

EM BUSCA DA FILIAÇÃO REAL

ELIANA MARIA PAVAN DE OLIVEIRA

Advogada

Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil

Mestre em Direito Privado

*Professora e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no
UNIARAXÁ*

Resumo

Com o avanço da medicina refletiu positivamente no Direito de Família, especialmente em ações que versem sobre paternidade. As novidades tecnológicas permitem a averiguação, com certeza salutar, da origem genética do investigante, em comparação com os marcadores de sua mãe e do investigado. A realização do exame de DNA vem corroborar com o processo judicial que envolva as questões de busca da filiação real. Sua recusa enseja reflexos legais e jurisprudenciais. Há correntes jurisprudenciais que entendem que basta o exame hematológico para comprovar a paternidade real. No entanto, não se pode sacralizar o exame pericial, a produção de outras provas deve ocorrer sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. A apuração da filiação real o interessado poderá promover as ações: negatória de paternidade ou anulatória de registro civil. Optando por uma delas conforme o caso concreto.

Palavras-chave: Registro Público, Anulação, Paternidade, Ação Negatória, Exame Pericial.

Abstract

With the advance of the medicine it reflected positively in the Family law, especially in actions that turn on paternity. The technological new features allow the ascertainment, with certainty to salutar, of the genetic origin of the seeking one, in comparison with the markers of its mother and of the investigated one. The accomplishment of the DNA examination comes to corroborate with the action at law that involves the questions of search of the real filiation. Its refusal trics reflected legal and jurisprudenciais. It has jurisprudenciais chains that they understand that is enough the hematológico examination to prove the real paternity. However, if it cannot sacralizar the expert examination, the production of other tests must occur whenever to present itself essential to the good accomplishment of justice. To the verification of the real filiation the interested party will be able to promote the actions: negatory of nullifying paternity or of civil register. Opting to the one of them as case concrete.

Key-words: Public register, Cancellation, Paternity, Action to repeal claim for casement, Expert examination.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Da valoração do exame genético – 2. Da recusa à sujeição da perícia – 2.1 Inaproveitabilidade da recusa em submeter-se à perícia – 3. Direito indisponível – 4. Do vício de consentimento na declaração registral – 5. Breve distinção entre ação anulatória de paternidade e ação de anulação de registro de nascimento 6 – Anulação do assento pelo pai registral – Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Das demandas que transitam pelo Poder Judiciário, no âmbito do Direito de Família, talvez seja a investigatória de paternidade a que sempre apresentou maiores dificuldades no campo probatório, sendo, por outro lado, a que mais se beneficiou com a evolução ocorrida a partir da descoberta dos identificadores genéticos, que colaboram para a identificação das relações de parentesco.

Esse avanço no âmbito da Medicina refletiu positivamente perante o Direito, sobretudo no Direito de Família. No que concerne à prova em ações filiatórias (ação de investigação de paternidade e ação negatória de paternidade) as novidades tecnológicas permitem a averiguação, com certeza salutar, da origem genética do investigante, em comparação com os marcadores de sua mãe e do investigado. O exame pericial, conhecido como Sistema DNA, por exemplo, desde que apareceu, tem resolvido lides em processos de apuração de paternidade, para os quais, até pouco tempo, as decisões judiciais eram contestadas e, se ratificadas em Segunda Instância, mesmo assim, traziam inconformação do condenado.

Um estudo pertinente é de relevância. Essa espécie de exame reflete juridicamente no julgamento das ações investigatórias. A realização do exame de DNA vem corroborar processo judicial que envolva as questões de busca da filiação real. Sua recusa enseja reflexos legais e jurisprudenciais.

De outra parte, importa ater-se as espécies de ação a ser impetrada, ao menos as mais comuns nos Tribunais: negatória de paternidade e anulação de registro civil.

1 A RELEVÂNCIA DO EXAME HEMATOLÓGICO DE DNA

Até o avanço científico a paternidade era um verdadeiro enigma, um fato que não podia ser provado com certeza absoluta.

Com a invenção do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) um avanço notável adveio, inclusive no âmbito do jurídico, permitindo tanto a inclusão quanto a exclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,9999%. Desde 1988, introduzidos pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais, realizam-se, no Brasil, testes genéticos pelo exame direto do DNA.¹

¹ VELOZO, Zeno. *A Família na Travessia do Milênio* - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, do IBDFAM, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 191/200.

Decisões judiciais vêm sendo conduzidas no sentido de a perícia genética ser ordenada de ofício pelo juiz, que atua em faixa própria de discricionaridade probatória, não dependendo da iniciativa dos litigantes.

No AI 594.064.735, da 7ª CC do TRS, julgado em 17/09/94, foi Relator o Des. Waldemar L. de Freitas Filho, com esta ementa:

PROVA PERICIAL - LIBERDADE DE DETERMINAÇÃO – “Ainda que o Juiz não tenha determinado a perícia hematológica no despacho saneador, pode reabrir, posteriormente, e determinar a realização desta prova, pois esta atitude está dentro das atribuições que lhe cabem como juiz, que é quem tem de decidir. DNA - O DNA fornece prova de certeza em 99,99% dos casos em que se afirma a paternidade e 100% nos em que se nega.” Acórdão inserto no 3º volume do livro Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais, ed. Revista dos Tribunais, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini., p.528. Foi esta a mesma linha de conclusão do STJ, no Recurso Especial 43.467, de MG, 4ª Turma, sendo Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado na obra investigação de paternidade, série jurisprudência, da ADCOAS, ed. Esplanada, 2ª ed., 1997, p.195: “Direitos Civil e Processual Civil. Investigação de Paternidade. Determinação de Ofício de Audiência de Testemunhas. Possibilidade. Direito Disponível. Art. 130, CPC. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Precedentes. Recurso Desacolhido. 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 - 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, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - 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 sócio-cultural entre as partes.”

O destino da causa será decidido pela procedência, em razão do resultado positivo, ou pela improcedência, ante a negativa genética após a reunião do “trio” formado pelo investigador e sua mãe, e o investigado.

O exame de DNA é prova pericial de relevância. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que “Em investigação de paternidade, a prova pericial científica concernente ao exame de DNA constitui prova direta, e, quando seus resultados forem categóricos na afirmação da paternidade, deve ser considerado prova superior e incontestável na formação do livre convencimento do julgador, mormente quando somado à prova indiciária.”²

Em que pese entendimento diverso³ o exame pericial hematológico vem sendo nomeado como prova que se justapõe a qualquer outra, capaz de sua ausência gerar nulidade insanável, permitidora da revisão em 2ª instância, com a determinação da diligência (perícia) não cumprida, do recurso especial e até da ação rescisória contra decisão que julgou o feito prescindindo de prova e tamanha importância.

Através do diagnóstico do DNA, em face a ação filiatoria, a nulidade insanável do registro público é passível de ser reconhecida nas instâncias dos

² AC n.º 49.458/3-2, 2ª CCTJMG, rel. Des. Abreu Leite, j. 18.09.95, in RT 734/453.

³ Apelação cível nº 596212027, da 8ª Câmara Cível, Relator Des. Heitor de Assis Remonti, em 26.06.97. Houve voto vencido. “Provado o relacionamento sexual, com exclusividade, entre o investigado e a mãe do investigador, à época da concepção, deve a paternidade ser reconhecida, não obstante a prova pericial relativa aos exames hematológicos e impressões digitais de DNA dê pela sua negativa. É que, além de tal prova não repousar sempre numa certeza absoluta, não pode a prova pericial decidir, por si só, as demandas judiciais, pois, se possível, tornaria dispensável a atuação do juiz nos processos onde ela fosse produzida, ou daria à sentença caráter meramente homologatório da conclusão do técnico” (DJ de 12.09.97, p.18).

tribunais, sempre que tal é fundamental prova for afastada, desde que requerida, no curso do processo judicial.

Há que *ensejar* a “produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.”⁴

Fernando Malheiros Filho⁵ colaciona farta jurisprudência ao tratar da “relevância do exame genético”:

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 Superior Tribunal de Justiça, 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.” (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in LEX JSTJ 32/159). (Grifo nosso).

O REsp n.º 16.840 foi assim ementado:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PERÍCIA HEMATOLÓGICA. INDEFERIMENTO. CPC. ARTS. 332 E 420. I — O indeferimento da prova requerida e indispensável sem justificativa, caracteriza ofensa aos arts. 332 e 420 do Código de Ritos. II — Recurso a que se dá provimento.” (rel. Min. Cláudio Santos, in RJTJRGS 163/27-8).

⁴ Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in LEX JSTJ 32/159.

⁵ *In* Investigação de paternidade, temas polêmicos. Disponível em <www.gontijo-familia.adv.br/segis.htm>. Acesso em 20 mar. 2006.

De igual modo decidiu o excelso STJ, no REsp 43.467-MG, em acórdão assim ementado:

PROVA — INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE — INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR — ADMISSIBILIDADE — DIREITO INDISPONÍVEL. 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. 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, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. 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.”⁶

Outra ementa do REsp n.º 41.988-3:

CIVIL. PATERNIDADE. PROVA. — Nas ações com a finalidade de descobrir-se a paternidade, deve-se ensejar a mais ampla produção de provas.” (Rel. Min. Cláudio Santos, in LEX JSTJ 66/196).

Da análise dos julgados supra referido conclui-se que não se pode sacralizar a prova do DNA, relegando as demais como provas débeis.

⁶ Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in RT 729/155.

Bem se vê a relevância com que a jurisprudência aborda o tema, emprestando a esta prova condição essencial do processamento da investigatória, contudo, diante da situação fática o julgador não pode assumir posição passiva e subalterna de mero homologador de laudos. A declaração do perito não pode suprir a sentença judicial.

O exame de DNA, embora de importância basilar, deve ser colocado em seu devido lugar, ou seja, num conjunto probatório.

2 DA RECUSA À SUJEIÇÃO DA PERÍCIA.

Uma das questões mais recorrentes é a consequência processual oriunda do comportamento da parte que se recusa a cumprir a prova pericial.

Interpretando construtivamente a Constituição Federal, conclui-se que toda pessoa tem o direito de saber qual é a sua origem, de ver revelada a sua verdadeira identidade, seus laços genéticos. O direito de ter acesso à ancestralidade é um direito basilar, conexo com a dignidade da pessoa humana.

O artigo 332 do Código de Processo Civil cuida do princípio da liberdade da prova, ao estabelecer que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Esta assertiva nos leva ao entendimento de que todos os meios de prova são admissíveis nas ações de filiação, inclusive as biológicas.

O artigo 339 do Código de Processo Civil edita que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. O dever de colaborar com o Poder Judiciário, esculpido neste depósito legal, corresponde a dever cívico. Ninguém pode eximir de tal colaboração porque a função jurisdicional é função estatal para a realização da justiça e para o reequilíbrio das relações jurídicas, importando à sobrevivência da sociedade.⁷

O art. 232 do Código Civil de 2002 reconhece, expressamente, a perspectiva de se recusar a prática de perícia médica, alicerçando-se na tutela da integridade física humana. Dispõe o mesmo art., que a recusa a exame médico determinado pelo juiz supre a prova. Em verdade, ocorre inversão do ônus da prova, na medida em que o suprimento é presunção relativa. Em caso de investigação de paternidade, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, é no sentido exposto e consolidado na **Súmula nº 301**, verbis: “ Em

⁷ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 345.

ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”⁸

O Supremo Tribunal Federal assegurou a impossibilidade de condução coercitiva a exame médico. Aclama o aresto:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – CONDUÇÃO DE RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da execução específica da obrigação de fazer – provimento jurídico que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido a laboratório ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável a feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, considerada a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

SUBMISSÃO COMPULSÓRIA AO FORNECIMENTO DE SANGUE PARA A PESQUISA DE DNA. Deve-se liberar do constrangimento o réu de ação de investigação de paternidade, não obstante, do HC em espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter-se a exame o pai presumido, em processo que tem por

⁸ EMENTA: Apelação cível. Ação NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Prova pericial. Exame de DNA. Recusa expressa da parte passiva. Inversão do ônus da prova. Art. 232 do Código Civil de 2002. Inteligência. Recurso provido. Voto vencido. 1. A recusa expressa em participar da realização do exame de DNA, tendo a prova pericial sido anteriormente deferida, gera, nos termos do art. 232 do Código Civil de 2002, a inversão do ônus da prova. 2. Assim, na ação NEGATÓRIA DE PATERNIDADE, tendo a parte passiva manifestado a recusa, cumpria provar que é filha do autor. 3. Ausente a prova, deve ser acolhida a pretensão. 4. Apelação cível conhecida e provida.

⁹ STF, Ac. Tribunal Pleno, HC 71.373-4/RS, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, m.v., j. 10.11.94, DJU 22.11.96, p. 45.686.

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, se impõe sua participação na perícia substantiva.¹⁰

A Suprema Corte tem sido fonte de orientação pelos Pretórios brasileiros: “os exames hematológicos e o DNA não podem ser impostos pela justiça. É facultado a parte requerê-los e ao ‘ex adverso’ consenti-los.”¹¹

Evidentemente, ante a importância revelada, semelhante consequência deverá advir para aquele que, réu em ação de investigação de paternidade, recusa-se a submeter ao exame pericial. Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. OBRIGATORIEDADE DO INVESTIGADO A SUBMETER-SE AO EXAME DE DETERMINADORES GENÉTICOS DE PATERNIDADE PELO SISTEMA HLA. Correta é a determinação da Juíza a *quo* que ordenou o comparecimento do réu-agravante, pena de condução sob vara, para realização de tal exame, já que, in casu, seu corpo é objeto de direitos, sendo-lhe vedado invocar o direito personalíssimo de disposição do próprio corpo. Verifica-se, no caso telado, o interesse maior das agravadas em conhecer suas origens e, conseqüentemente, obterem o direito ao nome paterno.¹²

Nessa matéria a alteração chegou às barras do Supremo Tribunal Federal, considerando que em discussão tema constitucional, consubstanciado no direito a inviolabilidade corporal.¹³

Na investigação de paternidade, a prova pericial prestigiada do DNA

¹⁰ STF, 1ª T., HC 76060-4-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, V. u., j. 31.3.1998, RTDCiv 2/189.

¹¹ TJ/MG, Ap. Civ. 26909-2, rel. Dês. Francisco Figueiredo, DJMG 28.11.96.

¹² AI nº 593108228 — 8ª CC do TJRS — j. em 04.11.93 — rel. Des. Eliseu Gomes Torres — in RJTJRS 162/233.

¹³ In Investigação de paternidade, temas polêmicos. Disponível em <www.gontijo-familia.adv.br/segis.htm>. Acesso em 20 mar. 2006.

não deve ser postulada por quem busca a ascendência paterna, mas exatamente pela parte que, negando a filiação, tem maior interesse na pesquisa genética para refutar a afirmação feita pelo investigador.

É que, lidando com direitos indisponíveis, o direito de família segue regras peculiares, permitindo a leitura dos padrões processuais com alargamento e mitigação.

2.1 INAPROVEITABILIDADE DA RECUSA EM SUBMETER-SE À PERÍCIA

O novo diploma material preceitua que não pode se aproveitar da recusa a parte que se nega a submeter-se a exame médico necessário (CC, artigo 231). Entre as situações mais constantes está a realização da perícia pelo DNA em ações investigatórias para determinar a filiação, cujo reconhecimento é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27.

O exame DNA fez com que os juízes, *a priori*, considerassem a recusa em fornecer o material como uma confissão da paternidade, sob o argumento de que a parte que se subtrai a uma implicação adversa, o que equivale a confessar de modo implícito. Posteriormente, a negativa passou a ser vista como uma forma de presunção da paternidade invocada, pois se o indigitado não era o pai do autor não existiria motivo para temer qualquer tipo de exame, demonstrando com tal atitude a intenção de esconder a verdade.

O exame pericial, em ações de filiatórias, é obrigatório para o convencimento do magistrado, a determinação do vínculo parental é obtida mediante o exame de DNA com precisão científica de 99,999%.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal:

Se o réu, apesar de toda insistência do juízo, deixou de comparecer aos exames hematológicos a que devia submeter-se, tendo sido mesmo advertido de que sua ausência poderia significar em seu desfavor, não é admissível venha ele a alegar sua própria omissão para pretender anular o processo a partir da sentença.¹⁴

¹⁴ STF, Ac. Unam. 2º. T., RE 110. Aldir Passarinho, *in RTJ* 125:318.315/SP, rel. Min.

A hermenêutica aplicada ao disposto no art. 231, do Código Civil pugna pela admissão da possibilidade da parte em recusar-se à sujeição a uma perícia médica, não sendo possível à mesma, que promove tal repúdio, invocá-la em seu proveito.

À luz da doutrina dos direitos da personalidade, o réu poderá furta-se à realização do exame pericial, porém, suportando em seu desfavor a presunção da verdade do fato que se retende provar por meio do exame hematológico de DNA – presunção da paternidade.

3 DIREITO INDISPONÍVEL

É sabido que o fato de só o filho, ainda que menor, ter legitimidade para propor uma ação de investigação de paternidade - ou de alimentos - contra o pretense pai.

Sendo menor, será absolutamente incapaz se impúbere - menor de 16 anos - ou relativamente incapaz, se púbere - maior de 16 com menos de 18 anos - e por isso que estará então representado ou assistido por seu representante legal, via de regra sua genitora, mas sempre ele sendo o autor da ação.

O direito à paternidade é indisponível e irrenunciável, assim, como o é o direito a alimentos entre parentes. Pode-se deixar de ativar a máquina estatal para a obtenção da declaração da paternidade, mas não se pode renunciar ao direito dessa prestação jurisdicional ou desistir de uma ação desta índole depois que ela for ajuizada. A mãe não detém a capacidade de dispor daquele direito do filho à paternidade.

Ademais não compete ao representante legal do menor *negociar* tal direito. É a hipótese de “proposta a ação, o réu (pretense pai) *compra* a mãe do menor - dando-lhe uma quantia ou um imóvel - pela desistência da ação. E isso não terá validade porque terão negociado sobre o que não podiam dispor ou adquirir por ser inegociável.”¹⁵.

A desistência compõe-se de ato de vontade do autor, que dele pode valer-se, abdicando do processo que promoveu. Quando se trata de incapaz, a manifestação da vontade ocorre por intermédio de seu representante legal. Mas uma representação se designa qualitativamente de representação de proteção. O conceito moderno de pátrio poder, denominado por doutrinadores de pátrio dever,

¹⁵ GONTIJO, Segismundo. *In* Direito Indisponível. Disponível em <www.gontijo-familia.adv.br/segis.hum>. Acesso em 20 mar. 2006.

apoia-se essencialmente na fixação jurídica dos interesses do filho.¹⁶

Vale transcrever o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira¹⁷

A idéia predominante é que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho. Não se visa beneficiar quem o exerce, mas proteger o menor. E tal preponderância do interesse do filho sobre os direitos do pai aconselha a mudar a decisão do pátrio poder para pátrio dever.

A indisponibilidade dos direitos é a regra, eis que envolve princípios de ordem pública, não podendo prevalecer decisão outra que esteja em conflito com os interesses do menor.

4 DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO NA DECLARAÇÃO REGISTRAL

O reconhecimento espontâneo, *a priori*, tem-se por irrevogável e irretroatável. Entretanto, não se pode confundir irrevogabilidade e invalidade da declaração de vontade.

Revogar é retratar-se ou voltar atrás. É bem verdade que a declaração de vontade no reconhecimento voluntário de paternidade, se válida, é irrevogável. A invalidade decorre do descumprimento ao disposto no art. 104 do Código Civil de 2002, então, se existente, vício de vontade.

Caio Mário da Silva Pereira, sobre “irrevogabilidade” aclara que “Uma vez pronunciada a declaração volitiva do 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. O declarante não poderá, portanto, tornar sem efeito a declaração, revogando-a.”¹⁸

Cabe, aqui, todavia, uma distinção. Se o reconhecimento é feito no assento de nascimento, prevalece desde logo, e somente perderá eficácia se vier a ser

¹⁶ TJMG, APELAÇÃO CÍVEL n. 72.125 - Comarca de Jacutinga - Relator Des. LÚCIO URBANO.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. pág. 280.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 74.

ele anulado. O mesmo dir-se-á do que reveste a forma de ato autêntico.”

Trabalhemos com a hipótese de o assento de nascimento estar eivado do vício de consentimento intitulado erro com a anuência do pai registral.

O erro suscetível de invalidar o negócio jurídico deve ser substancial ou essencial e está definido no art. 138, do Código Civil de 2002.

A respeito da questão Clóvis Beviláqua¹⁹ conceitua: “Erro essencial é o que recai sobre a natureza do ato, ou sobre o objeto principal da declaração, ou sobre algumas das qualidades essenciais deste, ou ainda sobre as qualidades essenciais da pessoa, a que se refere a declaração.”

Assim, o erro é o desconhecimento da realidade, no momento em que ocorre a declaração de vontade, que deve ser livre e consciente.

O erro representa justamente a falta de consciência do declarante por não conhecer ou ter equivocado conhecimento acerca da pessoa ou coisa objeto da declaração.

Caio Mário da Silva Pereira²⁰, explica:

O mais elementar dos vícios de consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro. Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. Importa na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada.

A propósito, confira-se as seguintes decisões:

Reconhecimento de paternidade. Pode o declarante, mesmo como autor do reconhecimento de paternidade, impugná-la

¹⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975. p. 217.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I, p. 326.

em juízo, sob o fundamento de ter sido falsa a declaração. Trata-se, neste caso, de ação impugnatória (*anfechtungsrecht*),²¹ não de anulação nem de revogação do ato.

Relevante ressaltar, que Código Civil, com o desígnio de tornar certa a paternidade quando houver dúvida, deixa claro que a paternidade não deve nunca recair sobre aquele que foi enganado, trazendo em seu artigo 1601, a seguinte disposição: “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Ao se pretender a anulação de registro embasada em erro, há que se observar se o pai registral, à época do ato jurídico não o fez de maneira altruística, por mero interesse em assumir um filho que, ao menos, tem dúvida de que é seu. Este fato, em si, não agasalha a pretensão anulatória, em razão do quê, consciente do ato, não se pode extrair qualquer vício em sua celebração, não havendo, pois, motivos para prosseguir com um processo, natimorto.

De outra parte, “não basta a confissão materna para excluir a paternidade”.²² A confissão é ineficaz. A mãe não tem a faculdade de dispor do **direito de filiação** de seu filho. O art. 1.602 do CC evidencia condição peculiar da regra geral contida no art. 213, do CC. Não vale como confissão a admissão de fatos relativos a direitos indisponíveis.²³

O reconhecimento da paternidade é perpétuo e irrevogável. Eventualmente poderá vir a ser anulado, por inobservância das formalidades legais, ou, se eivado estiver de algum dos vícios de consentimentos, capazes de acarretar defeito ao ato jurídico concretizado.

5 BREVE DISTINÇÃO ENTRE AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE E AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO

Haverá ação negatória de paternidade onde, existir direito personalíssimo do marido, visando a ilidir a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrat*.

Por sua vez ensejará a ação anulatória de registro de nascimento, se a pretensão for falsidade ideológica nele constante (o registro).

²¹ TJSP – RT 784/227

²² CC, art. 1.602.

²³ CPC, art. 351.

Colacionamos a hipótese, em que estão legitimados a propô-la os filhos do pretenso pai. Neste sentido os arestos:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO – DISTINÇÕES - Distingue-se a ação anulatória de registro de nascimento, ou de impugnação de legitimidade, da negativa, porque, nesta última, há exercício de direito personalíssimo do marido, visando a ilidir a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, de prazo curto de decadência, enquanto a primeira, embora também ação de estado, visa a desconstituir falsidade ideológica constante de registro público, decorrente de erro ou falsidade...²⁴

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO - ANULAÇÃO - FALSIDADE IDEOLÓGICA - ART. 348 - CC - Registro Civil. Certidão de nascimento. Declaração falsa de paternidade. Cancelamento de anotação respectiva. Não se cuidando de AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE, mas de anulatória do registro de nascimento, por falsidade ideológica da PATERNIDADE atribuída, possível é juridicamente, a pretensão deduzida, e fulcrada no art. 348 do C. Civil, sendo legitimado a propô-la qualquer interessado e, conseqüentemente, os avós paternos”²⁵

Destarte, a ação para provar a filiação “real” - já que não há mais que se falar em filiação legítima nos termos da Constituição Federal, art. 227, §6º -, compete ao filho, enquanto viver (C. Civil, art. 1.605). A igualdade de todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, conforme prescreve o art. 227, parágrafo 7º, é matéria que respeita ao *estado de filho* e não se subordina a fatores temporais.

²⁴ TJRSA - AC 595.114.117 - 7ª C. Cível - Rel. Des. Paulo Heerd - J. 01.11.1995.

²⁵ TJRJ - AC 7623/96 - Reg. 160597 - Cód 96.001.07623 - Capital - 2ª C. Civ - Rel. Des. Luiz Odilon bandeira - J. 18.03.1997.

A ação negatória de paternidade distingue-se da ação anulatória de registro civil. Vejamos: o art. 1.601 do CC prescreve que: “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Já o art. 1.604 do mesmo diploma legal estabelece que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.” “Esta regra contém amplo campo de abrangência, diante da vaguidade da expressão *falsidade do registro*. Se o assento resultou de falsidade ideológica do declarante, o filho pode vindicar estado diferente daquele que resulta do registro de nascimento.”²⁶

Como fica evidente, a ação negatória de paternidade é personalíssima e a legitimidade ativa é privativa do marido, mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros.

Outra é a hipótese quando se trata de ação de anulação de registro civil. A filiação legítima prova-se, bem o sabemos, pela certidão do termo de nascimento inscrito no registro civil; há, pois uma presunção de verdade a favor das declarações ali contidas. A presunção de verdade pode ser questionada, não sendo, portanto, absoluta. É necessário, entretanto, que seja provado o erro ou a falsidade.

Em se tratando de ação anulatória de registro civil, necessário perquirir-se a respeito da realidade biológica, a fim de que a verdade processual coincida com a realidade biológica.

Havendo afirmação de que a pessoa que se declarou pai, no momento em que foi lavrado o registro de nascimento, na verdade não o é, oportuno era que se produzisse prova técnica (exame de DNA), para a segurança do julgamento.

Atente-se que ao término da fase instrutória, os interessados devem deixar amplamente demonstrado que o assento de nascimento – objeto de anulação – contém um vício de falsidade na declaração ali lançada. Tal situação esta poderá estar evidenciada quer pela prova técnica produzida, quer pelos depoimentos de testemunhas collidos no decorrer do feito.

6 ANULAÇÃO DO ASSENTO PELO PAI REGISTRAL

Se o pai registral, por força da aparente estabilidade do relacionamento que mantinha com a mãe biológica, seja ela cônjuge, companheira ou namorada

²⁶ RT 787/228.

supõe que o filho gerado por esta última é seu, e, o registra em seu nome, poderá, pugnar pela respectiva anulação do assento, dès que cientificamente comprovado não ser ele o verdadeiro pai do rebento. Necessário evidenciar que o caráter declaratório do reconhecimento efetuado não condiz com a verdade biológica da respectiva concepção, o que necessariamente deverá ocorrer mediante prova científica (DNA).²⁷

O que houve foi uma declaração de vontade não correspondente ao verdadeiro ato volitivo do pai registral, pois agiu de modo contrário ao que certamente agiria se conhecesse, na época do registro, a verdade sobre a concepção.

É forçoso, que o investigador faça prova do relacionamento sexual, e que este relacionamento tenha ocorrido à época da concepção, além da exclusividade do envolvimento sexual da mãe biológica com o indigitado pai.

O reconhecimento de filho nada mais é do que um ato jurídico *stricto sensu*, sendo certo que, partindo a respectiva declaração de uma verdade viciada, estará ela sujeita a competente desconstituição por vício de consentimento.²⁸

Por derradeiro, vale cotejar o entendimento de Belmiro Pedro Welkter²⁹, Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, em trabalho publicado pela Editora Síntese. Sustenta que a sentença proferida na ação de investigação de paternidade, enquanto todas as possibilidades probatórias não forem esgotadas para o alcance da verdade real, incluindo-se o exame por DNA, assumir aspecto exclusivamente formal, e não material, resultando daí a possibilidade de revisão sempre que provas melhores forem obtidas.

CONCLUSÃO

O escopo precípua da ação filiatória é a busca pela filiação real, que pode ensejar ação negatória de paternidade cumulada com anulatória de registro de nascimento – vez que a anulação do registro é corolário da procedência da negatória ou, ainda, a declaratória de paternidade. Todas remetem à investigação da paternidade.

O exame hematológico é imprescindível ao deslinde das causas que

²⁷ BEBER, Jorge Luis Costa. **Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente**. Disponível em <www.nofito.com.br>. Acesso em 10.06.2006.

²⁸ Idem.

²⁹ WELKTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, *Jornal da Síntese*, setembro/98, nº 19, pg. 10.

perquirem a paternidade, contudo, não deve ser sacralizado. Outras provas podem e devem ser apreciadas pelo julgador, em razão do legítimo interesse do investigante e ao eficaz aproveitamento da justiça.

Todavia, uma vez solicitado o exame consanguíneo, sua recusa pelo investigado suprirá a prova, ocorrendo a inversão do ônus da prova, na medida em que o suprimento é presunção relativa. A possibilidade à recusa ao exame pericial alicerça-se na tutela da integridade física humana.

O direito a paternidade é indisponível, não podendo ser objeto de acordos. Se a declaração registral constar eivada de vício de consentimento será passível de anulação. Daí a relevância da intensidade das provas, não se atendo exclusivamente ao exame pericial.

As ações investigatórias de paternidade se divergem. Na **ação negatória de paternidade** existe o direito personalíssimo do marido, que visa ilidir a presunção *pater is et quem nuptiae demonstrat*, enquanto que na **ação anulatória de registro de nascimento** a pretensão é a falsidade ideológica constante no registro.

À hipótese do pai registral que pugna pela anulação do registro de nascimento caberá a comprovação do relacionamento sexual com a genitora do investigado. Todavia, se a declaração do reconhecimento realizado se contrapõe à verdade biológica da respectiva concepção, necessariamente deverá ocorrer prova científica hematológica.

BIBLIOGRAFIA

Obras:

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I. p. 326.

VELOZO, Zeno. **A Família na Travessia do Milênio** - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, do IBDFAM, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

Meios Eletrônicos

www.gontijo-familia.adv.br/segis.htm

www.jusnavigandi.com.br

