

Número do 1.0529.08.021984-1/001 **Numeração** 0219841-

Relator: Des.(a) Mauro Soares de Freitas

Relator do Acórdão: Des.(a) Mauro Soares de Freitas

Data do Julgamento: 03/02/2011

Data da Publicação: 03/03/2011

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – DESCARACTERIZAÇÃO - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – TERCEIRO QUE SE AFIRMA O PAI BIOLÓGICO DO MENOR, O QUAL NASCEU NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO DOS SEUS PAIS REGISTRAIS – PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DO MARIDO DA MÃE, QUE DETÉM LEGITIMIDADE EXCLUSIVA PARA CONTESTÁ-LA – CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE ATIVA DO SUPOSTO AMANTE – PROCESSO EXTINTO NA FORMA DO ART. 267, VI, DO CPC. Na ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, do CC/02, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0529.08.021984-1/001 – COMARCA DE PRATÁPOLIS – APELANTE(S): N.B.S. – APELADO(A)(S): D.H.C.P. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE D.F.A.P.O– RELATOR: EXMO. SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS

ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador MANUEL

SARAMAGO, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER A PRELIMINAR E EXTINGUIR O PROCESSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2011.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS – Relator

>>>

13/01/2011

5ª CÂMARA CÍVEL

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0529.08.021984-1/001 – COMARCA DE PRATÁPOLIS – APELANTE(S): N.B.S. – APELADO(A)(S): D.H.C.P. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE D.F.A.P.O. – RELATOR: EXMO. SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS

O SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS:

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 94/98, proferida nos autos de ação de investigação de paternidade, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade por força da justiça gratuita deferida.

Em suas razões recursais de f. 100/113, o apelante afirma que manteve relacionamento amoroso com a mãe do menor, o que supostamente não foi

impugnado no curso do feito. Logo, afirma que a recusa dos pais registrais da criança em se submeterem ao exame de DNA gera a presunção de que o autor é o verdadeiro genitor (pai biológico). Ademais, afirma que a filiação socioafetiva da criança com seu pai registral, além de não ter sido comprovada nos autos, não pode prevalecer sobre a filiação biológica.

Contrarrazões às f. 116/119.

Em seu parecer de f. 126/130, a Procuradoria-Geral de Justiça sugere que os autos sejam baixados em diligência para a juntada de documento, suscita preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, opina pelo desprovimento do recurso.

Acolhida a sugestão do ilustre Parquet para que as partes apresentassem a certidão de casamento dos pais do investigando, a qual foi devidamente juntada à f. 136.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Da preliminar de ilegitimidade ativa:

Rogando vênua ao apelante, tenho que deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo ilustre Parquet.

É a dicção do art. 1.601 do CC/2002:

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. (grifei)

Da leitura do texto normativo supra transcrito infere-se que a legitimidade ativa para a propositura da demanda que vise a desconstituir o vínculo paterno-filial existente entre o marido e os filhos nascidos de sua mulher é exclusiva daquele, não podendo ser estendida a terceiro, ainda

que este afirme ter mantido relacionamento paralelo com a mãe da criança.

Ora, no caso em análise, extrai-se dos autos que os pais registrais do menor são casados desde 01/02/1997 (f. 136), tendo a criança nascido em 30/03/2006, portanto, na constância do mencionado casamento. Diante de tais fatos, conclui-se que o caso concreto se amolda à hipótese prevista no caput do art. 1.601 do CC/2002, de forma que o autor, por ser um simples terceiro, e não o marido da mãe do investigando, não possui legitimidade ativa para contestar o vínculo paterno-filial em questão.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA - Direito processual civil. Família. Ação negatória de paternidade. Descaracterização. Pedido formulado. Anulação de registro de nascimento. Legitimidade ativa. 1) Na ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, do CC/02, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto (...).” (STJ - Terceira Turma - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 939.657 - RS - Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi - j. em 01/12/2009 - grifei).

Pelo exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa e julgo extinto o feito sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Custas, pelo apelante, suspensa a exigibilidade por força da justiça gratuita.

O SR. DES. BARROS LEVENHAGEN:

VOTO

De acordo com o Relator.

O SR. DES. MANUEL SARAMAGO:

Pediu vista dos autos.

SÚMULA : O RELATOR E O REVISOR ACOLHERAM PRELIMINAR E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO. PEDIU VISTA O VOGAL.

>>>>

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. PRESIDENTE (DES. MANUEL SARAMAGO):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 13/01/2011, a meu pedido, após votarem o Relator e o Revisor acolhendo a preliminar e julgando extinto o processo.

O meu voto é o seguinte.

VOTO

Pedindo vênua aos eminentes Relator e Revisor que me antecederam, ouso divergir do posicionamento adotado.

A uma, pois que a pretensão inicial, como se depreende, ao menos não imediata, não é a de desconstituir a paternidade do filho nascidos do marido da genitora do menor em questão, mas, sim, a de obter a declaração de sua paternidade em relação ao mesmo.

Ora, trata-se de direito personalíssimo e, como tal, atinente à dignidade da pessoa humana.

Ademais, a simples declaração de relação jurídica, por si só, é expressamente admitida em nosso ordenamento jurídico (art. 4º do CPC).

A situação sob enfoque, a toda evidência, não se enquadra no rigorismo da forma estabelecida no art. 1601 do Código Civil (art. 344, I, do CC/1916).

Salienta-se, já nos idos de 1988, o i. jurista, então Desembargador do eg. TJRS, Galeno Lacerda, assim se pronunciou sobre o tema, em razão do julgamento do Recurso de Apelação nº 588006569, “verbis”:

“O caso é delicado, incomum e mexe com valores humanos fundamentais. Não pode, por isso, ser julgado em função de critérios literais e formalistas; antes, exige visão global e sistemática dos princípios”.

Trata-se, nem mais, nem menos, de um pai que deseja reconhecimento judicial dessa paternidade e do direito de visitar o filho e participar dos encargos de sua criação e educação, direitos esses a que a própria mãe da criança não se opõe.

Será absurda essa pretensão, nascida do mais legítimo e sagrado direito natural? Será possível, em nome de uma hipotética e abstrata impugnação futura do filho, depois da maioridade, daqui a vinte anos, impedir o reconhecimento desse direito vivo, real e palpitante? Será correto vedá-lo, porque o autor pode reconhecer filho por escritura pública? Mas esse reconhecimento frio, unilateral será bastante para lhe outorgar o direito de visitar o próprio filho? Não será legítimo o interesse altamente moral de obter declaração judicial desse parentesco? Não resta a menor dúvida de que o bom senso e, como veremos, o próprio sistema legal impõem resposta consentânea com a razão a essas indagações.

O Código Civil, no art. 332, ao cuidar das relações de parentesco, define-o como legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento. Se a lei fala em relações de parentesco legítimo e ilegítimo, cogita, evidentemente, de relações jurídicas, donde brotam direitos e deveres entre os parentes legítimos ou ilegítimos. Ora, se há direitos, há necessariamente ações que os assegurem, nos termos do art. 75 do Código Civil: ‘A todo direito corresponde uma ação, que o assegura’.

Pontes de Miranda, aliás, reconhece essa evidência de modo amplo: ‘É possível ação declaratória do parentesco, ainda que se não alegue ligação a qualquer outro interesse’. (Tratado, IX/4). Não é admissível, portanto, negar possibilidade jurídica a uma ação do pai para obter o reconhecimento

judicial de um filho natural. Diz-se, porém, que o Código Civil lhe indica meios extrajudiciais de reconhecimento no art. 357, e que esses meios seriam exaustivos. A tese, contudo, não se sustenta, pois importaria derrogação dos arts. 75 do mesmo Código, já transcrito; e 4º do Código de Processo Civil, que reconhece amplamente o interesse do autor em obter declarações de existência ou de inexistência de relação jurídica. Mas, na verdade, a leitura atenta do referido art. 357 não exclui nem pode excluir o socorro às vias judiciais. Cuida ele, exclusivamente, de modos unilaterais e extrajudiciais de reconhecimento voluntário da paternidade. Não pode impedir, evidentemente, a ação judicial do pai, se amparada em interesse moral relevante...

A justiça tem que respeitar valores morais e humanos dessa ordem, e não pode barrar postulações dessa natureza com a frieza de uma carência de ação... Carradas de razão assistem a Carvalho Santos quando desabafa: 'Não há dúvida que o reconhecimento interessa diretamente ao perfilhado. Ninguém ousa isso contestar. Mas nem por semelhante razão se poderá inferir que seja imprescindível a sua audiência. Porque a verdade é esta: se o reconhecimento for feito por quem não podia fazê-lo, a faculdade conferida ao filho de impugnar a perfilhação resguardaria amplamente os seus direitos, nem permitiria que se tornasse possível vingar um reconhecimento que não traduzisse a realidade. Mas se esse é feito, realmente, pelo pai, ou pela mãe, numa confissão verdadeira, não se justifica a intervenção do perfilhado, não tem cabimento a exigência do consentimento do filho, porque, em tal hipótese, não poderá ele alegar nunca que tal estado não lhe convém, por lhe impor deveres e criar direitos. E não poderá alegar que tal estado não lhe convém, por isso que sendo, realmente, filho do perfilhante, em face da própria lei, tem para com este deveres a cumprir e obrigações a desempenhar. Embora não lhe convenha, o seu estado é aquele de filho natural do perfilhante. E se este é o seu estado, não pode ficar a seu alvedrio aceitar ou

não aquele estado, mesmo porque os preceitos referentes ao estado da pessoa são de ordem pública, não estando sujeitos a modificações impostas pela vontade dos interessados'(Código Civil Brasileiro Interpretado, V/470)...”.

Com base em tais considerações, REJEITO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA.

SÚMULA : ACOLHERAM A PRELIMINAR E EXTINGUIRAM O PROCESSO, VENCIDO O VOGAL.

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

CRISTIANE TOLEDO MIRANDA

Advogada e Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Viçosa

O respeitável acórdão objeto destes breves comentários foi proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e relaciona-se com a problemática da legitimidade de terceiro, que reivindica para si a paternidade, para propor “ação de investigação de paternidade” em face do suposto filho registrado na constância do casamento, tendo em vista o art.1.601 do CC/02.

Com as transformações históricas, culturais e sociais, a família pós-moderna ganhou uma nova concepção: passou a ser vista não mais como instituto, mas como instrumento para alcançar a felicidade de seus membros. Superou-se o aspecto puramente biológico e reconheceu-se uma pluralidade de entidades familiares.

Atrelada a essas mudanças e diante das alterações trazidas pela Constituição da República de 1988, a filiação, antes intimamente ligada ao

casamento de seus genitores e à consanguinidade, pauta-se agora também em uma relação de amor e afeto.

De acordo com a doutrina, três são os critérios para o estabelecimento do vínculo de paternidade: o legal ou jurídico, previsto no art. 1.597 do CC/02, que estabelece a paternidade por presunção; o biológico, determinado pela consanguinidade; e o socioafetivo, pautado na afetividade, na dignidade da pessoa humana e no melhor interesse da criança.

Pode acontecer, contudo, de não haver correspondência entre a figura do genitor e a figura do pai, surgindo, por tal razão, o conflito exposto na ementa em comento.

Segundo a sistemática do Código Civil de 2002, os filhos nascidos na constância do casamento gozam de presunção de paternidade. Lado outro, os havidos fora deste precisam ser reconhecidos.

Em decorrência de o diploma civilista prescrever regras diferenciadas para os havidos ou não no casamento, surgem ações distintas para se impugnar a paternidade: a ação de contestação de paternidade ou negatória de paternidade (art.1.601), a ação de anulação de registro civil (art. 1.604) e a ação de impugnação ao reconhecimento de paternidade (art. 1.614). Há, ainda, a ação de investigação de paternidade ou declaratória de parentalidade (art. 1.606), que, além de estabelecer a filiação, pode ser uma negatória por via oblíqua, indireta¹, ao passo que ao investigar uma nova paternidade acaba por desconstituir a filiação registral.

Assim, a doutrina e a jurisprudência, dependendo de como o vínculo parental é formado (decorrente do casamento ou não), apontam distinções quanto a aspectos processuais das ações relacionadas à impugnação da paternidade, principalmente quanto à legitimidade.

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p.609.

A ação de contestação de paternidade, também conhecida como ação negatória de paternidade, destina-se a excluir o vínculo de filiação decorrente da presunção legal de filiação (art. 1.597 e 1.598, CC), podendo apenas o pai afastá-la: “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível” – art.1.601, CC.

Destarte, tendo em vista que o art. 1.601 prevê a legitimidade exclusiva do marido da mãe para afastar a paternidade em relação ao filho havido na constância do casamento, surge a seguinte problemática:

Se a ação negatória de paternidade é personalíssima, somente podendo ser utilizada pelo pai, não seria possível a outras pessoas, como o filho ou mesmo o verdadeiro pai, promover uma ação para impugnar o estado filiatório?²

Trata-se de questão tormentosa. Existem posicionamentos díspares em relação a este questionamento; tanto é assim que no julgamento em análise houve votos divergentes.

Por maioria de votos, o TJMG entendeu não ser possível ao terceiro, que reivindica a paternidade para si, investigar a paternidade de suposto filho. Isso porque ao investigar a paternidade, por via reflexa, o autor estaria contestando a paternidade registral, cuja legitimidade é exclusiva do marido da mãe, tendo em vista o filho ter sido havido na constância do casamento, com fulcro no art. 1.601 do Código Civil.

Lado outro, o Desembargador Manuel Saramago, voto vencido no

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p.608-609. Para os autores qualquer interessado (terceiro-genitor, filho...) pode promover ação de impugnação de paternidade, cuja causa de pedir será a existência de uma filiação biológica ou afetiva com outra pessoa, distinta daquela que consta no registro civil. Além disso, defendem que o filho poderá propor ação de investigação de parentalidade contra o seu pai verdadeiro, obtendo, como efeito anexo da sentença, a desconstituição do primeiro registro e a lavratura de um novo registro.

acórdão, posicionou-se no sentido de que o pai, que reivindica a paternidade para si, pode atuar no polo ativo da ação de investigação de paternidade, rejeitando a preliminar de ilegitimidade ativa, sob o fundamento, dentre outros, de tratar-se de direito personalíssimo e, como tal, atinente à dignidade da pessoa humana, não se enquadrando o caso no rigorismo da forma estabelecida no art. 1.601 do Código Civil.

Em que pese o respeitável posicionamento dos Ilustres Desembargadores, ousou deles discordar: integralmente dos votos vencedores e no que tange ao voto vencido, em parte, em relação à fundamentação.

Como já mencionado anteriormente, existem outros meios, além da ação negatória, para se desconstituir a paternidade registral. Dentre eles a ação de anulação de registro civil, que possui fundamento legal no art. 1.604: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

O registro civil gera presunção de veracidade do estado de filiação, suplantando a paternidade biológica. Porém, esta é *iuris tantum*, uma vez que pode sucumbir diante de prova contrária, que evidencie a existência de falsidade (ideológica ou material) ou de erro cometido pelo oficial ou pelo declarante³.

Para esta ação tem-se reconhecido um leque maior de legitimados ativos, se comparado com as demais ações de impugnação, através da qual terceiros interessados, inclusive aquele que acredita ser o pai biológico, podem se valer.

Por tal razão, ao contrário da ação negatória de paternidade, a legitimidade ativa na anulação de registro civil é considerada ampla. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também adota este posicionamento:

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.335.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL (CC/2002, ART. 1.604). FALSIDADE IDEOLÓGICA. FILHOS DO AUTOR FALECIDO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESADOS. RECURSO PROVIDO. 1. A anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no art.1.604 do Código Civil de 2002, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por todos que tenham interesse em tornar nula a falsa declaração. 2. Recurso especial provido.⁴

Dessa forma, apesar de o terceiro não possuir legitimidade para ajuizar uma “ação negatória de paternidade” a possui para a “ação de anulação de registro civil”. Ou seja, o terceiro pode buscar a declaração da paternidade do filho que já possui vínculo registral, desconstituindo-o.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a omissão da expressão “privativamente” da redação do art.1.601, que estava prevista no art. 344 do Código Civil de 1916, e a possibilidade de anulação do registro com a prova de erro ou falsidade, disposto no art.1.604, resultou na legitimidade do terceiro, diferenciando a negatória de paternidade, própria do marido da mãe, da impugnação da paternidade, de legitimidade ampla.

Além da distinção legal entre a negatória de paternidade e anulação de registro civil, a legitimidade do terceiro que reivindica a paternidade de filho que já possui pai registral justifica-se por, no mínimo, mais duas razões.

A uma, por ser direito inerente à personalidade: no cotidiano há situações em que o pai, muitas vezes por atitudes da própria mãe, não sabe da existência do filho e, quando descobre, deseja reconhecê-lo; circunstâncias em que o pai sabia da existência, mas por motivos alheios não podia assumi-lo; ou, ainda, casos em que o pai sempre foi pai, exercendo seus deveres e

⁴ STJ- REsp 1238393/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 18/09/2014.

direitos. Não teria ele o direito de ser pai?

A duas, porque a legitimidade exclusiva do marido da mãe perdeu razão de ser, se for considerado que a restrição objetivava a proteção da instituição família e a reafirmação da fidelidade da mulher. No atual cenário, a proteção da dignidade da pessoa humana deve orientar todo o ordenamento jurídico, sendo certo que impedir aquele que acredita ser o pai não consiga, sequer, ter direito a discutir o mérito, sob o fundamento de proteção de uma instituição, não atenta à perspectiva civil-constitucional da filiação.

Deve ser ponderado, contudo, quais são, no caso concreto, os terceiros interessados que devem ocupar o polo ativo da demanda de impugnação da paternidade, a fim de se evitar que ações ajuizadas por pessoas com mero propósito injurioso e de difamação do cônjuge por possível traição tenham o mérito apreciado pelo Poder Judiciário.

A restrição às pessoas legitimadas justifica-se, ainda, pelo fato de não se poder permitir às pessoas que não possuam qualquer interesse questionar o registro público, uma vez que este tem por princípio conferir segurança jurídica às relações civis, possuindo presunção de veracidade.

Quanto ao *nomen iuris* das ações, merecem ser tecidas algumas considerações.

A pluralidade de ações relativas à impugnação da paternidade e a falta de uniformização das decisões dos magistrados têm repercutido no exercício da advocacia, pois, a fim de evitar a extinção do processo sem resolução de mérito, cumulam-se todas as ações: ação negatória de paternidade c/c anulação de registro civil c/c com investigação de paternidade.

Todavia, os juízes não devem ficar presos a nomes. O *nomen iuris* com o qual o autor rotula a ação é irrelevante para a ciência processual. Não há que se examinar a pretensão do nome dado à ação, uma vez que os elementos identificadores da ação são partes, causa de pedir e pedido.

Ademais, o próprio Código de Processo Civil prevê que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” – art. 131, bem como a instrumentalidade das formas, nos termos do art. 154: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preenchem-lhe a finalidade essencial”. Se verificado, no caso concreto, o preenchimento da finalidade essencial, por que não aplicar a fungibilidade e julgar o caso?!

Este princípio é muito importante, pois objetiva que o **processo** não se detenha somente às **formalidades**, facilitando, com isto, o **acesso à justiça** e a garantia da apreciação da questão suscitada em sua plenitude. Os magistrados devem se ater aos fatos e aos pedidos.

No que diz respeito ao mérito da questão, a evolução da engenharia genética e os avanços da pesquisa do DNA mostram-se insuficientes para o estabelecimento da verdadeira paternidade. Isso porque o critério puramente biológico não se sobrepõe ao afetivo,⁵ devendo ser demonstrada, se for o caso de impugnação da paternidade, a ausência de posse de estado de filho, edificada na convivência familiar (salvo a possibilidade prevista no art.1.614, cuja constitucionalidade é questionável⁶, mas que *in casu*

5 TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.600217-5/002, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/09/2013, publicação da súmula em 23/09/2013.
6 Nos termos do art. 1.614 do Código Civil vigente, há necessidade da aquiescência do filho maior para que o reconhecimento se materialize, bem como existe possibilidade de o filho menor impugnar o reconhecimento dentro do prazo decadencial de quatro anos após a maioridade, sem qualquer motivação. Indaga-se: o art. 1.614 é constitucional? Ponderando o direito de ser pai, o direito de ter pai e o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve pautar todas as relações, considera-se que o não consentimento, bem como a impugnação, devem ser analisados com cautela, à luz da perspectiva civil-constitucional, numa visão ampla e não apenas na vontade imotivada do filho. É preciso analisar as circunstâncias que estão envolvidas na relação fática, uma vez que o reconhecimento envolve efeitos morais e materiais, e não simplesmente o direito potestativo do filho. Assim, o art. 1.614 mostra-se inconstitucional ao privilegiar unicamente a vontade do filho.

não serve de fundamentação para afastar a ilegitimidade ativa do terceiro, como utilizou o desembargador que proferiu o voto vencido no acórdão, divergindo dele neste ponto).

Acrescenta-se que, ao mesmo tempo em que a paternidade socioafetiva deve ser levada em consideração, não se pode confundir legitimidade com mérito. Não se pode impedir o acesso à justiça, direito assegurado constitucionalmente, apenas pelo fato de o filho já ter pai registral, cujo registro se deu na constância do matrimônio.

Dessa forma, o acórdão demonstra o apego aos aspectos processuais e à literalidade da lei, de modo a impedir que o terceiro que reivindica a paternidade sequer tenha a possibilidade de discutir, através do Judiciário, possível vínculo de filiação. No que tange ao mérito, poderia até ter seu pedido julgado improcedente, caso verificada a paternidade socioafetiva entre o filho e o pai registral, mas os Doutos julgadores, em sede recursal, extinguiram o processo sem resolução do mérito, por carência da ação.

Em suma, as relações familiares são de caráter eminentemente privado, mas envolvem direitos da personalidade, aspectos morais e materiais, não podendo o Judiciário esquivar-se de julgar por carência de ação quando as partes possuírem legítimo interesse.

Nessa ordem de ideias, a nosso ver, decidiu corretamente o Desembargador Luís Carlos Gambogi da 5ª CÂMARA CÍVEL do TJMG:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA – RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL – FALSIDADE DO REGISTRO – ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL – SUPOSTO PAI BIOLÓGICO – LEGITIMIDADE CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

- Nos termos do art. 1.604 do Código Civil, é possível a anulação do registro de nascimento, com a conseqüente

revogação da paternidade, quando este decorrer de falsidade.

- Deve ser reconhecida a legitimidade do suposto pai biológico para discutir a retificação de registro anteriormente realizado, mediante alegada fraude, principalmente quando não há nos autos notícia de que este abdicou da paternidade.

- Há que se examinar o pedido de investigação de paternidade, permitindo o prosseguimento da ação em primeiro grau, em especial, para se apurar a existência e/ou prevalência da paternidade sócioafetiva, preservando-se o melhor interesse do infante.

- “Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.” (STJ - REsp 1003628)⁷(Grifos nossos)

Nesse mesmo sentido decidiu a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO. PROCEDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. Caso em que o apelado é comprovadamente o pai biológico do menor, e só não efetuou o registro quando do nascimento porque não sabia ser o pai. Caso em que o apelante efetuou o registro da paternidade em estado de erro, porque pensava ser o pai da criança concebida e nascida na constância do casamento que mantinha com a genitora. Em face dessas circunstâncias não cabe ao pai registral alegar paternidade socioafetiva contra o pai biológico. Ainda mais quando o

⁷TJMG - Apelação Cível 1.0439.12.001045-9/001, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/07/2014, publicação da súmula em 22/07/2014

tempo de convivência entre o pai registral e o menor foi pequeno. NEGARAM PROVIMENTO.⁸

Verifica-se que o terceiro que reivindica a paternidade para si está respaldado em dispositivos legais ao impugnar a paternidade registral, bem como em princípios constitucionais.

Dessa maneira, resta evidenciada a sua legitimidade para propor ação que vise ao reconhecimento do filho, ainda que este tenha sido registrado na constância do casamento por *outrem*.

Por todo exposto, salvo melhor juízo, o acórdão objeto dos comentários não merece ser prestigiado. A tese ora defendida deve prevalecer, a fim de se minimizar o descompasso existente entre a atual estruturação das ações de impugnação à paternidade no Código Civil de 2002 e a visão civil-constitucional da filiação.

8 TJRS - AC: 70050469816 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 13/12/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/12/2012.