ser menor de idade.⁸⁴⁸

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu faltar interesse processual àquele que promove o reconhecimento voluntário e, posteriormente, busca negar a paternidade e anular o registro civil. Confira-se:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. – OFENSO NÃO FICA O ART. 267, VI, CPC, PELO ACÓRDÃO QUE AFIRMANDO IRRETRATÁVEL E IRREVOGÁVEL O ATO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO CONSIDERA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL PARA PROPOR AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO AQUELE QUE O RECONHECIMENTO FEZ. – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.⁸⁴⁹

Ultimamente, em razão de se privilegiar os laços afetivos na família em detrimento da exclusiva preocupação com o vínculo sanguíneo, tem se identificado na jurisprudência várias decisões, que impedem o acolhimento do pedido de negação da paternidade nos casos em que, a despeito da inexistência de vínculo biológico entre “pai” e “filho”, há filiação socioafetiva. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE BIOLÓGICA NÃO CONFIRMADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. AFETIVIDADE ENTRE PAI REGISTRAL E FILHO. ANULAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. A paternidade registral, não biológica, deve ser mantida quando inexistente vício de consentimento e presente a relação de socioafetividade entre as partes. RECURSO IMPROVIDO.⁸⁵⁰

⁸⁴⁸ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2.ª Câm. Cív., ApCív 117.577-7, rel. Des. Rubens Xavier Ferreira, j. 09/03/1999. Também nessa orientação: “Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Anulação de registro civil. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, art. 1.º da Lei 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil, sendo que para se admitir sua retificação, há que aportar aos autos prova clara e contundente da ocorrência de um dos vícios do ato jurídico, tais como coação, erro, dolo, simulação ou fraude. Preliminar rejeitada e recurso provido (segredo de Justiça)”. TJRS, ApCív 7002377741, 7.ª Câm. Cív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 27.08.2008, DJ 03.09.2008.

⁸⁴⁹ STJ, 4.ª Turma, REsp 36.980/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, não conheceram o recurso, v.u., j. 10.12.1996, DJ 24.03.1997, p. 9.020.

⁸⁵⁰ TJRS, ApCív 70023979875, 8.ª Câm. Cív., rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 10.07.2008, DJ 21.07.2008. Sobre a necessária perquirição da paternidade afetiva, veja-se: “Apelação. Ação negatória de paternidade. Alegação de erro. Paternidade socioafetiva. Em havendo alegação de erro no registro de nascimento do réu,

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Ainda que o autor, pai registral, não seja o pai biológico do réu, mantém-se a improcedência da negatória da paternidade, se estabelecida a paternidade socioafetiva entre eles. Em se tratando de relação de filiação, não se pode compreender que seja descartável, ao menos em casos como o presente, onde por vinte anos o réu teve como genitor o autor. Pretensão que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque o réu ficaria sem pai registral, ou seja, sem filiação e sobrenome paterno. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Apelação desprovida.⁸⁵¹

1.5 Imprescritibilidade

O Código Civil de 1916 estabelecia prazos exíguos para que o marido pudesse contestar a paternidade dos filhos havidos de sua mulher, conforme o disposto nos §§ 3.º e 4.º, I, do art. 178, que assim previa:

Prescreve: [...] § 3.º Em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 338 e 344). § 4.º Em três meses: I – A mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.

O Código Civil em vigor, reconhecendo que a ação de contestação de paternidade é, da mesma forma que a investigatória, ação de estado, concedeu ao marido a possibilidade de impugnar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher dispondo, expressamente, que a ação é imprescritível. A mudança da disposição normativa quanto à prescrição da ação negatória de

sem relato de adoção à brasileira, o pedido deduzido na negatória de paternidade não é juridicamente impossível, devendo ser oportunizada a instrução do feito, até para que seja conferida, também, a existência de uma paternidade socioafetiva, a qual não resulta tão-somente do registro de nascimento. Sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito desconstituída, para que ele seja instruído. Apelação provida”. TJRS, ApCív 70024716862, 8.ª Câmara Cív., rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 19.06.2008, DJ 01.07.2008.

⁸⁵¹ TJRS, ApCív 70022895072, 8.ª Câmara Cív., rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 05.06.2008, DJ 12.06.2008. Não havendo, entretanto, nem identidade biológica, nem relação socioafetiva, mostra-se imperioso o acolhimento da negatória: “Apelação cível. Negatória de paternidade. Ausência de paternidade biológica confirmada por exame de DNA. Inexistência de paternidade socioafetiva. Confirmado pelo exame de DNA que o apelante não é o pai biológico da requerida, bem como que não há indício de afetividade entre pai e filha, não há razão para que se prestigie um registro de nascimento que não espelha a verdade biológica. APELAÇÃO PROVIDA.”, TJRS, ApCív 70021074836, 8.ª Câmara Cív., rel. Des. Rui Portanova, j. 07.08.2008, DJ 18.08.2008.

paternidade fez surgir, na doutrina, severas críticas pela manifesta possibilidade de, a qualquer tempo, o pai poder se insurgir contra uma situação familiar que já se encontra estabelecida.

A jurisprudência, sob a égide do diploma revogado, já abrandava o rigor do prazo prescricional contido no art. 178, §§ 3.º e 4.º, do Código Civil, a fim de que o prazo para o ajuizamento da ação negatória tivesse início quando do conhecimento, pelo marido, de que o filho não era seu.⁸⁵² E, nos julgados mais recentes, proferidos pouco antes da entrada em vigor do Código Civil vigente, a imprescritibilidade da ação que objetiva contestar a paternidade já vinha sendo admitida.⁸⁵³

⁸⁵² Conforme notícia Antonio Carlos Mathias Coltro, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. XIV, p. 330. É o que se pode verificar dos precedentes do STJ: “Paternidade. Contestação. As normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, art. 178, § 3.º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa”. STJ, 3.ª Turma, REsp 194.866-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, não conheceram, v.u., j. 20.04.1999, *DJ* 14.06.1999, p. 188 – grifos nossos. E, com a mesma posição: STJ, 4.ª Turma, REsp 157.879-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deram provimento, v.u., j. 15.06.1999, *DJ* 16.08.1999, p. 73.

⁸⁵³ Nesse sentido: “CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRAZO PARA PROPOSITURA. Modernamente, não mais se impõe prazo para a investigação do estado de filiação. Assim, o marido pode propor a ação negatória de paternidade mesmo já ultrapassado o prazo estabelecido pelo § 3.º do art. 178 do Código Civil. Precedentes do STJ. Com ressalvas quanto à terminologia, recurso a que se nega conhecimento”. STJ, 3.ª Turma, REsp 155.681-PR, rel. Min. Castro Filho, não conheceram, v.u., j. 10.09.2002, *DJ* 04.11.2002, p. 195; “AÇÃO NEGATÓRIA DA PATERNIDADE. Decadência. O tempo não determina a extinção do direito de o marido propor a ação negatória da paternidade. Precedente (REsp 146.548/GO, 4.ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha). Recurso conhecido e provido” STJ, 4.ª Turma, REsp 278.845-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, deram provimento, por maioria, j. 20.02.2001, *DJ* 28.05.2001, p. 202; “CIVIL. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. DECADÊNCIA SUPERADA. INTERPRETAÇÃO ATUAL DO § 3.º DO ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL. ‘Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação’ (Min. Eduardo Ribeiro, REsp 194.866/RS). Pelas especiais peculiaridades da espécie, admite-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo previsto no § 3.º do art. 178 do Código Civil. O aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor. ‘As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito’ (Nelson Sampaio). Interpretação atual do § 3.º do art. 178 do Código Civil. Recurso conhecido e provido”. STJ, 4.ª Turma, REsp 146.548-GO, rel. Min. Barros Monteiro, deram provimento, por maioria, j. 29.08.2000, *DJ* 05.03.2001, p. 167. “NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Imprescritibilidade – Sentença de indeferimento da inicial, fundada no § 3.º, do art. 178, do Código Civil, desconstituída para que a demanda tenha regular seqüência – Apelação provida – A orientação – que se impõe, ante o atual estado da ciência e da técnica médicas, permitindo conclusão de, praticamente, certeza absoluta sobre a paternidade biológica – é a da perda de eficácia dos §§ 3.º e 4.º do art. 178 do Código Civil, não mais se configurando o óbice da prescrição (ou decadência) ao pedido de tutela jurisdicional direcionado à verdade da filiação”, TJSP, 5.ª Câmara de Direito Privado, ApCív 064.598-4/0-00-Barueri-SP; rel. Des. Marcus Andrade; j. 14/05/1998; v.u.; *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo* n. 2.073/150-2.

A peça de teatro, em forma de monólogo, escrita por João Baptista Villela em crítica ao disposto no art. 1.601 do Código Civil retrata, com esmero, a desagregação de uma família por conta de ação negatória proposta pelo marido para impugnar a paternidade de um filho, havido na constância do casamento, fruto de relacionamento extraconjugal da mulher. Na narrativa, como em muitos casos que usualmente se verificam na vida real, o marido, mesmo ciente de que o filho não era seu biologicamente, o registrou como seu e, muitos anos depois, decidiu impugnar a filiação não biológica.⁸⁵⁴

A preocupação doutrinária com a previsão de imprescritibilidade da ação negatória diz respeito à manutenção, durante longo tempo, do estado de pai e filho com a criação de laços e vínculos familiares que, a qualquer momento, podem ser desfeitos pela iniciativa do marido da mãe, em total desprestígio à paternidade socioafetiva⁸⁵⁵⁻⁸⁵⁶

E, em razão da mudança de enfoque no tratamento dispensado à filiação, que deixou de lado a preocupação com os laços de sangue para reconhecer e privilegiar a socioafetividade nas relações familiares, a ausência de prazo para a propositura da ação negatória acaba permitindo que a estrutura das famílias seja, a qualquer momento, abalada pela iniciativa do genitor.

2. Ação de impugnação ao reconhecimento da paternidade

Autoriza o art. 1.614 do Código Civil a propositura de ação que objetive a impugnação do reconhecimento voluntário da paternidade. No item 6.3 do Capítulo 1, apresentamos as teorias existentes na doutrina a respeito da necessidade de consentimento do filho maior ao reconhecimento, que pretende fazer o seu genitor.

Independentemente de tratar-se de condição de validade ou de eficácia do ato jurídico – sobre o que diverge a doutrina, conforme exposto no Capítulo 1 –, é certo que ao filho, que não consentiu com o ato, está assegurada a possibilidade de sua impugnação.

⁸⁵⁴ Art. 1.601, disponível em: <www.ibdfam.org.br>, acesso em: 22 ago. 2008.

⁸⁵⁵ Cf. Silmara Juny Chinelato, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 45; Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 132.

⁸⁵⁶ Há, inclusive, proposta de alteração legislativa do art. 1.601, do CC, que foi aprovada na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob os auspícios do STJ, no período de 11 a 13.09.2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior: “Enunciado 130: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. § 1.º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho. § 2.º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

Além do filho maior que não consentiu, poderá também impugnar o reconhecimento o filho reconhecido enquanto menor, no prazo de quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação.

Para Mário Aguiar Moura, “o simples fato de a filiação gerar direitos e deveres não seria de influir no reconhecimento unilateral, visto que, a quem é filho cumpriria receber a investidura da filiação com fulcro no mero fato material de ter sido procriado pelo reconhecente”.⁸⁵⁷

O autor reconhece, porém, que o art. 362 do Código Civil é claro em condicionar a eficácia plena do reconhecimento ao consentimento do reconhecido.⁸⁵⁸

Tem-se entendido que o reconhecido não precisa fundamentar a impugnação do reconhecimento, podendo apenas manifestar sua vontade de não ser filho daquele que figura no registro de nascimento como seu pai. Mário Aguiar Moura entende possível, ainda, que mesmo tendo o filho manifestado seu consentimento no momento do reconhecimento, poderá apresentar sua impugnação, de forma motivada, e, desde que, relacionada a um dos vícios do consentimento.⁸⁵⁹

As regras de competência material e territorial são as mesmas tratadas na ação de contestação de paternidade. Da mesma forma, a impugnação ao reconhecimento é ação de estado e, assim, possui as mesmas características da ação de contestação.

2.1 *Natureza da ação*

Acreditamos que o consentimento do filho ou a sua aceitação no período que segue a maioridade ou emancipação integram o ato de reconhecimento como condição de validade e não apenas de eficácia. Isso porque, o consentimento faz parte do próprio reconhecimento, que não poderá ser considerado válido sem a manifestação do filho maior ou após o decurso do prazo de quatro anos, quando se referir a filho menor.

Assim, a ação que objetiva impugnar o reconhecimento tem, em nosso entender, natureza de ação de conhecimento declaratória, na medida em que o que se pretende com a ação é a declaração de nulidade de um ato praticado sem as exigências legais.

⁸⁵⁷ *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 163.

⁸⁵⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁵⁹ *Idem*, v. 1, p. 164.

2.2 Partes

2.2.1 Legitimação ativa

A ação deverá ser proposta, exclusivamente, pelo filho que, sendo maior, não manifestou o seu consentimento ou por aquele que, sendo menor, não aceitar o ato praticado, decidindo impugná-lo no quadriênio seguinte a sua maioridade ou emancipação. A ação é personalíssima, de modo que é privativa do filho, podendo nela prosseguir seus sucessores no caso de falecimento do autor.

Não proposta pelo filho reconhecido, com o seu falecimento não estarão seus herdeiros autorizados a promovê-la.

Mário Aguiar Moura, de forma diversa, entende que, por não possuir as mesmas restrições impostas à ação negatória, a ação de impugnação pode ser proposta por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público, em nome da sociedade.

2.2.2 Legitimação passiva

No pólo passivo deverá figurar o genitor que promoveu o reconhecimento voluntário, que se busca afastar com a ação. Poderá, no entanto, caso o genitor já tenha falecido quando o filho menor alcançar a sua maioridade, ser proposta em face dos seus herdeiros. A providência se justifica porque se o reconhecimento ocorreu quando o filho ainda era menor, não se mostra razoável afastar a possibilidade de sua impugnação na hipótese de falecimento do genitor, posto que tal exigência poderia inviabilizar o exercício do direito pelo filho.

3. Ação de anulação de registro civil

O reconhecimento da filiação, uma vez realizado pelos genitores, se expressa no registro e é irrevogável. O objetivo do reconhecimento é que reflita a verdade da filiação. É o reconhecimento ato jurídico e, para ter validade, precisa ter sido realizado por quem assim pode proceder, não pode violar a forma prevista lei, nem estar maculado por vício de vontade.

As formas pelas quais pode ser feito o reconhecimento voluntário, as suas características e as formalidades que devem revestir o ato foram tratadas no Capítulo 1 deste trabalho.

Ressaltam Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “a liberdade de agir com conhecimento das coisas é que valoriza o acto do perfilhante, e lhe dá sentido, e permite que o legislador o considere como um meio de estabelecer a relação biológica.”⁸⁶⁰

Em tais casos, na hipótese de se estar diante de incapacidade do agente, irregularidade de forma ou vício de vontade, será possível postular a anulação do registro. O que de mais usual ocorre nas ações anulatórias relativas à filiação é a situação em que um homem, acreditando ser seu filho aquele que, de fato, não é, promove voluntariamente o reconhecimento e, posteriormente, tome conhecimento da verdade. Nessa hipótese, mostra-se possível a anulação do ato por erro.

O erro, neste caso, é o erro substancial quanto à pessoa previsto no art. 139, II, do Código Civil, justamente porque se relaciona à identidade daquele a quem se refere a declaração de vontade.⁸⁶¹ Ou seja, o perfilhante crê que aquele filho foi por ele gerado e o reconhece como tal, unicamente, por essa razão.

Ressalta Mário Aguiar Moura que “só é relevante o erro sobre circunstância que tenha contribuído decisivamente para o convencimento da paternidade”.⁸⁶²

Além do erro, podem levar à anulação do registro civil, nos termos do art. 171 do Código Civil, os vícios do consentimento: dolo, coação, estado de perigo e fraude contra credores. Em nossa opinião, no entanto, tratando-se de ato que objetiva o reconhecimento da filiação, acreditamos viável a ocorrência de dolo ou de coação no reconhecimento, entendendo quase improvável que esse ato de vontade, em especial, possa ser praticado em estado de perigo ou em fraude contra credores.

De qualquer forma, acentua Mário Aguiar Moura que “na aplicação ao reconhecimento, somente a prova concludente, decisiva e incontroversa do vício de consentimento pode conduzir à anulação”.⁸⁶³

⁸⁶⁰ *Curso de direito da família*, v. 2, t. I, p. 175.

⁸⁶¹ Esclarece Silvio Rodrigues que “erro é a idéia falsa da realidade, capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse”, e adiante prossegue explicando que erro substancial “é aquele de tal importância que, se fosse conhecida a verdade, o consentimento não se externaria.”, *Direito civil*, Parte geral, v. 1, p. 187-188.

⁸⁶² *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 332. Ainda de acordo com o autor, “é necessário que o reconhecente tenha efetuado o ato, porque desconhecia circunstâncias fundamentais e se isso não conhecesse não teria feito o reconhecimento. O ter contribuído de modo decisivo é fator preponderante.

⁸⁶³ *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 332.

3.1 Ação anulatória e “adoção à brasileira”

A possibilidade de anulação do reconhecimento por erro tem sido desvirtuada em muitos casos, gerando debates sobre a possibilidade de anulação do ato nos casos de falsidade da declaração.

Na realidade, o ato de reconhecer como seu filho, alguém que se sabe não ser, é o que, usualmente, se denomina de adoção “à brasileira”. Como explica Débora Gozzo,

a adoção à brasileira ou também designada de simulada, nada mais é do que registrar como seu filho que não o é. O ‘adotante’ almeja, com esse ato, o mesmo resultado que obteria com a adoção, isto é, trazer para dentro de seu lar, na qualidade de filho, pessoa que muitas vezes lhe é estranha, sem que tenha de passar pelas etapas do processo judicial de adoção.⁸⁶⁴

Parte da doutrina aceita a anulação do reconhecimento nos casos em que o perfilhante reconhece ser seu, filho que, sabidamente, não é.⁸⁶⁵ Não concordamos com esse entendimento, pois o perfilhante não pode pretender a anulação de um ato que ele mesmo praticou, intencional e voluntariamente, em fraude à lei. Ademais, o reconhecimento, mesmo que falso, gera no reconhecido a crença do seu estado de filiação, que pode perdurar por muitos anos, atribuindo-lhe direitos e impondo-lhe deveres.

Aceitar que aquele que agiu tendo conhecimento da falsidade que praticava pode, ao seu alvedrio, promover demanda objetivando anular o ato que praticou é situação que deve ser rechaçada pelo nosso direito.⁸⁶⁶

Débora Gozzo assume posição absolutamente contrária à anulação do ato por aquele que, voluntariamente, promoveu o reconhecimento:

Este sujeito de direitos não poderá requerer em juízo a desconstituição desse vínculo de parentesco, por meio de uma ação anulatória de registro. Antes de tudo, por conta do fato de ninguém poder alegar sua própria torpeza. Depois, porque

⁸⁶⁴ “A anulação do registro na adoção ‘à brasileira’ e a dignidade do adotado”, *Revista Mestrado em Direito*, p. 14.

⁸⁶⁵ Caio Mário da Silva Pereira assim se manifesta: “Na paternidade reconhecida, o pai concede status ao filho, que o seja biologicamente. Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponda à realidade (o pai reconhece como seu um filho que o não é), o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica, em se provando a inverdade da declaração.”, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 81.

⁸⁶⁶ A conduta praticada pelo genitor, além das conseqüências nefastas que pode gerar ao reconhecido, fere o princípio da boa-fé que norteia todo o ordenamento jurídico nacional. Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta que “o genitor, pai ou mãe, em hipótese alguma pode atacar ou impugnar o próprio ato de reconhecimento. [...] Não poderá [...] impugnar indiretamente o ato de reconhecimento, ou seja, o erro ou a falsidade será do ato de registro e não do reconhecimento em si, porque poderia significar fraude à lei, uma vez que se alcançariam os mesmos efeitos vedados da revogação, *Famílias*, p. 236.

se isso for possível, aquele que tiver sido “adotado”, será prejudicado, sendo-lhe retirado o estado de filho que até então lhe era garantido e ao qual ele, pelo menos em princípio, teria direito. Ainda que esse “status” não fosse o verdadeiro no sentido biológico (paternidade-procriação). Poderia, no entanto, ser o verdadeiro, olhando-se o fato sob a perspectiva da paternidade sócio-afetiva.⁸⁶⁷

Acreditamos, assim, que o reconhecimento somente poderá ser anulado quando decorrer de erro, e não nas hipóteses em que o perflhante notadamente sabe não ser seu o filho e, mesmo assim, o reconhece como tal.

O posicionamento jurisprudencial dominante está firmado no sentido de impedir a anulação do registro de nascimento nas hipóteses de reconhecimento voluntário em que o reconhecente tem pleno conhecimento de que o filho não é seu biologicamente.⁸⁶⁸ Com essa orientação:

Declaratória de anulação de reconhecimento de paternidade. Autor, de forma intencional e voluntária, se declarou pai da ré. Ato jurídico válido e eficaz. Inexistência de vínculo biológico não tem relevância, ante o reconhecimento voluntário da ré como filha, apesar de saber que efetivamente outro era seu pai. Preservação do atributo do nome apto a sobressair. Indenização por dano moral não pode prevalecer, haja vista que o autor não é pai da ré, não obstante o reconhecimento tardio da paternidade ocorrido por mera bondade, como dissera o próprio apelante. Susceptibilidade exacerbada não é suficiente para a indenização. Demanda que corre em segredo de justiça não expõe a ré a situação vexatória. Apelo do autor provido em parte. Recurso da ré desprovido.⁸⁶⁹

Anulação de registro de nascimento. Autor reconheceu voluntariamente a ré, sabendo que não era sua filha biológica. Inexistência de erro ou coação. Validade e eficácia do ato. Alegação da própria torpeza por parte do autor não pode sobressair. Situação fática que originou em histórico de vida e condição social da apelante, que atualmente conta com 21 anos. Aspecto familiar apto a prevalecer. Arrependimento não pode configurar vício do ato jurídico. Apelo provido.⁸⁷⁰

⁸⁶⁷ A anulação do registro na adoção à brasileira e a dignidade do adotado, *Revista Mestrado em Direito*, p. 15-16. Silmara Juny Chinelato também se mostra contrária à possibilidade de ser alegado erro ou falsidade da declaração por aquele que sabe não ser seu determinado filho e, ainda assim, o registra como seu, *Comentários ao Código Civil*, v. 18, p. 119.

⁸⁶⁸ O STJ já reconheceu faltar, àquele que reconheceu filho de outrem como seu, interesse processual para promover a ação anulatória: “RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. – OFENSO NÃO FICA O ART. 267, VI, CPC, PELO ACÓRDÃO QUE AFIRMANDO IRRETRATÁVEL E IRREVOGÁVEL O ATO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO CONSIDERA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL PARA PROPOR AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO AQUELE QUE O RECONHECIMENTO FEZ – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO”. STJ, 4.^a Turma, REsp 36.980/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, não conheceram o recurso, v.u., j. 10.12.1996, DJ 24.03.1997, p. 9.020.

⁸⁶⁹ TJSP, ApCív 431.192-4/8, 7.^a Câmara de Direito Privado, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, deram provimento em parte e negaram provimento ao recurso adesivo, j. 23.04.2008, DJ 06.05.2008.

⁸⁷⁰ TJSP, ApCív 389.953-4/1, 7.^a Câmara de Direito Privado, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, deram provimento ao recurso, v.u., j. 09.04.2008, DJ 18.04.2008.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, art. 1.º da Lei 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil, sendo que para se admitir sua retificação, há que aportar aos autos prova clara e contundente da ocorrência de um dos vícios do ato jurídico, tais como coação, erro, dolo, simulação ou fraude. PRELIMINAR REJEITADA E RECURSO PROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA)⁸⁷¹

3.2 *Natureza da ação*

A ação anulatória é ação de conhecimento e tem natureza constitutiva negativa (desconstitutiva), visto que objetiva o desfazimento da relação jurídica que está estampada no registro civil. Mário Aguiar Moura ressalta que a ação de anulação visa a promover mudança do estado civil.

3.3 *Partes*

3.3.1 *Legitimação ativa*

A identificação de quem deve figurar no pólo ativo da ação anulatória está diretamente relacionada à causa de pedir, ou seja, aos fundamentos de fato que fundamentarão o pedido.

Assim, se a anulação estiver sendo pretendida com a finalidade de se reconhecer a incapacidade daquele que realizou o reconhecimento, poderão figurar no pólo ativo o próprio incapaz ou seu representante legal. Se, eventualmente, o pleito anulatório decorrer de vício de forma, poderá figurar como autor todo e qualquer interessado.⁸⁷²

Se a ação objetivar a anulação por vício do consentimento, a legitimidade ativa será tanto daquele que praticou o reconhecimento maculado, quanto de todos os demais interessados. Mário Aguiar Moura assim esclarece:

Tendo em vista o fundamento da ação de que ora tratamos, a falsidade do reconhecimento-confissão, isto é, a falta de identidade entre o declarado no Registro Civil e a realidade, cujo efeito é a nulidade, a legitimidade ativa abre-se para beneficiar o reconhecente, o reconhecido, qualquer interessado e o Ministério Público.

⁸⁷¹ TJRS, ApCív 7002377741, 7.ª Câm. Cív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 27.08.2008, DJ 03.09.2008.

⁸⁷² Cf. Mário Aguiar Moura, *Tratado prático da filiação*, v. 1, p. 336.

A ampla legitimidade na ação que objetiva anular o ato de reconhecimento da filiação também tem sido proclamada pela jurisprudência. Veja-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL – ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. I – Não se cuidando no caso de ação negatória de paternidade e sim de ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por comprovada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados. II – Recurso conhecido e provido.⁸⁷³

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO PATERNO. LEGITIMIDADE. INTERESSADOS. A anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no art. 348 do Código Civil, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade. Precedentes. Recurso conhecido e provido.⁸⁷⁴

REGISTRO CIVIL. Falsidade. Ação de nulidade. Legitimidade ativa. Irmãos do falecido declarante da paternidade. Os irmãos daquele que prestou declarações falsas ao registro civil, atribuindo-se a paternidade da criança, têm legitimidade para a ação de nulidade. Precedentes. Recurso conhecido e provido.⁸⁷⁵

3.3.2 *Legitimação passiva*

A ação anulatória deverá ser proposta em face do filho reconhecido. Afinal, se a demanda objetiva a desconstituição do reconhecimento deve ser proposta em face daquele que se beneficiou com o ato. Acresça-se, ainda, a possibilidade de a ação ser proposta em face daquele que realizou o reconhecimento, em litisconsórcio passivo necessário e unitário. Essa situação se verificará sempre que a ação de anulação for proposta por qualquer dos interessados, autorizados por lei, a postular a desconstituição do ato.

⁸⁷³ STJ, 3.^a Turma, REsp 140.579-AC, rel. Min. Waldemar Zveiter, deram provimento, v.u., j. 18.08.1998, *DJ* 03.11.1998, p. 127.

⁸⁷⁴ STJ, 4.^a Turma, REsp 257.119-MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, deram provimento, v.u., j. 20.02.2001, *DJ* 02.04.2001, p. 298.

⁸⁷⁵ STJ, 4.^a Turma, REsp 434.759-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, deram provimento, v.u., j. 17.09.2002, *DJ* 10.02.2003, p. 221.

CONCLUSÃO

A pesquisa científica que desenvolvemos sobre o direito de filiação teve como objetivo realizar uma abordagem aprofundada dos aspectos processuais mais relevantes nas ações que visam ao estabelecimento e à impugnação da filiação, em especial da ação de investigação de paternidade.

Para tanto, levamos em conta a evolução histórica do instituto da filiação, partindo-se de suas origens no direito romano para atestar a origem de alguns institutos, como a presunção de paternidade, ainda existente em nosso ordenamento, até o tratamento dispensado à matéria pela Constituição e pelo Código Civil vigente.

Analisamos os autores de maior relevância na doutrina civilista e processualista nacional, além de doutrinadores estrangeiros, procurando demonstrar que a evolução do direito de família e, conseqüentemente, do direito de filiação, não decorre de um movimento exclusivamente nacional.

Pudemos notar que o conceito de filiação tem se alterado, paulatinamente, acompanhando a evolução do direito de família, que é o reflexo das modificações sociais e dos anseios pessoais dos seus integrantes. O afeto e a realização pessoal são, atualmente, a justificativa para a manutenção do grupo familiar.

A filiação, que esteve, durante longo período, diretamente relacionada aos laços criados entre pais e filhos em decorrência do casamento dos genitores, passou a ser compreendida como uma relação fincada no amor e no afeto, que pode existir independentemente dos laços de sangue. E os filhos, que durante longas décadas foram tratados de forma desigual, passaram a receber o mesmo igualitário tratamento.

A Constituição de 1988 valorizou a igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5.º, I), introduziu a absoluta isonomia de tratamento dispensado a todos e quaisquer filhos, reconheceu outras formas de união como entidades familiares, além daquela decorrente do casamento, e a

todos dispensou a mesma proteção do Estado. Reconheceu que a família precisa ser tutelada enquanto campo de desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Além da mudança da “família”, o direito de filiação sofreu importante impacto com a evolução da engenharia genética e com os avanços da pesquisa do DNA, que permitiram tanto o desenvolvimento das técnicas de procriação artificial quanto o alcance da verdade real da filiação biológica.

Ao mesmo tempo em que, por um lado, se consagrou a paternidade biológica, por outro, passou a ser possível constatar que a identidade genética não impõe vínculo familiar e que é o afeto o elemento primordial para o estabelecimento da filiação.

Os filhos matrimoniais ou extramatrimoniais não recebem, na atualidade, qualquer tratamento diferenciado. A única distinção se refere à forma de estabelecimento da paternidade, posto que os matrimoniais estão acobertados pela presunção de paternidade, ao passo que os extramatrimoniais dependem de reconhecimento voluntário ou judicial para o estabelecimento do seu estado de filho.

As ações que visam ao estabelecimento e à impugnação da filiação são ações de estado, que objetivam o accertamento do estado das pessoas, assim entendido como um dos atributos dos direitos da personalidade.

Em razão da grandiosidade dos interesses em jogo, tais ações são personalíssimas, envolvem interesse público, tratam de direito indisponível, e são, em regra, imprescritíveis. Por serem regidas pelo princípio inquisitivo, que se contrapõe ao princípio dispositivo, a atividade jurisdicional tende ao estabelecimento da verdade material (real) e disso resulta aumento de poderes e participação ativa do órgão jurisdicional na investigação dos fatos e na colheita das provas. E as decisões de mérito proferidas nessas ações, graças à importância de definirem o *status*, precisam valer para todos, justamente porque o estado está ligado de tal forma à personalidade que ninguém pode ter um estado para alguns e outro estado, para outros.

Para que as decisões possam valer perante todos, nas ações de estado, devem ser citados, em litisconsórcio necessário, todos os interessados que, na realidade, são partes porque o direito debatido nessas ações lhes diz respeito.

A coisa julgada nessas ações se opera da mesma forma que nas demais, mas a peculiaridade que se verifica nas ações relativas à filiação é que tem o condão de estabelecer, criar, alterar ou extinguir o vínculo entre pais e filhos. Por serem ações de estado, os valores mais intrínsecos da pessoa humana estão sendo discutidos, e a decisão transitada em julgado pode cristalizar uma situação jurídica que, não necessariamente, corresponda à realidade fática.

Apresentamos, então, as teorias que se formaram na doutrina e jurisprudência e que procuram questionar se a decisão proferida em tais ações adquire, realmente, a imutabilidade de coisa julgada material de modo que esteja, absoluta e definitivamente, impedida a sua *rediscussão* futura. Como pudemos perceber, ainda que os argumentos sejam diversos, o objetivo de todas as teorias é o mesmo, qual seja, o de permitir a maior aproximação possível entre a decisão proferida no processo e a realidade da vida dos envolvidos.

A ação de investigação de paternidade, que durante muito tempo teve limitadas suas hipóteses de cabimento de forma a restringir, ao máximo, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, na atualidade, não sofre mais qualquer restrição, e o sistema de causas livres é o adotado.

As ações de contestação de paternidade, de impugnação ao reconhecimento e de anulação do registro civil, do mesmo modo como se verifica na investigatória, são analisadas sempre com os olhos voltados à dignidade humana dos envolvidos.

A produção das provas nessas ações tem como objetivo ou a descoberta da verdade biológica para aqueles que possuem uma lacuna no registro de nascimento, ou o reconhecimento da verdade socioafetiva, que em muitos casos, prepondera sobre os laços de sangue. E a realização da perícia consistente na análise do DNA dos envolvidos permite alcançar, em quase todos os casos, a verdade verdadeira tão buscada no processo civil.

Acreditamos na conclusão de que a preocupação com a denominada *divinização* do DNA não se justifica porque tal prova tem apenas o condão de certificar, com muita precisão, a realidade biológica, suprindo lacunas nas vidas de muitos filhos, mas não se presta nem a declarar a verdadeira paternidade, nem a afastar a paternidade socioafetiva que já exista. A relação paternidade-maternidade-filiação é uma relação que se constrói, e a investigação da ascendência biológica não é elemento suficiente para afastá-la ou para diminuir a sua importância.

Do estudo realizado, podemos extrair que os instrumentos processuais disponíveis no nosso ordenamento contemplam as situações atualmente vivenciadas no que se refere à filiação, e oferecem soluções para que se aproxime, ao máximo, a verdade verdadeira, só conhecida das partes, da verdade alcançada no processo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 2, jul.-set., 1999.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.
- _____. _____. 2. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2.
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- AMAR, Marcelo J. Ayush; AMAR, Ayush Morad. *Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico-legais do DNA*. São Paulo: Ícone, 1991.
- AMARAL, Francisco. As fontes romanas no novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 103.
- AMORIM, Sebastião Luiz. Medidas cautelares em questão de família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, p. 725.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000. v. 2: arts. 154-269.
- _____. Desistência da ação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 324, p. 45.
- _____. *Sentença e coisa julgada*. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.
- ARENHART, Sérgio; Marinoni, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- _____. *Manual de direito processual civil. Processo de conhecimento*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.
- _____; ALVIM, Thereza. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da et al. (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Do direito de família: arts. 1.511 a 1.638. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14.
- ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Um novo conceito de família – Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenação e compilação). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 328, p. 69.
- ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Cumulação de ações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Da execução de alimentos e prisão civil do devedor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual: o comportamento das partes posterior a celebração; interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva; impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e de duas medidas (*tu quoque*); efeitos do contrato e sinalagma; a assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. Parecer. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 96, n. 351.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

- BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1: arts. 1.º a 153.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. O direito de família no projeto de Código Civil: considerações sobre o "direito pessoal". *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 11, out.-dez., 2001.
- BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai: a fraternidade no tribunal e na vida*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937. v. 2.
- _____. *Direito de família*. 3. ed. Recife, 1908.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- _____. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- _____. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. Rio de Janeiro: Alba, 1961. v. 1: cap. I a XVII; v. 2: cap. XVIII a XXVIII.
- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: família I e II*. 9. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Perrot, 1993.
- BORGHEZAN, Miguel. O termo inicial dos alimentos e a concreta defesa da vida na ação de investigação de paternidade. *Repertório IOB de jurisprudência*, São Paulo, n. 3/18048, 2001.
- BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. actual. 1.ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005.

- BOWLBY, John. *Separação: angústia e raiva*. São Paulo: Martins Fontes, 1984. 2 v.
- BRITO, Leila Maria Torraca. *Paternidades contestadas: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. 1.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- _____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAHALI, Francisco José. Dos alimentos. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil. Direito das sucessões*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Prefácio Michele Taruffo.)
- CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenação e compilação). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPELO, Maria José de Oliveira. *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CIGAGNA JÚNIOR, Dilermando. Investigação de paternidade: provas – DNA – recusa ao exame. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 58, p. 112-116, 2000.

- CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- _____. *Lições de direito civil*. São Paulo: Bushatsky/Universidade de São Paulo, 1972.
- CHIERI, Primarosa; ZANNONI, Eduardo A. *Pruba del ADN*. 2. ed. actual. y amp. 1.ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- CHINELATO, Silmara Juny. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18: arts. 1.591 a 1.710.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio do original italiano *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1 e 2.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4: arts. 332 a 475.
- _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*. Direito da filiação. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v. 2, t. I, Estabelecimento da filiação adoção.
- COLTRO, Antonio Carlos Mathias. O termo inicial dos alimentos e a ação de investigação de paternidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 6, p. 50-60, 2000.
- _____. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Do direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14.
- CORTES, Hélio Armond Werneck. Revelia, confissão e transigência (relativamente aos direitos indisponíveis no Código de Processo Civil vigente). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 251, p. 148.
- CORTIANO JR., Eroulths. O direito de família no projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.
- COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7. ed. rev. e atual. por Gustavo Lanat Pedreira de Cerqueira. São Paulo: LTr, 2002.
- COSTA, José Rubens. Direito indisponível à verdade histórica – Exame compulsório de DNA. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 357, p. 99.

- COSTA, Moacyr Lobo da. Rescisória por descoberta de documento novo. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. Segredo de Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 284, p. 57-62, 1983.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. *Programa de direito civil: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Declaração e investigação de paternidade*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.
- DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2008.
- _____. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal: manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. Irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 13 maio 2008.
- _____. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____; MAZZEI, Rodrigo. *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1, 2 e 3.
- _____. *Litisconsórcio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Relativizar a coisa julgada material. *RePro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 109, p. 9.

- _____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.
- FABRÍCIO, Adroldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.
- _____. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- _____. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação e investigação da paternidade extra-matrimonial: comentário à Lei 8.560/92*. Curitiba: Genesis, 1995.
- FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas *versus* famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Investigação de paternidade – Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 13, abr.-jun. 2002.
- FERNANDES, Thycho Barhe. Do termo inicial dos alimentos na ação de investigação de paternidade. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 694, p. 268-270.

FERREIRA, Luís Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Inventário, partilha e ações de herança*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil* (comentários e manual de consulta rápida com resumo das principais questões artigo por artigo). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO, Zicarelli. *Investigação da paternidade natural* (doutrina – jurisprudência – prática). 2. ed. Curitiba: Guairá, 1949.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 13, abr.-jun. 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GAMA, Affonso Dionysio. *Das ações prejudiciais* (theoria e pratica). São Paulo: Saraiva, 1928.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.,...:,.

GARCIA, Manuel Albaladejo. *El reconocimiento de la filiacion natural*. Barcelona: Bosch – Urgel, 51 bis., 1954.

GIANNICO, Maricé. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Theotônio Negrão, coordenação José Roberto F. Gouvêa.)

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Sucessões*. 12. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 1 e 2.
- GOMES, Roberto de Almeida Borges. Aspectos gerais de investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.
- _____. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.
- GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, n. 5, 2005.
- _____. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade. *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Edifício, 2006.
- _____. et al. (Coord.). *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2: Atos processuais a recursos e processos nos tribunais.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Do litisconsórcio necessário nas ações de estado*. São Paulo, 1986. Tese (Mestrado de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil*. Direito das sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.
- Krasnow, Adriana Noemi. *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad: acciones de filiación: procreación asistida*. Dirigido por Marcelo R. Lascano. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- LACERDA, Galeno. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1: Ações de paternidade (casos selecionados).
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.
- _____. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6.
- _____. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.
- _____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XXI: Do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027).
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1 a 3.
- LIMA, Alcides de Mendonça. A prescribibilidade da ação investigatória de filiação natural. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 152, p. 479-487, 1950.

- LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 13, abr.-jun. 2002.
- LIRA, Ricardo C. Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 24, jun.-jul., 2004.
- _____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord.). *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOTUFO, Renan. Paternidade: Questões pertinentes à investigação e à negação de paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 11, out.-dez., 2001.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 764, 1999.
- Marques, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1 a 5.
- _____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.
- MARTINS, Samir José Caetano. A recusa do filho natural ao reconhecimento voluntário da paternidade. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 163-173, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MATTOS FILHO, João Lélío Peake de. Investigação de paternidade com suposto pai falecido – Atualização médico-pericial – Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame do DNA – Possibilidades e limitações. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 720, p. 359-364.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEDINA, José Miguel Garcia; Wambier, Luiz Rodrigues; Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1968. (Parte geral – Direito de família – Direito das coisas – Direito das obrigações – Direito das sucessões.)

- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. 1. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- MOLINA, Maria Susana Quicios Molina. *Determinación de la filiación no matrimonial por lo reconocimiento*. Barcelona: Bosch, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 33. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.
- _____. *Curso de direito civil: parte geral*. 30. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1987 – 1991. v. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 343, p. 157.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 5, arts. 476 a 565.
- _____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 377, p. 43.
- MOURA, Mário Aguiar. *Tratado prático da filiação*. Porto Alegre: Síntese, 1979. v. 1, 2 e 3.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.
- _____. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- NERY JR., Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 375, p. 141.
- _____; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____; _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizada até 10.03.1999*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; _____. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1.º de outubro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. *Código Civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Ação de investigação da paternidade*. São Paulo: Saraiva, 1986.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Carência da ação e efeito devolutivo da apelação. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Impugnabilidade da perfilhação. *Temas de direito da família*. 2. ed. aum. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. O direito da filiação na jurisprudência recente. *Temas de direito da família*. 2. ed. aum. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas. *Temas de direito da família*. 2. ed. aum. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. Sobre a verdade e a ficção no Direito da Família. *Temas de direito da família*. 2. ed. aum. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____; COELHO, Francisco Pereira. *Curso de direito de família: direito da filiação. Estabelecimento da filiação adoção*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v. 2, t. I.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *A nova Lei de Investigação de Paternidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

PAINI, Reynaldo José Castilho. *Reconhecimento de paternidade e união estável*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3, arts. 270 a 331.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 6.
- _____. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- _____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 6. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito de família*. Brasília: Senado Federal, 2004. (Ed. Fac-similar de 1889.)
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil anotado*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira, com a colaboração de Cesar Augusto Fuiza et al. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- _____. Pai, por que me abandonaste? In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 Anos: Reflexões para o Futuro*. Parte integrante de *Veja* Edição 1.306.
- PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 55.)

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. t. IV.
- _____. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.
- _____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. V e IX.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PORTUGAL, Sylvio. *Investigação de paternidade*. São Paulo: Secção de Obras D' "o Estado de São Paulo", 1926.
- PRUNES, Lourenço Mario. *Investigação de paternidade*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.
- RÁO, Vicente. *Direito de família dos Soviets*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1931.
- RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. *Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 3, out.-dez. 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 13, abr.-jun. 2002.
- RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 2002. v. 6.
- _____. *Direito civil*. Direito de família. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988-1993. v. 6.
- _____. *Direito civil*. Parte geral, de acordo com o novo Código Civil. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- RUIZ, Cristóbal Francisco Fábrega. *Biología y filiación*. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida. Granada: Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, 1999.

- SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.
- SALVADOR, Antonio Raphael Silva. Ministério Público: intervenção. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 627, p. 264.
- SAMARA, Eni de Mesquita. *A família brasileira*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. (Coleção Tudo é história, 71.)
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3.
- _____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 5.
- Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1 e 2.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4. ed., 7. tir. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 3.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Direitos da pessoa e direitos da personalidade ou estado da pessoa, direito de estado, direito ao estado e direitos da personalidade. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 719, p. 36.
- Scarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Schlüter, Wilfried. *Código Civil alemão, direito de família*. Tradução da 9. ed. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1.
- SILVA, Clóvis do Couto e. Direito material e processual em tempo de prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 251, p. 32.
- SILVA, José Luiz Mônaco da. *Reconhecimento de paternidade*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.
- SILVA, Tomás Oliveira e. *Filiação: Constituição e extinção do respectivo vínculo*. Coimbra: Almedina, 1989.

- SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenação e compilação). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e nulidades em processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenação e compilação). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 294, p. 9.
- _____. A preclusão no processo civil. *Revista Jurídica*, n. 273, p. 5.
- _____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. As nulidades no Código de Processo Civil. *RePro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p. 5.
- _____. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1. v.
- _____. *Direito de família*. v. 2, Família natural.
- VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões*. Coordenação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21 (arts. 1.857 a 2.027).
- _____. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. Investigação de paternidade: um caso em que a recusa ao exame de DNA não presume a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 14, jul.-set. 2002.

- _____. Negatória de paternidade – Vício de consentimento. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 3, out.-dez. 1999.
- _____. *União estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência*. Belém: Ministério Público do Estado do Pará; Cejup, 1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Da guarda, da tutela e da adoção*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VIEGAS, João Francisco Moreira. Reconhecimento de paternidade. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 699, p. 13.
- VILLELA, João Baptista. Artigo 1.601. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 22 ago. 2008.
- _____. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 271, p. 45.
- _____. Família hoje. *A nova família: problemas e perspectivas*. Jacques Comaille...[et al.]. Organizador: Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 2, jul.-set. 1999.
- _____. O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8.560/92. *Repertório IOB de jurisprudência*, 04/93.
- WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com referências ao Projeto de Código Civil, com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Profa. Priscila. M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; _____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, II*: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tullio Liebman, v. 16.)

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____. *Filiação biológica e socioafetiva: igualdade*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 14, jul.-set. 2002.

_____. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999. t. I.

_____. *Investigação de paternidade: legitimidade passiva na ação*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n. 2, jul.-set. 1999.

ZANNONI, Eduardo A.; BOSSERT, Gustavo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. actual., 1. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZANNONI, Eduardo A.; CHIERI, Primarosa. *Prueba del ADN*. 2. ed. actual. y ampl. 1. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZAPATER, Mónica Guzmán. *El derecho a la investigación de la paternidad* (en el proceso con elemento extranjero). 1. ed. Madrid: Civitas, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação rescisória em matéria constitucional*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)