



DIREITO COMPARADO

## A paternidade na visão do Superior Tribunal de Justiça

5 de setembro de 2012, 9h00

Por Otavio Luiz Rodrigues Junior

O Direito de Família, após os movimentos de contracultura dos anos 1960, iniciou um lento processo de derruição de seus fundamentos clássicos, que colocavam na centralidade de suas categorias a noção de *legitimidade*. Essa palavra, que não é unívoca, deve ser entendida em seu significado romanístico: aquilo que é conforme a lei (*legitimus*). No Direito Romano, no *ius commune* e na Era das Codificações, compreensiva do final do século XVIII até o início do século XX, a *legitimidade* demarcou espaços nas relações familiares, como critério distintivo do que era reconhecido e do que não era reconhecido pelo Direito como apto a gerar um *status* (de casado, de filho, de viúvo) e os direitos decorrentes.

O ato de perfilhação, tal como descrito no romance *Helena* de Machado de Assis ([clique aqui para ler mais](#)), representava a passagem do indivíduo do campo da *ilegitimidade* para o campo da *legitimidade*, com profundos significados patrimoniais e sociais. Transcrevendo, uma vez mais, excerto dessa obra fabulosa, após a perfilhação, Helena “era declarada herdeira da parte que lhe tocasse de seus bens, e devia ir viver com a família, a quem o conselheiro instantaneamente pedia que a tratasse com desvelo e carinho, como se de seu matrimônio fosse”.

As primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre as chamadas relações concubinárias representam passos decisivos à atribuição de efeitos jurídicos a certos vínculos familiares não subordináveis à estrutura binária *legítimo-ilegítimo*. Não é sem razão que, em 1964, o STF editou duas súmulas sobre essa matéria, tão delicada para a sociedade brasileira naquele período. Os sinais da contracultura surgiam também no pensamento jurídico daquela década. Nos termos da Súmula STF 380, de 3.4.1964: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” E a Súmula STF 382, também de 3.4.1964, contém o seguinte enunciado: “A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

Aos 13 de dezembro de 1963, o Pretório Excelso também sumulava algo perturbador à estabilidade da família tradicional: “É imprescritível a ação de investigação de

paternidade, mas não o é a de petição de herança” (Súmula STF 149). Se, a qualquer momento, era possível rever os vínculos de filiação, ainda que passadas algumas décadas, a aparente segurança da família *legítima* poderia ser desfeita com o surgimento de um descendente que pretendesse ver reconhecido seus direitos.

A Constituição de 1988 culminou com esse processo de superação do paradigma da *legitimidade* como categoria central do Direito de Família, ao tempo em que igualou os filhos, eliminando quaisquer diferenças de tratamento jurídico, especialmente no campo sucessório, e *constitucionalizou* a união estável, permitindo sua conversão em casamento. A partir daí, o Direito de Família parece ter assumido um novo paradigma que é a chamada *afetividade*. Essa escolha, que não é legislativa e sim de parte da doutrina, é tema para uma coluna exclusiva. Há muitas críticas sobre se escolher a *afetividade* como nota distintiva das relações jurídico-familiares, seja por sua plurivocidade, seja por haver tantas e tão distintas compreensões desse conceito. Essa apreciação não conformista sobre a *afetividade* não pode ser confundida com um desejo de retorno à categoria da *legitimidade*, que está superada historicamente.<sup>[1]</sup>

Importa, contudo, que a *afetividade* assumiu um espaço importante na discussão das questões de família. Dito de outro modo, o Poder Judiciário admitiu a formação de vínculos de parentalidade não fundados em laços biológicos e sim no afeto. Não é objetivo desta coluna apreciar as vantagens dessa opção. Interessa aqui proceder a um exame descritivo de como essa nova visão tem influído nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nas ações relativas ao reconhecimento e à negatória de paternidade. Com isso, retoma-se a discussão das duas últimas colunas sobre a visão de tribunais europeus e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) sobre esse importante problema do Direito Civil contemporâneo.

### A visão do STJ

Para ordenar o exame dos principais casos, eles foram organizados a partir de eixos temáticos:

a) *Desnecessidade de observância de prazo para ajuizar a ação negatória de paternidade*. Na vigência do Código Civil de 1916, o artigo 178, parágrafo 3º fixava em dois meses o prazo para o marido, se presente, contestar a legitimidade do filho de sua mulher. Na jurisprudência do STJ, desde o início da primeira década do século XX, considerou-se que “[o] tempo não determina a extinção do direito de o marido propor a ação negatória da paternidade”<sup>[2]</sup> Antes disso, porém, prevalecia a tese de que “[a] ação negatória não se transforma, quando contestada, em investigatória, de modo a se tornar imprescritível”.<sup>[3]</sup>

A mudança no entendimento do STJ vai ocorrer de modo muito semelhante ao que se dá nas discussões europeias: a adoção de um critério casuístico, baseado na ideia de que “o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele [*o marido*] de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de

sua esposa”, mesmo que o marido coabitasse com a mulher (segundo a fórmula do Código Civil, “se presente”).[4] A virada jurisprudencial ocorrerá definitivamente em um julgamento da 4ª Turma do STJ, ocorrido em 29 de agosto de 2000, no qual o relator ministro Barros Monteiro foi vencido e predominou a tese da não observância dos prazos do Código Civil de 1916.[5]

Como resultado dessa evolução da matéria nos tribunais, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.601, prescreve que: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”

*b) Situação jurídica da criança após a procedência da negatória de paternidade.* O STJ examinou um interessante caso no qual se discutia a prevalência do chamado *princípio do melhor interesse da criança* sobre o direito de um pai de negar a paternidade civil, gerada a partir de sua indução a erro, quando registrou o menor como se filho seu fosse. O julgamento baseou-se na regra do artigo 1.601 do Código Civil, que não impõe prazos ao ajuizamento da ação negatória, e ao direito do pai de ter reconhecida a “verdade biológica” sobre a situação jurídica indevidamente constituída.[6]

*c) Vínculos parentais socioafetivos e a adoção “à brasileira”.* Uma mulher manteve relações sexuais com um homem, de família tradicional, e dele engravidou. Nascida a criança, ela foi entregue a um casal, que a registrou como se filha fosse. É o típico caso de “adoção à brasileira”, muito comum no país, especialmente quando os interessados não desejam se submeter à burocracia do processo de adoção.

Décadas depois, decidiu a “adotada à brasileira” investigar suas origens e descobriu as reais circunstâncias de seu nascimento. Propôs uma ação de investigação de paternidade e de maternidade, que resultou em exame de DNA com alta probabilidade de ser o investigado seu pai biológico. O Tribunal Estadual reformou a sentença que julgara procedentes os pedidos da investigação, por considerar que “a verdade socioafetiva se sobrepõe à verdade genética”.

O STJ considerou que o direito fundamental à informação genética deveria prevalecer sobre a paternidade socioafetiva, mas por uma particularidade do caso: o vínculo socioafetivo não se deu por vontade dos pais que realizaram o registro, mas para atender às necessidades de encobrir uma filiação ilegítima. A relatora ministra Nancy Andrighi, contudo, não estabeleceu uma orientação geral: as circunstâncias de cada processo admitiriam outro posicionamento.[7]

Em outro julgado, o registro foi mantido, a despeito da comprovada ausência de vínculo biológico. Um homem registrou como seu um filho de uma mulher com quem teve uma única relação sexual. Muito tempo depois, mesmo com a existência de laços socioafetivos, o pai tentou anular o registro e desconstituir a paternidade. O STJ considerou que não seria possível esse ato, dada a comprovada afetividade entre o pai e o suposto filho. Além disso, considerou-se o registro como uma espécie de

reconhecimento de paternidade, que, nos termos do artigo 1.610, CCB/2002, “não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.[\[8\]](#)

Posteriormente, o STJ alargou esse entendimento para abranger hipóteses nas quais houve o reconhecimento do filho por escritura pública e, posteriormente, o exame de DNA comprovou que não existiam vínculos biológicos com o pai civil.[\[9\]](#)

*d) Adoção e vínculos de paternidade biológica.* O STJ definiu que a adoção extingue todos os vínculos jurídicos do adotado com seus pais biológicos, exceto os ligados aos impedimentos matrimoniais. No entanto, é possível que o adotado investigue a paternidade biológica, quando, em seu registro de nascimento não figurava o nome de seu pai. Nesse caso, não se pode falar em ruptura de vínculos parentais anteriores. A pretensão do adotado em conhecer seu pai natural não pode ser obstada, em face dessa particularidade, pela legislação civil.[\[10\]](#)

*e) Novo ajuizamento de ação de investigação de paternidade.* O STJ tem hoje um “grupo de casos” sobre a possibilidade de nova propositura de ação de investigação de paternidade, quando a primeira teve seus pedidos julgados improcedentes e formou-se a coisa julgada. É uma situação que guarda profundas conexões com a decisão do STF no RE 363.889, de relatoria do ministro Dias Toffoli, que reconheceu a viabilidade de se relativizar a coisa julgada, quando, na primeira ação, o exame de DNA não se realizou por ausência de meios pela parte e por omissão do Estado em supri-los adequadamente.

Em alguns acórdãos, o STJ “assentou a impossibilidade de se renovar a investigação de paternidade em virtude do advento do exame de DNA, afastando a coisa julgada formada em processo anterior, no qual não houve o reconhecimento da alegada paternidade”.[\[11\]](#) Em outros arestos, manteve-se a paternidade reconhecida apenas com prova testemunhal e se impediu a rediscussão da matéria, para se desconstituir os vínculos parentais, em nome da segurança jurídica.[\[12\]](#)

Os efeitos da decisão do STF no RE 363.889, todavia, já se fizeram sentir no STJ em outros julgados, que admitiram o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, relativizando-se a *res iudicata*.[\[13\]](#)

*f) Direito personalíssimo do neto de obter declaração de existência de vínculos genéticos com seu suposto avô (investigação de vínculo genético per saltum).* Por sua complexidade e seu ineditismo, este talvez seja um dos casos mais interessantes julgados pelo STJ sobre a matéria. A situação fática é a seguinte: um homem propôs ação de investigação de paternidade contra seu suposto pai. Na instrução, realizou-se prova pericial (exame hematológico de HLA), cujo resultado foi negativo ao interesse do autor. Com o trânsito em julgado, o investigante promoveu ação rescisória, alegando o surgimento de um novo método de aferição genética, o exame de DNA. A rescisória teve seus pedidos julgados improcedentes. Foi proposta ação cautelar de antecipação de prova, igualmente sem sucesso. O investigante, então,

promoveu nova ação de paternidade, a qual não teve sequência porque acolhida a preliminar de coisa julgada.

A filha do investigante ingressou com ação cautelar de produção antecipada de prova em face seu suposto avô, com o objetivo de ajuizar futura ação de declaração de relação avoenga.

Em síntese, o objetivo da requerente da cautelar é realizar uma “investigação de vínculo genético *per saltum*”, para se inovar na nomenclatura dessas ações.

O relator ministro Raul Araújo, em seu voto, afirmou que não haveria óbice à legitimidade do neto em peticionar o reconhecimento de relação avoenga, o que se ajustaria ao artigo 1.606 do Código Civil.[\[14\]](#) Em relação à coisa julgada, o relator considerou que ela não atingiu o direito da autora e não poderia se contaminada pelo resultado das ações de seu pai. Em conclusão, “(...) o pedido deve ser considerado juridicamente possível e a parte deve ser tida como legítima para o ajuizamento da ação cautelar de antecipação de prova, bem como deve ser afastado o óbice da coisa julgada, viabilizando-se o curso da ação consubstanciada na realização de exame de DNA, para instrução de ação declaratória de relação avoenga”.

Em um extenso voto, o ministro Marco Aurélio Buzzi divergiu do relator, por entender que o direito fundamental à informação genética não exclui de maneira absoluta o direito à intimidade e à privacidade nas relações de parentesco, que se conecta com o princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações de família. O voto também assevera que a autora não busca “um puro direito de identidade genética, mas também o de parentalidade”, com todos os efeitos jurídicos (e patrimoniais) daí advindos. A legitimidade seria *apenas* sucessiva “para gerações de grau de proximidade diferentes postularem o reconhecimento de parentesco, vez que os mais próximos afastam os mais remotos, enquanto vivos”. Pensar o contrário seria o mesmo que admitir uma vinculação parental de um neto com um avô, mas cujo pai não integraria essa cadeia.

O ministro Marco Aurélio Buzzi também anota que não se pode falar na “necessidade de protagonismo judicial, pois o legislador, legitimado para tanto pelo eleitor, na recém reforma do Código Civil, não pretendeu modificar essa escala sucessiva de legitimação para o exercício do direito ora em foco”.

Em conclusão, o voto do ministro Marco Aurélio Buzzi, que prevaleceu nesse julgamento, conserva ao pai o direito de buscar a relativização da coisa julgada em sua ação de investigação de paternidade, respeitando-se o precedente do STF, no RE 363.889. Mas, desrespeitar a legitimação do artigo 1.606, CCB/2002, não seria possível.[\[15\]](#)

## Conclusões

Com esta coluna, encerra-se uma análise sobre os diferentes enfoques em torno de problemas como a paternidade, a identidade genética e a adequação das legislações aos avanços na Bioética.

O Brasil ainda se depara com problemas específicos, ligados à pretensão de reconhecimento de paternidade ou de sua rejeição, quase sempre por questões de fundo patrimonial ou sucessória. A tendência, porém, é que surjam novos desdobramentos em torno da tensão entre os vínculos biológicos e os civis sob outros prismas, especialmente pelo caráter cada vez mais complexo das relações familiares.

Fica um convite ao legislador, que detém o eminente e conspícuo mandato popular, para que enfrente esses problemas e deixe ao Poder Judiciário uma margem de apreciação menor. Nada como boas soluções legislativas para casos tão próximos da realidade social. Os debates parlamentares têm seus custos argumentativos e políticos. E é nessa ágora que se devem primordialmente resolver esses problemas da condição humana.

---

[1] Confira-se a interessante crítica de: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3.<sup>a</sup> ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 480.

[2] STJ. REsp 278.845/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 20/02/2001, DJ 28/05/2001, p. 202.

[3] STJ.REsp 37.588/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 07/03/1995, DJ 13/11/1995, p. 38672.

[4] STJ. REsp 194.866/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/04/1999, DJ 14/06/1999, p. 188.

[5] STJ. REsp 146.548/GO, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 05/03/2001, p. 167.

[6] “E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas” (STJ. REsp 878.954/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 339).

[7] STJ. REsp 833.712/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347.

[8] STJ. REsp 1078285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 18/08/2010.

[9] STJ. REsp 1098036/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 01/03/2012.

[10] STJ. REsp 813.604/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 258.

[11] STJ. AgRg no REsp 1236166/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 09/08/2012.

[12] STJ. AgRg no Ag 1425847/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 25/06/2012.

[13] AgRg no REsp 1257855/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012; EDcl na MC 18.265/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

[14] “Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”.

[15] STJ. REsp 876.434/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012.

Otávio Luiz Rodrigues Junior é advogado da União, pós-doutor (Universidade de Lisboa) e doutor em Direito Civil (USP); membro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française (Paris, França) e da Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Oviedo, Espanha).

Revista **Consultor Jurídico**, 5 de setembro de 2012, 9h00