

ARTIGO: LEGITIMIDADE ATIVA PARA A AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE *POST MORTEM*

Carlos Roberto Pegoretti Júnior¹

RESUMO: Ação Negatória de Paternidade. Legitimidade Ativa. Artigos 1.601 e 1.604, do Código Civil. Modernidade dos exames laboratoriais de aferição de paternidade. Direito de contestar a paternidade estendido aos demais familiares que demonstrem interesse. Busca da verdade real. Adequação da realidade registral ao mundo dos fatos. Imprescritibilidade. Sentença de conteúdo desconstitutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Negatória de Paternidade *Post Mortem*. Direito de contestar pertencente ao pai registral. Legitimidade ativa estendida aos demais familiares interessados.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procurador do Município de Diadema/SP. E-mail do autor: carlospegoretti@ig.com.br.

1 Introdução

O presente estudo analisa os artigos 1.601, do Código Civil, que garante ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua esposa.

Diante da realidade familiar atual, em que há muitas famílias formadas sem o vínculo matrimonial, é razoável interpretar-se o dispositivo em tela de forma extensiva, conferindo a todo aquele que tenha registrado filho o direito de contestar a paternidade.

Tal direito também se coaduna à modernidade técnica na realização de exames biomédicos, que permitem a busca da verdade real no que se refere à investigação de paternidade.

Pretende-se analisar o direito de todo pai de contestar a paternidade, assim como de outros interessados para pleitear judicialmente a negatória de paternidade e a desconstituição do vínculo de parentesco.

A legitimidade ativa dos demais interessados em contestar a paternidade e buscar a alteração do assento de nascimento encontra fundamento também no artigo 1.604, do Código Civil.

A presente análise dos aspectos teóricos e práticos da legitimidade ativa na ação negatória de paternidade *post mortem* visa facilitar a atuação do operador do direito no dia-dia.

2 Filiação

Denomina-se filiação a relação jurídica entre filho e seus pais, traduzindo-se na maternidade e na paternidade.

Nosso ordenamento jurídico admite a ocorrência da filiação por dois modos: pela presunção *pater is est* (presunção legal de paternidade), que decorre do casamento, e pelo reconhecimento, que é feito nos casos de filhos havidos fora do casamento. Nesta hipótese, há duas formas de reconhecimento: a) voluntário: ocorre quando a pessoa espontaneamente assume a paternidade. Este tipo de reconhecimento pode ser feito das seguintes maneiras: registro de nascimento; escritura pública ou escrito particular; testamento, ainda que manifestado incidentalmente; manifestação direta perante o juiz (art. 1.609 do CC). Existe ainda o reconhecimento voluntário, porém não espontâneo, previsto no art. 2º da Lei 8.560/92; b) judicial: ocorre por meio de ação de investigação de paternidade, proposta pelo menor ou pelo Ministério Público.

3 Ação Negatória de Paternidade

O artigo 1.601, do Código Civil, assim dispõe:

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

No Direito Brasileiro presume-se a paternidade dos filhos havidos no casamento. Assim, a ação negatória de paternidade é admitida para afastar essa presunção imposta pela lei.

A letra do Código Civil protege tão somente os filhos havidos no casamento. Contudo, o STJ já se pronunciou no sentido de ser possível que essa presunção se estenda aos filhos nascidos durante a constância da união estável.

A presunção legal está estampada nos seguintes dispositivos do Código Civil: art. 1.597 (os nascidos 180 dias após a convivência familiar ou 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, etc.); art. 1599 (não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para se afastar a presunção); art. 1602 (não basta a mulher confessar que o filho não é de seu marido). Assim, ainda que a mulher tenha confessado que traiu seu marido, ou confessado que o filho não é de seu esposo, a presunção de paternidade não se afasta.

Portanto, o meio jurídico de se afastar essa presunção relativa será através da ação negatória de paternidade, sendo esta imprescritível.

Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, obtida no site: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Terceiros-interessados-podem-pedir-anula%C3%A7%C3%A3o-de-registro-de-nascimento-por-falsidade-ideol%C3%B3gica, considerou-se que a ação própria para a desconstituição da paternidade seria a anulatória de registro civil, quando não figurar no polo ativo o pai registral.

Na aludida demanda, o pedido consistiu na declaração de inexistência de filiação por falsidade ideológica no registro de nascimento.

Neste julgamento, o STJ firmou entendimento que a ação prevista no artigo 1.601, do Código Civil é mesmo personalíssima do pai registral, ao passo que a ação anulatória de registro civil poderia ser intentada por outros familiares.

O fundamento invocado da legitimação ativa no presente caso foi o artigo 1.604 do mesmo código, que prevê a possibilidade de, provando-se falsidade ou erro no assento do registro civil, reivindicar-se estado contrário ao que resulta desse registro, por meio de ação de anulação.

Deste modo, o interesse dos familiares está assentado na repercussão da retificação pretendida no que se refere ao patrimônio deixado pelo falecido.

4 Legitimidade ativa

A leitura do artigo 1.601, do Código Civil permite concluir que a legitimidade ativa para propor a ação negatória de paternidade é privativa do pai presumido.

Entretanto, os pais não presumidos também podem ingressar com tal demanda, como vem decidindo os tribunais.

FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE POST MORTEM AJUIZADA POR AVÓ PATERNA VISANDO DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA E ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - POSSIBILIDADE - INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADO - SENTENÇA CASSADA.

1. MOSTRA-SE JURIDICAMENTE POSSÍVEL PRETENSÃO DE AVÓ PATERNA VISANDO DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA E A CONSEQÜENTE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DE NETO, APÓS O ÓBITO DO GENITOR DESTA E FILHO DAQUELA. AFINAL, POUCO IMPORTA A DENOMINAÇÃO AO FEITO DADO PELA PARTE QUANDO DA NARRAÇÃO DOS FATOS E NO PEDIDO ESTEJAM PREENCHIDAS AS CONDIÇÕES DA AÇÃO.

2. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL CASSADA PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, CONHECER E DAR

PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME (AC 20060110308562 DF, 2ª Turma Cível, Relator(a) J.J. COSTA CARVALHO, DJU 17/10/2006 Pág. 86)

A legitimidade ativa para o ajuizamento do pedido não deve, pois, ser compreendida restritivamente, com a conferência deste direito somente ao pai registral, já que o espírito do dispositivo legal do artigo 1601, do Código Civil, é a busca da verdade real.

Em sendo assim, a verdade real pode ser buscada ainda que por aqueles que indiretamente sejam interessados pela adequação da realidade registral como o mundo dos fatos.

Pensemos na hipótese do sujeito que falece deixando bem a inventariar e um filho recentemente registrado, sem vínculo entre o falecido e a mãe da criança.

Não parece justo negar aos pais do falecido o direito de contestar a paternidade, buscando adequar a realidade ao registro.

Deste modo, aos pais do falecido confere-se também o direito de ajuizamento da ação negatória de paternidade, com o objetivo de desconstituir o assento de nascimento. E, na hipótese de procedência da demanda, os genitores passariam ao posto de herdeiros legais do falecido, em substituição ao lugar outrora ocupado pelo filho, que, agora, sabe-se não ser biologicamente do falecido.

Entendimento diverso acabaria por comprometer a busca da verdade real, porém, vale a pena aqui considerar os argumentos contrários.

Hoje se entende a paternidade de forma mais complexa, prestigiando o pai de fato em detrimento do pai biológico que não acompanhou a criação do filho.

Nesse sentido, levando em conta a vontade daquele que registrou a criança, não seria possível cancelar o registro de nascimento, ainda que comprovada a inexistência de vínculo biológico entre o falecido e o filho registrado.

Pesa em favor destes o suscitado direito da criança de possuir em seu registro o nome do pai, e sua supressão poderia revelar ofensa aos direitos personalíssimos desta criança.

Tem-se aqui, portanto, um conflito de direitos, sendo de um lado o direito da criança de ter em seu registro o nome daquele que espontaneamente a registrou, e de outro lado o direito à busca da verdade real, adequando o documento à realidade.

Pensamos que a busca da verdade real neste caso deve ser prestigiada pelo Direito, que é usado como meio de pacificação social.

Haveria, ainda, uma outra possibilidade jurídica de questionamento de vínculo de parentesco.

Pensemos naquele mesmo exemplo dos genitores do falecido que descobrem que a criança registrada pelo filho não é de fato filha biológica dele.

Estes avós, além do direito de terem o nome do filho excluído do assento de nascimento da criança, possuem o direito de terem seus nomes excluídos do registro, já que não são avós biológicos desta criança.

Então, se a eles é assegurado o direito de excluírem o vínculo de parentesco com a criança, tirando-a da linha sucessória, pensamos ser justo o direito de

também retirarem do assento de nascimento o nome do pai, porque pai biológico comprovou-se não ser.

Concluindo a exposição a partir do exemplo, pode-se verificar que, ainda que se entenda que a legitimidade ativa pertença tão somente ao pai que registrou para contestar a paternidade, não haveria como negar aos avós igual direito de contestar o vínculo de parentesco, por iguais motivos.

5 Legitimidade passiva

O polo passivo da ação negatória de paternidade será ocupado pelo filho, e, sendo menor, será representado nos termos da lei.

6 Natureza Jurídica da sentença

Antes de discorrer acerca da sentença proferida em ação negatória de paternidade, é oportuno tratar de outros aspectos processuais pertinentes.

A ação deve tramitar pelo rito ordinário, e o pedido consistirá na desconstituição da paternidade, com a retirada do nome do genitor do assento de nascimento do filho.

As sentenças dividem-se em: meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. A ação negatória de paternidade pode ser considerada como uma sentença de conteúdo desconstitutivo, pois visa extinguir a relação jurídica de filiação estabelecida entre o filho e o contestante. As ações constitutivas operam

efeito "*ex nunc*", retroagindo somente até a data da sentença, restando válida toda a relação jurídica estabelecida até a data da criação, modificação ou extinção dessa mesma relação.

7 Prescrição

Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da paternidade real, que permite a busca da verdadeira paternidade, estando fundamentado no artigo 1.601, do Código Civil.

Deste modo, tem-se a imprescritibilidade deste tipo de demanda.

É certo que, com o aprimoramento das técnicas de pesquisas laboratoriais, passou a ser permitido, através de exames periciais, a investigação e a contestação da paternidade registral.

Portanto, o ordenamento jurídico adequou-se à realidade social, em que se faz necessário disponibilizar ao interessado a possibilidade de acesso a tais exames, e, através de tais métodos, pleitear a adequação dos resultados laboratoriais aos documentos do investigado.

8 Considerações Finais

O tema exposto no presente estudo reuniu elementos teóricos e práticos acerca da legitimidade ativa para a ação negatória de paternidade.

Trata-se de um breve estudo sobre a abrangência dos artigos 1.601 e 1.604, do Código Civil, que prevêm o direito de contestação da paternidade.

Diante das modernas técnicas laboratoriais para investigação da paternidade hoje existentes, mostra-se facilitado a pesquisa genética para a busca da informação acerca da comprovação da paternidade.

Portanto, não só ao pai casado resta o direito de contestar a paternidade, sendo tal direito estendido a todos os familiares que demonstrem interesse neste tipo de demanda.

Conclui-se que a busca da verdade real está acima de qualquer outro interesse, não sendo plausível aceitar a possibilidade de permanência do nome de um pai registral quando a paternidade não está comprovada.

9 Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

Código Civil. Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 23/09/2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Tavares da Silva, Regina Beatriz. Código Civil Comentado. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Terceiros-interessados-podem-pedir-anula%C3%A7%C3%A3o-de-registro-de-nascimento-por-falsidade-ideol%C3%B3gica