

DO RITO PROCESSUAL DADO À AÇÃO DE
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO,
NOS TERMOS DO ART. 2º, § 4º,
DA LEI 8.560, DE 29.12.1992¹

Renato Maia

SUMÁRIO: 1. Ação de investigação de paternidade – 2. Do reconhecimento voluntário e judicial – 3. Conclusão.

1. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de *investigação de paternidade* existe para proporcionar ao filho ilegítimo a oportunidade de se ver reconhecido pelo seu pai ou mesmo pela sua mãe.

O crescimento constante das uniões de pessoas à margem do casamento faz também acentuadamente crescer o número de filiações ilegítimas.

Muito embora tenha a Constituição de 1988, em seu art. 227, § 6º, proibido quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, manteremos os conceitos existentes para fins de estudo.

São filhos legítimos os havidos na constância do casamento e ilegítimos os havidos fora do casamento, haja ou não impedimento matrimonial entre seus pais.

Os ilegítimos dividem-se em naturais e espúrios. São *naturais*, quando não há impedimento para o matrimônio entre seus pais, e *espúrios*, quando seus pais estão impedidos de se casarem à época de sua concepção.

1 Tese aprovada pela maioria, com emendas aditivas.

Tratando-se de filho legítimo, **mater certa est, pater autem incertus**, isto é, a mãe é sempre certa e o pai é presunção.

Os filhos havidos pelo casal, na constância do casamento, vimos, são legítimos de ambos.

No tocante aos filhos ilegítimos, embora geralmente **mater semper certa est**, não há presunção de paternidade, salvo em caso de concubinato.

O reconhecimento *voluntário* do filho é permitido e pode ser feito no próprio assento de nascimento, ou, posteriormente, por escritura pública (art. 357, **caput**, do Código Civil). O art. 26 da Lei 8.069, de 13/7/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, dispõe que os filhos havidos fora do casamento (*ilegítimos*) poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Não se dando o *reconhecimento voluntário*, abre-se ao filho natural a possibilidade de obtê-lo coercitivamente do pai, através da ação de *investigação de paternidade*.

Atualmente, no Registro Civil, não se faz referência à natureza ilegítima da filiação, por imperativo da Constituição:

“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” (art. 227, § 6º da Constituição Federal).

Assim, qualquer filho *ilegítimo*, que não tenha sua paternidade ou mesmo, maternidade reconhecida voluntariamente, tem o direito de ação, *judicialmente*, contra o susposto pai ou mãe, para se ver reconhecido.

O direito de reconhecimento de qualquer filho é amplo, geral e irrestrito, estando plenamente revogado o art. 358 do Código Civil.

Pelo exposto, concluímos que existem dois tipos de reconhecimento de filiação: o *voluntário* e o *judicial*.

2. DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E JUDICIAL

Quanto ao reconhecimento judicial, processa-se este de acordo com o art. 363, do Código Civil.

“Os filhos têm ação contra os pais:

I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubificada com o pretendido pai;

II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou com suas relações sexuais com ela;

III – se existir declaração daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.”

O inc. III pode ser considerado como uma forma de reconhecimento voluntário, uma vez que o pretenso pai reconhece por si só a paternidade, através de declaração própria, pela sua vontade própria.

Dentro do *reconhecimento judicial* veio, recentemente, a Lei 8.560/92 aumentar a possibilidade de o filho havido fora do casamento ver sua paternidade investigada, acrescentando que, além do reconhecimento ser feito:

- I – no registo de nascimento;
- II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; passaria também a ser feito;
- IV – *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.*

Determina a mencionada lei que, em registo de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial do Registro Civil remeterá ao juiz certidão integral do registo, o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficialmente a procedência da alegação, *em juízo*.

O juiz mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

Uma vez notificado o suposto pai, tem três alternativas:

- a) não comparecer à audiência designada;
- b) comparecer e reconhecer a paternidade pleiteada; e
- c) comparecer e negar a paternidade pleiteada.

Em caso de não-comparecimento, subentende-se como negativa a pretensão. Em caso de reconhecer a pretensão e confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do Registro, para a devida averbação.

Sendo negada a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a *ação de investigação de paternidade*.

Com a lei em análise, ganha o Ministério Público mais uma atribuição para a defesa dos interesses sociais, uma vez que a maioria das mães solteiras é de classe mais baixa e, conseqüentemente, mais ignorantes e sem recursos para pleitear seus direitos.

A título de ilustração, sabe-se que no Brasil em 1990, nasceram 2.419.927 crianças, das quais 31,76% tinham mãe solteira (768.815). Destas, 26,45% eram menores de 19 anos.

Também no Chile, um dentre três menores é filho ilegítimo, isto é, não nasce dentro de uma família legalmente constituída, conforme pesquisa do Centro de Estudos Públicos do Chile, publicado em dezembro de 1992.

Como se verifica com base nos dados fornecidos pela última pesquisa do Registro Civil do IBGE, é muito elevado o índice dos que nasceram somente com a maternidade estabelecida.

Em face dessa situação, veio a mencionada Lei 8.560/92 dar efetividade ao princípio da isonomia entre os filhos – pois não vale grande coisa a Constituição garantir a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, se não se fizerem esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação.

Considerando que o titular do bem jurídico indisponível, no estabelecimento da paternidade, é o menor e não sua genitora, estabeleceu a nova lei o denominado *procedimento de averiguação oficiosa*, a fim de se determinar a paternidade de toda criança registrada somente com a maternidade estabelecida, além de conferir ao Ministério Público legitimidade para propor ação de *investigação de paternidade*.

A Lei 8.560/92 foi buscar no Código Civil português inspiração para criar o procedimento de *averiguação oficiosa*.

O art. 1.864 do Código Civil Português estabelece:

“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 verificar officiosamente a identidade do pai.”

A ação de investigação de paternidade, quando interposta pela parte, segue o rito ordinário estabelecido no art. 282 do CPC. Entretanto, pela aplicação da Lei 8.560/92, tem sido, nas disposições desta, dado um caráter administrativo, assim entendido pela faculdade outorgada ao suposto pai, sendo este inclusive notificado ao invés de citado da designação de audiência.

O procedimento da *averiguação oficiosa* é o mais singelo possível, para que não se transforme em uma verdadeira ação, com amplo contraditório.

Contudo, deve respeitar o mandamento constitucional do art. 5º, LV, que dispõe:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.”

Não pode ser aplicado, no caso, irrestritamente, o procedimento especial de jurisdição voluntária previsto no art. 1.103 do CPC, visto que o art. 1.105 determina a citação de todos os interessados sob pena de nulidade, o que não se aplica no caso de *averiguação oficiosa*, visto que a oitiva da mãe do menor, que evidentemente é interessada, só será efetivada se possível.

Também não se aplica o procedimento previsto no art. 109 da Lei de Registro Públicos, para as retificações, restaurações e suprimentos de registro civil.

Outra questão de alta indagação quanto ao procedimento de *averiguação oficiosa* é se cabe a oitiva de testemunhas, quer da mãe do menor, quer do suposto pai.

A oitiva de testemunhas não serviria ao juiz que, em caso de negativa por parte do suposto pai, está limitada à remessa dos autos de averiguação ao Ministério Público, como legitimado extraordinariamente para intentar a ação de investigação de paternidade.

Portanto, e como tem a *averiguação oficiosa* como finalidade fornecer elementos ao Ministério Público para que possa este intentar a ação, não vemos inconveniente na oitiva de testemunhas. Dispensável, entretanto, será tal oitiva quando o órgão do Ministério Público dispensar tais depoimentos, por entender que já possui elementos para intentar a ação de investigação de paternidade.

Se nessa fase a mãe e o suposto pai requererem o exame de DNA, também não vemos inconveniente em tal produção de prova.

Ocorre que, em se consumando a necessidade do Ministério Público em ajuizar a ação de investigação de paternidade (art. 2º, § 4º da Lei 8.560/92), pelo não-comparecimento do suposto pai, apesar de notificado, à audiência designada ou pela negativa deste à paternidade que lhe é atribuída, sendo o procedimento *administrativo*, ensejaria o arquivamento do feito, com a conseqüente remessa dos autos ao Promotor de Justiça.

Com o ajuizamento da ação, nova distribuição seria feita e um processo seria instaurado, este sim, nos termos do Código de Processo Civil, pelo procedimento ordinário, em contencioso, contra o suposto pai, o que poderia acarretar um problema de sustentação nas comarcas onde existem mais de uma Vara Cível, pois assim poderia, pela distribuição, a ação por um Promotor ajuizada ter que ser sustentada por outro Promotor de Justiça, com atribuição daquela Vara para a qual foi a ação distribuída.

Embora seja o Ministério Público uno e indivisível, geraria dificuldades, senão constrangimento, quando um Promotor entendesse falta de elementos para a proposição e sustentação diferentemente daquele que interpôs a ação.

Entendemos que a Lei 8.560/92, teve como fim, dar às mães solteiras, mais uma chance e maior facilidade para ver o direito de seus filhos à uma paternidade reconhecido e também a finalidade de reunir elementos para que, sendo necessário, possa o Ministério Público, em nome do investigador, assumir a iniciativa da propositura da ação.

Uma vez que se destina a referida lei a subsidiar elementos para a propositura da ação pelo Ministério Público, entendemos que deva o procedi-

mento inicial (*averiguação oficiosa*), disposto por esta lei, fixar a competência por prevenção e ter prosseguimento, continuando nos mesmos autos, obviamente que pelo *rito ordinário* previsto pela lei adjetiva civil, após a interposição da ação pelo *parquet*.

Não só facilitaria o acompanhamento pelo Promotor de Justiça que propôs a ação, como tornaria o processo mais célere, além de deixar o julgamento com o juiz que tem maior conhecimento do caso específico, visto que já ouviu a mãe e o suposto pai, estando, portanto, mais inteirado dos fatos.

3. CONCLUSÃO

1. No procedimento de averiguação oficiosa regulada pela Lei 8.560/92, impõe-se a participação efetiva do Ministério Público, o que compreende a possibilidade de o Promotor de Justiça inquirir a mãe e o suposto pai investigante, bem como produzir prova testemunhal e pericial.

2. A competência do juízo para ação de investigação de paternidade de que cuida a Lei 8.560/92 será fixada pela distribuição por prevenção do expediente vindo do Cartório do Registro Civil.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES FELIPE, Jorge Franklin. *Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato*. Ed. Forense, RJ, s/d.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Ed. Saraiva, SP, s/d.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil*. Ed. Malheiros, SP, 1994.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*. Lei 8.560/92. Lumen Juris.