

**SÃO IMPRESCRITÍVEIS AS AÇÕES DE
INVESTIGAÇÃO E DE NEGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Belmiro Pedro Welter

Promotor de Justiça/RS.

A prescrição do direito de ação na investigação ou negação de paternidade ou maternidade é um dos mais polêmicos assuntos que se apresentam no palco jurídico brasileiro.

Com efeito, de um lado, é sustentada a imprescritibilidade da ação investigatória ou negatória de paternidade, mas, de outra banda, se entende que se o direito não for exercido até quatro anos após a maioridade, ou emancipação, ocorrerá a decadência do direito de ação.

Da prescrição da ação investigatória de paternidade em quatro anos, contados da maioridade ou emancipação

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, após o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, apegou-se à tese de que o filho tem quatro (04) anos, contados da maioridade, ou emancipação, para aforar a ação de investigação de paternidade, sob pena de decair do direito de ação, já que a demanda é prescritível, na forma do artigo 178, parágrafo 9º, inciso VI, e 362, ambos do Código Civil.

Em um dos venerandos acórdãos é dito o seguinte:

“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – DECADÊNCIA. ARTS. 178, § 9º, VI, e 362, CC – EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE DECLARAÇÃO DE ESTADO –

PRECEDENTES DA CORTE (REsp. 1.380 – RJ e 19.244 – PR)¹. I. O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado dentro dos quatro anos que se seguirem à sua maioridade, ou emancipação. II. Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso “in albis” – sem manifestação de insurgência de qualquer espécie – conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido. III. A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

“Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO: (Relator): Esta Corte, já por pelo menos duas vezes, teve oportunidade de pronunciar-se sobre a questão acerca da qual se controverte. Uma, quando do julgamento do REsp 1.380-RJ, cujo acórdão foi trazido à colação pela recorrente. A outra, ao apreciar o REsp 19.244-0-PR, relatado pelo Ministro ATHOS CARNEIRO.

“Em ambas as ocasiões, adotou-se entendimento no sentido de que a impugnação ao reconhecimento de paternidade, ainda que deduzida com fundamento em “defeito de veracidade” (falso ideológico), sujeita-se ao prazo decadencial estabelecido nos arts. 178, § 9º, VI, e 362, ambos do CC, cabendo ao perfilhado ingressar com ação visando a invalidar o ato (no caso, registro levado a efeito no assento de nascimento quando a autora contava cinco anos de idade) dentro dos quatro anos seguintes ao dia em que tiver atingido a maioridade ou sido emancipado.

“É do seguinte teor a ementa do primeiro dos referidos precedentes, da terceira turma: “Ação impugnativa do reconhecimento filial. Prescritibilidade. A ação do reconhecido para impugnar o reconhecimento filial é prescritível, “ex vi” do disposto nos arts 178. § 9º, VI, e 362 do CC. exceção legal

¹ Recurso Especial nº 38.856-2-RS – Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo, da 4ª Turma, de 21 de junho de 1994 (data do julgamento). (DJU 15.08.94).

ao princípio da imprescritibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas. Recurso não conhecido” (DJ de 04.06.90).

“Do voto condutor então proferido, extrai-se: “De razoável admissibilidade, conforme se vê, o recurso esbarra, porém, no acerto com que se houve a respeitável decisão recorrida, no pertinente à questão decadencial. Tanto o art. 178, § 9º, VI, como o art. 362, ambos do CC, fulminam com a decadência, em quatro anos, a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento, a contar dos termos que indica. Pouco importa que o reconhecido não seja filho, conforme registra o “caput” do art. 362. A ação pode surgir nos casos de falsidade ideológica ou instrumental do assento de nascimento, de que conste a menção da pessoa como filho do casal, sem ser. O varão, ao contrair núpcias com a mãe solteira, pode legitimar o filho natural anteriormente havido com outrem, pois a legitimação, nesses casos, não seria o resultado, puro e simples, “per subsequens matrimonium”, mas ato declaratório, que não cria a paternidade, mas apenas declara uma situação de que o direito tira conseqüências”.

“E adiante: “...exatamente porque o estado das pessoas constitui-se em situações permanentes, impõe-se a sua preservação, de modo que nem todas as situações assim conceituadas devem seguir a regra da imprescritibilidade. Daí a exceção contida nos arts. 178, § 9º, VI, e 362 do CC, do que não é recomendável discordar”.

“Já o acórdão desta quarta turma restou assim ementado: “Ação de impugnação de reconhecimento de filho natural. Prescritibilidade. Demanda proposta e julgada no regime da Constituição pretérita. CC, art. 178, § 9º, VI. A norma do artigo 178, § 9º, VI, do CC implicou exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações relativas ao estado das pessoas” (DJ de 29.03.93).

“Em seu voto, o Ministro ATHOS CARNEIRO fez transcrever lição doutrinária de ORLANDO GOMES, *verbis*: “O reconhecimento de filho menor pode vir a ser anulado se o impugna, fundadamente, em certo prazo de decadência, iniciado com a maioridade, ou emancipação. É de quatro anos o prazo extintivo, devendo fundar-se a ação na incapacidade

do perfilhante, na inobservância das formalidades essenciais do ato ou na inveracidade da afirmação de paternidade ou maternidade (*Direito de Família*, Forense, 3ª ed., nº 201)”.
“De salientar-se que, postulada a invalidade do reconhecimento com suporte em alegado cometimento de falso ideológico, a pretensão nesse caso formulada é da anulabilidade e não de nulidade, encontrando amparo no inciso II do art. 147 do CC.

“Em relação a tanto, é bom que se diga, o interesse em causa é muito mais privado (do perfilhado) do que público. Interesse público acentuado se revela nas hipóteses em que o registro de nascimento de determinada pessoa esteja desfalcado do nome do pai. Não assim nos casos, como o vertente, em que o demandante, estando reconhecido como filho de determinado homem, busca atribuir a paternidade a outro, movido, no mais das vezes, por fator de ordem econômico-patrimonial, o que se faz sentir de modo mais evidente quando à investigação se cumula pedido de petição de herança.

“Por outro lado, é de ter-se em linha de consideração que o perfilhante, mesmo nos casos em que reconhece a paternidade com a consciência de não ser o pai biológico, atua, em grande parte dos casos, com intenção nobre e altruísta, razão pela qual o próprio ordenamento penal, ao tipificar o chamado crime de adoção “à brasileira”, capitulado no art. 242, CP, previu um tipo privilegiado (parágrafo único) com instituição de hipótese de perdão judicial.

“Em face dessas considerações é que não vejo como enquadrar a eventual invalidade do ato de reconhecimento, ainda que decorrente de falsidade da declaração prestada pelo perfilhante, como nulidade, senão como anulabilidade, devendo, por isso, ser argüida antes de expirado o quadriênio legal, sob pena de consolidar-se como situação jurídica definitiva pelo decurso do tempo.

“E assim é, se a ação visando à anulação do ato de reconhecimento, ainda que estribada na inveracidade da afirmação da paternidade, encontre limite temporal dentro do qual se impõe seja exercida, é de convir-se que, ultrapassado este prazo, não sendo mais possível a desconstituição do referido ato com base em tal fundamento, de todo descabido, se afigura o ajuizamento e prosseguimento de ação

investigatória de paternidade cujo desfecho, ainda que favorável à parte autora, não teria o efeito de alterar o seu registro de filiação.

“Essa, aliás, a conclusão a que chegou a 2ª Câmara do TJPR, que restou mantida por esta quarta turma, no REsp 19.244-0: “... não podendo mais o autor, em razão da sua inércia, impugnar tal reconhecimento, não pode, igualmente, pleitear a declaração judicial da paternidade em relação a outro suposto pai. Consolidada pela prescrição sua relação de parentesco com o pai indicado no respectivo assento de nascimento, defeso é ao postulante promover ação de investigação da paternidade contra terceiro, por falta de possibilidade jurídica.”

Conforme veremos a seguir, um acórdão do mês de dezembro de 1997, também do STJ, entendeu de forma contrária, isto é, reconheceu a imprescritibilidade da demanda investigatória de paternidade.

Da imprescritibilidade da ação de investigação ou de negação de paternidade ou maternidade

Depois do acórdão acima citado, que foi edificado no mês de abril de 1997, houve novo pronunciamento do egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, desta feita, em dezembro de 1997, no qual o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA fez constar que a ação investigatória ou negatória de paternidade de filho legítimo ou ilegítimo é **imprescritível**, desde que os fatos tenham ocorrido após a Constituição Federal de 1988 ou artigo 27 da Lei nº 8.069/90 (ECA).

Para melhor compreensão, transcrevemos a ementa do acórdão²:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Impugnação ao reconhecimento – Prescrição – Ocorrência – Revogação implícita dos arts. 178, § 9º, VI, e 362 do CC pelo art. 27 da Lei 8.069/90 - Inaplicabilidade em face da extinção do direito do impugnante quando do surgimento do ECA.

“Ementa da Redação: Embora o art. 27 do ECA tenha revogado implicitamente os arts. 178, § 9.o, VI, e 362 do CC. que fixavam

² Acórdão REsp 79.640-RS – Segredo de Justiça – 4ª T. – 21.10.1997 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 09.12.1997, transcrito na Revista dos Tribunais nº 750/216.

em quatro anos o prazo para interposição de ação de impugnação ao reconhecimento de paternidade, contados da maioridade ou da emancipação do filho, se o direito do impugnante já estava extinto quando do surgimento da nova lei, é aplicável o prazo prescricional aludido no Estatuto Civil.”

No corpo desse acórdão foi dito o seguinte:

“Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (relator): Recentemente, esta Turma enfrentou o tema no julgamento do REsp 83.685-MG, relatado pelo Min. Ruy Rosado, cujo voto transcrevo na íntegra:

“O STJ já em três oportunidades manifestou-se, através da duas Turmas da egrégia 2ª Seção, a respeito da prescribibilidade da ação de impugnação ao reconhecimento de filho menor, sempre exigindo a propositura da ação no prazo de quatro anos, a contar da maioridade do perflhado:

“A ação de reconhecimento para impugnar o reconhecimento filial é prescritível, “ex vi” do disposto nos arts. 178, § 9º, inc. VI, e 362 do CC, exceção legal ao princípio da imprescribibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas’ (REsp 1.380/RJ, 3.a T., relator eminente Min. Gueiros Leite).

“A norma do art. 178, § 9º, VI, do CC, implicou exceção ao princípio da imprescribibilidade das ações relativas ao estado das pessoas’ (REsp 19.244/PR, 4ª T., relator eminente Min. Athos Carneiro).

“O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perflhado, somente pode ser por este impugnado dentro nos quatro anos que se seguiram à sua maioridade, ou emancipação. Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perflhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso “in albis” - sem manifestação de insurgência de qualquer espécie - conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido. A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao Juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido’ (REsp 38.856/RS, 4.a T., relator eminente Min. Sálvio de Figueiredo).

“É preciso convir, porém, que a ação de impugnação à legitimação, ou ação de contestação de reconhecimento, na forma do art. 362 do CC, que é uma ação do filho contra o pai reconhecente, tem por objetivo unicamente afastar o reconhecimento de filiação e a situação jurídica que daí decorre, para desconstituí-la, sem pretender, com isso, criar uma nova relação. “Para a impugnação basta que a pessoa perflhada não queira a posição de filho natural do perflhante e assim o declare” (Carvalho Santos, *CCB Interpretado*, V/473).

“De outra parte, é inequívoco ser uma das características do estado das pessoas a imprescritibilidade das ações que lhe concernem: `Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo o filho, qualquer filho, tem direito de reivindicar “in iudicio” o “status” que lhe compete. E, então, ao filho ilegítimo assiste sempre o direito de intentar contra o pai, ou os herdeiros deste, ação com o objetivo de declarar o seu “status” de filho ilegítimo’ (Caio Mário, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 99).

“Arnaldo Rizzardo (*Direito de Família*, 11/662), examinando especificamente o caso do menor perflhado que impugna a paternidade, sustenta que: “É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir o prazo prescricional de quatro anos, previsto no art. 178, § 9.º, inc. V, letra b, do CC. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim, como a investigação da paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória da paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência” (o destaque é nosso).

“3. Em decisão recente, esta E. 4ª T, no REsp 2.353/SP, em acórdão de lavra do eminente Min. Torreão Braz, admitiu que: “Embora registradas como filhas legítimas do marido da sua mãe, era lícito às autoras promoverem ação visando ao reconhecimento de outra paternidade (ilegítima), desde que cumulada a investigatória com a ação declaratória incidental de nulidade dos registros de nascimento. As duas ações,

outorgadas pelos arts. 348 e 363 do CC, são imprescritíveis porque dizem com o “status familiae” das pessoas. Contrariedade aos arts. 178, § 9º, inc. VI, e 348 do CC. Dissídio interpretativo comprovado. Recurso conhecido e provido’.

“Ora, se aos filhos registrados como legítimos é admitida a imprescritibilidade da ação de impugnação, igualmente se há de entender para os filhos legitimados, uma vez que a nova legislação não admite discriminação:

“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’ (art. 20 da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

“De acordo com esse novo sistema, assim como se estende ao filho ilegítimo o direito de propor ação investigatória de paternidade contra seu suposto pai (‘No caso de filhos legítimos, a hipótese não constitui óbice à propositura da ação investigatória, desde que cumulada com a ação de nulidade do registro com a ação de nulidade do registro de nascimento, esta com um caráter evidentemente prejudicial’, como asseverou o eminente Min. Barros Monteiro, no julgamento do REsp 2.353/SP, acima citado), assim também se há de permitir a mesma providência ao filho legitimado, que não pode ser tratado diferentemente”.

“Na espécie dos autos, porém, tenho dificuldade para dar provimento ao recurso.

“De acordo com a jurisprudência pacificada nas duas Turmas da egrégia 2ª Seção, como se viu, na vigência do regime anterior, prevalecia a regra que impunha ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento. A presente ação versa sobre fatos que aconteceram antes de 1988 e de 1990, pois o prazo decadencial de quatro anos se extinguiu em 21.06.1988. Portanto, o direito do autor já estaria extinto quando sobreveio a nova legislação não renascendo daí.

“O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também reconhece a imprescritibilidade das demandas investigatórias e negatórias de paternidade, mas somente a contar da vigência do ECA, artigo 27 da Lei nº 8.069/90, nos seguintes termos:

“Investigação de paternidade. Decadência. Art. 178, parágrafo 9º, inciso VI, e art. 362 do CC. Art. 27 da Lei nº 8.069/90 (ECA). Ação imprescritível. Tratando-se de questão prejudicial ao julgamento do mérito do pedido, a decisão interlocutória atacada por agravo retido pode ser examinada em AI interposto de outra decisão no curso do processo, relacionado com a prova, tendo em vista o princípio da efetividade do processo, que deve ser prestigiado. O item VI do parágrafo 9º do art. 178 e o art. 362 do CC representam uma exceção legal ao princípio da imprescritibilidade relativo ao estado das pessoas, que cumpre ser respeitada enquanto vigente, até ser revogada pelo art. 27 da Lei nº 8.069/90 (ECA)”.³

De nossa parte, concordamos com a doutrina e a jurisprudência que sustentam a **imprescritibilidade** das ações de investigação e de negação de paternidade ou de maternidade cumuladas, ou não, com anulação de registro civil, pelas seguintes razões:

o primeiro, discorda-se da tese da necessidade de citação do pai registral, pelos seguintes fundamentos, expostos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os quais adotamos em comodato⁴:

“Não sendo caso de litisconsórcio necessário, e não sendo o pai registral parte na ação de investigação de paternidade, não há falar em nulidade de processo pela falta de citação dele. Poderia ele intervir no processo, espontaneamente, como assistente e não litisconsorte, para o que não se procede a citação.

“A ação de investigação de paternidade é imprescritível. Se os filhos não reconhecidos podem, a qualquer tempo, intentar a ação e, se não pode mais haver discriminação relativamente aos filhos (art. 227, parágrafo 6º, da CF), os filhos reconhecidos por outrem, então, também podem intentar a investigatória a qualquer tempo, eis que ela é imprescritível. Não se aplica mais, pois, o prazo prescricional previsto no art. 178, parágrafo 9º, inc. VI, do Código Civil, para a anulação do registro. Este

³ Acórdão da 4ª CCv. do TJMG, em 24.12.98, rel. Des. REYNOLDO XIMENES CARNEIRO, transcrito na Revista Jurídica nº 257/95.

⁴ Ap. Cível nº 595097361, da 8ª Ccv. do TJRS, rel. Des. ELISEU GOMES TORRES.

dispositivo legal está revogado frente à Carta Magna vigente. “Esta tese (de prescritibilidade) está superada, na medida em que vai de encontro à proibição de qualquer discriminação relativamente aos filhos (destacamos).

“A partir do advento da Carta Magna em vigor, mais precisamente com o art. 227, parágrafo 6º, ficou vedada qualquer discriminação relativa à filiação, seja para filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção.

“Tendo os filhos, nascidos ou não do casamento, os mesmos direitos, é evidente que podem pleitear a paternidade verdadeira, a qualquer tempo, mesmo estando registrados por outrem, que não acreditam ser o verdadeiro pai.

“A ação de investigação de paternidade é imprescritível. Se os filhos não reconhecidos podem, a qualquer tempo, intentar a ação, e se não pode mais haver discriminação relativamente aos filhos (art. 227, parágrafo 6º, da CF), os filhos reconhecidos por outrem, então, também podem intentar a investigatória a qualquer tempo, eis que ela é imprescritível. Não se aplica mais, pois, o prazo prescricional previsto no art. 178, parágrafo 9º, inc. VI, do Código Civil, para a anulação do registro (o grifo é nosso).

“Aqui, vale transcrever ensinamento de ARNALDO RIZZARDO, in “Direito de Família”, 1ª edição, 1994, vol. II, pág. 662, ao tratar da anulação do registro de nascimento e negatória de paternidade:

“É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir o prazo prescricional de quatro anos, previsto no art. 178, parágrafo 9º, inc. V, letra b, do Código Civil. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim, como a ação de investigação de paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória de paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência. O estado da pessoa constitui emanção da personalidade, sendo indisponível. Incidem, ademais, os argumentos já aventados no item sobre a imprescritibilidade da ação investigatória”.

“Não há como não reconhecer que alguns dispositivos do Código Civil estão revogados frente à Carta Magna. Um deles é o que prevê o prazo prescricional de quatro anos para a ação anulatória de registro de nascimento, contados da

maioridade ou emancipação. Se um filho registrado somente no nome da mãe não encontra qualquer prazo para investigar sua paternidade, também aquele que está registrado em nome de outrem não poderá esbarrar em prazo prescricional para tal, mormente quando se reconhece que, para investigar a paternidade, despienda é a anterior anulação do registro".

o segundo fundamento pelo qual se discorda da tese de prescritibilidade em quatro (04) anos, contados da maioridade, ou emancipação, da ação de investigação ou de negação de paternidade ou maternidade, diz respeito ao entendimento esposado por alguns tribunais pátrios quanto à obrigatoriedade de cumulação da ação investigatória ou negatória de paternidade ou maternidade com anulação de registro civil de nascimento.

Comungamos com o entendimento sufragado pelo eminente Professor SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, um dos mais notáveis conhecedores de Direito de Família do País, quando enfrentou essa matéria no Tribunal de Justiça do RS, em memorável acórdão⁵, anotando que:

"Ainda recentemente, houve um acórdão do STJ a respeito da não-necessidade da cumulação, REsp 40.690-0-SP, Min. COSTA LEITE o Relator. Ele está em "Repertório IOB de Jurisprudência" nº 21/95, pág. 326, item 11.378, e também na "Revista Lex, JSTJ e TRF", vol. 77, pág. 85. Um tema que já tem sido várias vezes tratado, em vários tribunais do País, e tem-se entendido pela não-necessidade da cumulação, porque decorre, em síntese, automaticamente do êxito da investigatória o desfazimento do registro".

Prosseguindo no acórdão, o Professor GISCHKOW certifica o seguinte:

a) "até aqui se poderia fazer um resumo em relação a um outro ponto, que é a questão do litisconsórcio necessário, este um ponto mais delicado, mais complexo, reconheço, mas também no julgamento ora embargado me alonguei no exame do assunto, tentando mostrar que não haveria uma hipótese de litisconsórcio necessário. Só queria acrescentar um argumento agora; se não fosse assim, teria que ser indispensável a cumulação com a anulação de registro! Se se entendesse que haveria um litisconsórcio necessário, de sorte que o pai registral tivesse que integrar o processo, derrubar-se-ia toda aquela construção de que não é imprescindível a cumulação, porque aí seria

⁵ Ap. Cível nº595097361, da 8ª Ccv. do TJRS, rel. Des. ELISEU GOMES TORRES.

imprescindível a cumulação, exatamente porque nós teríamos um litisconsórcio necessário – é apenas mais um argumento àqueles que já constam do acórdão embargado”.

b) “O voto do Relator mostrou muito bem, aliás, da tribuna, também o pronunciamento sempre excelente do advogado, que abrilhantou essa sessão com a erudição da sua sustentação oral, mostrou como não é possível continuar raciocinando, no Direito de Família, com categorias completamente superadas a partir da CF de 88. Mas, agora, não se raciocina exclusivamente com a CF. O ECA e a Lei 8.560/92 mostram como não é mais possível trabalhar com o CC como está posto; vários dispositivos do CC têm que ser tidos como revogados.

c) “E não se trata sequer de uma construção que não seja estritamente dogmática, positiva, legalista e técnico-jurídica, e assim a minha argumentação não tem a ver com aspectos puramente valorativos do Direito, ligados ao pensamento da escola culturalista. Quero dizer, em outras palavras, que o pensamento kelseniano tem que chegar às mesmas conclusões, porque se trata de dispositivos legais. Não é necessário estar fazendo grandes elucubrações axiológicas para se chegar a estas conclusões de que o Direito de Família mudou muito.

d) **“Acontece que a resistência é muito grande. Basta ver que, seguidamente, é invocado ainda o art. 363 do CC, que é o famoso artigo da investigação de paternidade, que todos conhecem, quando diz que tem que radicar em escrito deixado pelo pai, rapto, relações sexuais ou concubinato. Ele é citado a todo instante; no entanto, ele está revogado, a meu ver, porque, se o art. 27 do ECA diz que a pesquisa de paternidade é sem restrição nenhuma, esse artigo está restringindo – não sou eu o primeiro a dizer isso, de maneira alguma –, porque ele diz que só pode pesquisar a paternidade no caso de concubinato, rapto, escrito deixado pelo pai, relação sexual. Alguém diria: como é que vai nascer sem relação sexual? Eu respondo: e a inseminação artificial? Então nós vamos ter que dar pela carência de ação de um filho que propusesse investigatória que resultasse de uma inseminação, se não nos déssemos conta da mudança que o Direito de Família sofreu e ainda trabalhássemos com o 363 (o grifo é nosso).**

e) “Quanto à necessidade de prévio ou concomitante pedido de anulação do registro, parece-me que é dispensável, pois se trata de efeito lógico da sentença de investigação de paternidade, aquilo que PONTES chama de

eficácia mandamental da sentença de investigação de paternidade, e é a retificação do registro civil. Sendo assim, não havia necessidade dessa concomitância⁶ (destacamos).

Nesse sentido também já se pronunciou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nos seguintes termos:

“O filho havido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação de investigação de paternidade contra quem entende ser seu verdadeiro pai, nada obstando que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória, a teor da parte final do art. 348 do CC. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa”⁷ (grifamos);

o terceiro fundamento. Os que sustentam a prescritibilidade da ação de investigação ou negação de paternidade dizem que, pelo fato de o pai registral ter cometido o crime de falsidade ideológica, ao reconhecer a paternidade de filho não-biológico, não se pode conceder efeitos civis ao ilícito penal.

Esse argumento da falsidade ideológica cometida pelo pai registral é afastado por acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho, também de lavra do eminente Professor SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, nos seguintes termos⁸:

“Quanto ao problema do 362 do CC, que também foi bastante apreciado, examinado nos acórdãos que já foram referidos, é preciso lembrar que este artigo sequer, quanto ao prazo de quatro anos, existe atualmente no Direito brasileiro, porque a Lei nº 8.560/92 não prevê mais esse prazo de quatro anos. Houve até uma eliminação, e nós sabemos que o direito novo se aplica no momento do julgamento. Mas, de qualquer sorte, o ponto central para repelir o uso do 362 e o do correspondente

⁶ Embargos Infringentes nº 595191198 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis, por maioria. Participaram do julgamento, além do signatário, os Des. WALDEMAR LUIZ DE FREITAS FILHO (Presidente, com voto), ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA, SÉRGIO MÜLLER, SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, SALVADOR HORÁCIO VIZZOTTO e JORGE A. PERRONE DE OLIVEIRA. Porto Alegre, 10 de maio de 1996.

⁷ Acórdão da 3ª Turma do STJ, em 31.11.98, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, transcrito na Revista Jurídica nº 257/95.

⁸ Ap. Cível nº 595097361, da 8ª Ccv. do TJRS, rel. Des. ELISEU GOMES TORRES.

dispositivo no art. 178 do CC é o fato de que aqueles autores que trataram melhor da matéria – porque os cursos de Direito Civil sempre foram muito fracos no exame deste assunto –, os que examinaram a fundo entenderam que aquele prazo de quatro anos não era atinente à invalidade, como aconteceria no caso de um registro falso, que seria nulo por objeto ilícito. É até crime de falsidade ideológica atribuir a alguém filho que não é deste alguém. O prazo do 362 seria um prazo não para uma nulidade, até porque seria muito curto, porque, se o caso é de nulidade por objeto ilícito, não anulabilidade, como é que o prazo vai ser só de quatro anos?

“E PONTES DE MIRANDA foi quem examinou bem o assunto no Tratado de Direito Privado, Ed. RT, SP, 1983, 4ª ed., tomo IX, § 972, págs. 99 a 101, mostra como o prazo de quatro anos de maneira alguma tem a ver com um registro que seja inexistente ou com registro que seja inválido.

“E, neste particular, há um acórdão brilhante, que tem como Relator o Des. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, que coloca muito bem a matéria, e está no vol. 108 da Revista de Jurisprudência deste Tribunal, págs. 439 e seguintes. Diz que o art. 178, § 9º, VI, do CC e o art. 362 do mesmo Código não se aplicam ao caso de nulidade do registro por falsidade intrínseca. Nesta hipótese, a ação é imprescritível, como a investigatória de paternidade, e por iguais motivos. E, no corpo do acórdão, o Des. FABRÍCIO aponta que se trata de uma rejeição imotivada da filiação, não calcada em que o registro seja forçosamente ou inexistente ou inválido ou que tenha sido falso. Restaria ao pai, então, propor uma ação declaratória de paternidade, se ele quisesse teimar que aquela pessoa é filho dele. Aí, sim, haveria coisa julgada e estaria encerrado o assunto, não estaríamos mais apenas na esfera administrativa e registral”.

Registramos a observação do Desembargador SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, citada no julgamento acima, de que “no acórdão, lembrado pelo Des. STANGLER, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA entendeu que após quatro anos era fulminada a investigação de paternidade. **Já disse no julgamento anterior que não foi um momento feliz do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, e não foi do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, um dos mais brilhantes Ministros daquele Tribunal, e com o qual tenho**

aprendido muito em Direito de Família, porque o Min. SÁLVIO, sabidamente, fez um trabalho extraordinário no sentido de que o Direito de Família atual entre em vigor, não se resista às modificações. Mas acho que, neste momento, com toda a vênia, S. Ex^a não foi feliz, porque entender que com um prazo de apenas quatro anos se liquide a investigação de paternidade, vai contra todas as mudanças que no Direito de Família têm ocorrido, inclusive entra em incoerência sistêmica com a afirmação de que é imprescritível a pesquisa de paternidade. E, no momento em que se evoluiu para a verdade biológica, não mais para a verdade apenas jurídica, em termos de filiação, um prazo reduzidíssimo como este contraria todo esse pensamento atual no Direito de Família” (o destaque é nosso).

Vimos, anteriormente, que, em acórdão publicado em dezembro de 1997, o eminente jurista e Ministro SÁLVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA reconheceu a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, dos fatos ocorridos a contar da CF de 1988, nos seguintes termos:

“É inequívoco ser uma das características do estado das pessoas a imprescritibilidade das ações que lhe concernem: `Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo o filho, qualquer filho, tem direito de reivindicar “in iudicio o status” que lhe compete. E, então, ao filho ilegítimo assiste sempre o direito de intentar contra o pai, ou os herdeiros deste, ação com o objetivo de declarar o seu status de filho ilegítimo’ (Caio Mário, Reconhecimento de paternidade e seus efeitos, p. 99)”⁹;

o quarto fundamento contra a prescritebilidade da ação de investigação ou negação de paternidade converge na manifesta indignação pela impingência das graves conseqüências jurídicas que se debruçam contra o pai meramente formal, dito registral (que consta do registro de nascimento) e o filho não verdadeiro.

A esse respeito, tomamos em comodato as lições doutrinárias do eminente Desembargador SILVEIRA PAULILO, citado pelo não menos eminente

⁹ Acórdão REsp 79.640-RS – Segredo de Justiça – 4^a T. – 21.10.1997 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 09.12.1997, transcrito na Revista dos Tribunais n° 750/98.

Desembargador CAMPOS OLIVEIRA, ponderando o seguinte acerca de o filho saber de seu sagrado direito da paternidade¹⁰:

“Ninguém pode ignorar os efeitos nefastos de uma paternidade não verdadeira para uma criança, assim como aquele que consta no Registro como pai. De nada adianta, para ambos, o vínculo jurídico incorretamente formado se a rejeição mútua, humanamente compreensível, sempre existirá. E o que não dizer das demais conseqüências jurídicas da filiação, entre elas o dever de prestar alimentos e a sucessão? O direito, assim, não poderia mesmo albergar, a pretexto de segurança jurídica, uma relação de tal ordem, pelo que a possibilidade de invalidação do ato viciado há de merecer todos os aplausos”;

Atualmente, há obrigatoriedade na descoberta da filiação genética, tendo em vista que a Carta Magna fincou no ordenamento jurídico a unidade da filiação, devendo-se produzir na investigatória ou negatória de paternidade ou maternidade todas as provas, testemunhal, pericial, especialmente o exame genético DNA, documental e depoimento pessoal. E, evidentemente, se houver prazo prescricional, permanecerá o sistema antigo da simples verdade jurídica (formal, processual, simples ficção jurídica), em detrimento da verdade biológica e em afronta ao princípio da dignidade humana, elevado a fundamento da República (artigos 1º, III, e 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal).

E, conforme já disse o próprio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, através de seu Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, “o Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real, corolário do princípio moderno do acesso ao Judiciário, qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do Direito”¹¹.

Nesse sentido, doutrina egregiamente LUIZ EDSON FACHIN¹²:

“A descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal”;

¹⁰ Acórdão da 5a CCv. do TJSP, na ap 70.977/4, em 12.09.1996, rel. Des. Campos Oliveira, publicado no DJ de 06.06.1997.

¹¹ (REsp. n. 55.438-1, DJU n. 64, de 3.4.95, pág. 8.158).

¹² EDSON LUIZ FACHIN, em *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, Sérgio Fabris Editor, 1992, p. 167.

o quinto fundamento que é invocado pelos que reconhecem a prescritibilidade da ação de investigação ou de negação de paternidade ou maternidade é relativo à impossibilidade de o filho ilegítimo propor a demanda. Segundo essa doutrina, ao filho legítimo é dado o direito de imprescritibilidade de ação, mas, ao filho ilegítimo, o prazo é de quatro anos, contados de sua maioridade, ou emancipação.

Porém, nada mais discriminatório do que esse entendimento, com a devida vênia, porque, a contar da Constituição Federal de 1988, houve a equiparação dos filhos, que agora são todos legítimos. O artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, diz o seguinte: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais, ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Com isso, houve a ruptura da ordem jurídica anterior à Magna Carta, porquanto não há mais qualquer discriminação entre filhos, os quais podem ser reconhecidos ou contestados a qualquer tempo, desimportando se os pais são solteiros, casados, separados, divorciados ou conviventes. Agora, por exemplo, o filho pode ingressar com a ação investigatória contra o amante de sua mãe, mesmo na constância do casamento.

Destarte, deve ser entendido que está arquitetada uma nova ordem jurídica com relação aos filhos. Conforme leciona o Ministro WALDEMAR ZVEITER¹³, “mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade”.

Com isso, não existe mais qualquer diferença entre filhos: todos os filhos são legítimos, devendo-se aceitar os novos tempos, por mais difícil que seja suportar a ruptura dos ranços conceituais e da histórica e odiosa discriminação imputada aos filhos, para que haja a modernização, socialização e humanização do Direito.

¹³ Ministro WALDEMAR ZVEITER, em acórdão da 3ª Turma do STJ, em 03.04.90, transcrito na RSTJ 40/236.

Já sustentamos¹⁴ que não devemos cometer o mesmo erro do passado com relação aos filhos, porque nosso País não mais permite que se possa revisitar a histórica odiosa discriminação imputada aos filhos (incestuoso, natural, ilegítimo, bastardo, adotado, entre outras designações), já que essas erupções de tristes lembranças, além de ilegais e imorais, são fruto de conhecidos interesses de propriedade e de herança. Por isso a observância para não reiterá-las com a união estável, formatando a indiscriminada, injustificada e ilegal desigualdade familiar.

Em decorrência, “como não é possível adjetivar os filhos havidos ou não do casamento, da mesma forma não se pode permitir as discriminações entre casamento e união estável, sob pena de se rotular os filhos não nascidos do casamento. Por isso, “em boa hora o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra direitos equânimes aos filhos e filhas havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. As mesmas adjetivações e qualificações simbólicas têm correspondência nos mesmos direitos relativos à filiação”¹⁵.

Concluindo, pode-se afirmar que as ações investigatória e negatória de paternidade cumuladas, ou não, com outros pedidos, já que estes são efeitos mandamentais da sentença, são imprescritíveis, independentemente da origem da perfilhação, do estado civil do investigado e da época de seu nascimento do investigante.

Retroatividade do direito de imprescritibilidade da ação investigatória ou negatória da paternidade ou maternidade

Segundo o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, se antes da Constituição Federal de 05.10.1988 haviam transcorrido quatro anos da maioridade, ou da emancipação, o filho terá decaído do direito de ação de investigação ou de negação de paternidade ou maternidade, com âncora nos artigos 178, § 9º, VI, e 362 do CC, isso porque, “de acordo com a jurisprudência pacificada nas duas Turmas da Egrégia 2ª Seção, como se viu, na vigência do regime anterior, prevalecia a regra que impunha ao perfilhado o prazo de quatro

¹⁴ BELMIRO PEDRO WELTER, em suas obras: a) *Estatuto da União Estável*, 1998, Ed. Síntese; b) *Alimentos na União Estável*, 2ª edição, 1998, Ed. Síntese; c) *Temas Polêmicos do Direito Moderno*, 1998, Ed. Síntese.

¹⁵ GISÁGLIO CERQUEIRA FILHO, em comentário ao artigo 20 do ECA, em *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Malheiros, 2ª ed., 1992, p.88.

anos para impugnar o reconhecimento. A presente ação versa sobre fatos que aconteceram antes de 1988 e de 1990, pois o prazo decadencial de quatro anos se extinguiu em 21.06.1988. Portanto, o direito do autor já estaria extinto quando sobreveio a nova legislação não renascendo daí”¹⁶.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão de 24.12.98¹⁷, entendeu-se que até a data de publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em vista do artigo 27, a ação de investigação de paternidade obedecia o prazo o artigo 178, parágrafo 9º, inciso VI, e artigo 362 do Código Civil, isto é, de quatro anos, contados da maioridade, ou emancipação do investigante, pois esses dois artigos representam uma exceção legal ao princípio da imprescritibilidade relativa ao estado das pessoas.

Discordamos mais uma vez do egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, porque, com esse entendimento, estar-se-á discriminando os filhos que não tenham ingressado com a demanda investigatória de paternidade dentro dos quatro anos, contados da maioridade, ou emancipação.

Com efeito, o Professor SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA¹⁸, prelecionando acerca da adoção anterior à Carta Magna de 1988, lembra que “os mais conhecidos cursos de Direito Civil repetem, como conhecimento primário e elementar, que “as leis que definem o estado da pessoa aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas novas condições previstas”.

Ainda discorrendo, o eminente Desembargador gaúcho pondera que, “quando se está diante de situação de estatuto legal pouco sobra de espaço para as noções de direito adquirido e ato jurídico perfeito, pois as partes celebraram determinado ato submetendo-se ao referido estatuto e, portanto, anuíram desde logo nas futuras modificações que viesse a padecer o estatuto”, acrescentando que o estatuto legal constitui a situação jurídica primária, enquanto o contrato constitui a situação jurídica secundária, que é construída sobre a base da primária: as modificações introduzidas na primeira atuam sobre a segunda.

Com razão CLÓVIS BEVILÁQUA, quando ensina que as leis de ordem

¹⁶ Acórdão nº 79.640-RS – Segredo de Justiça – 4ª T. – 21.10.1997 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 09.12.1997. transcrito na Revista dos Tribunais nº 750/98.

¹⁷ Acórdão da 4ª CCv. do TJMG em 24.12.98. AI 120.634. transcrito na Revista Jurídica nº 257, de 03/99. rel. Des. REYNOLDO XIMENES CARNEIRO.

¹⁸ Des. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, em artigo escrito após a Constituição Federal, mas antes da Lei 8.971/94 (*A adoção e o Direito Intertemporal*), publicado na revista *Ajuris* 55. p.303.

pública, como ocorre com a Constituição Federal, “são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. Lei que submete ao seu império a vontade dos particulares, assim as que impõem o dever de convivência dos cônjuges, que é consequência imediata do casamento, segundo o compreende a cultura moral em nossos dias”¹⁹.

Segundo HÉLIO ARMOND WERNECK CORTES²⁰, citando PIMENTA BUENO, “os direitos individuais, que se podem também denominar naturais, primitivos, absolutos, primordiais ou pessoais, são faculdades e prerrogativas morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade, são propriedades suas inerentes à sua personalidade; são partes integrantes da entidade humana”.

Logo a seguir, o escoliasta, apoiando-se em ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, diz que, “na verdade, os direitos personalíssimos, ao contrário dos direitos pessoais, ou de crédito, embora de natureza privada, pois se destinam a assegurar ao indivíduo o gozo de seu próprio ser, físico ou espiritual, são direitos absolutos. E, como acentua FERRARA, tendo por finalidade a tutela de bens imanescentes à pessoa, duram enquanto esta existe e são irrenunciáveis e intransmissíveis”.

No mesmo sentido, EDSON FERREIRA DA SILVA²¹, professando que “a ninguém é dado gozar em lugar de outrem de bens como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, o nome, o recato, o que traduz impossibilidade material”.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi reconhecido que, quanto à união estável, os efeitos retroagem antes da Constituição Federal, o que se infere do seguinte acórdão:

“União estável. Art. 226, parágrafo 3º, da CF. Os efeitos jurídicos, decorrentes da união estável, aplicam-se às situações

¹⁹ CLÓVIS BEVILÁQUA, citado por CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, em artigo publicado na Revista dos Tribunais 672, p. 75, lado esquerdo.

²⁰ HÉLIO ARMOND WERNECK CORTES, em artigo de doutrina sobre *Revelia, Confissão e Transigência dos Direitos Indisponíveis*, publicado na RT 471/28.

²¹ EDSON FERREIRA DA SILVA, em artigo sobre *Direitos de Personalidade*, transcrito na RT 694/24.

anteriores à Constituição, que apenas tratou de reconhecer os efeitos decorrentes da situação de fato²².

E, *mutatis mutandis*, deve ser aplicado o mesmo entendimento à perfilhação, isto é, os efeitos jurídicos, decorrentes da filiação biológica, na forma dos artigos 227 da Constituição Federal e 27 do ECA, aplicam-se às situações anteriores à Constituição, que apenas tratou de reconhecer os efeitos decorrentes da situação de fato.

Dessa formação de fatores situacionais-legais, pode-se afirmar que a Constituição Federal é de ordem pública, tratando-se de verdadeiro **estatuto legal**, pelo que tem efeito imediato e geral, incidentes sobre todos os fatos jurídicos, inclusive envelopando os fatos edificados **antes** de sua vigência, já que *o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado, a qualquer momento, sem qualquer restrição, porquanto apenas tratou de reconhecer os efeitos jurídicos decorrentes da situação de fato.*

²² Acórdão da 8ª CCv, do TJRS, em 29.09.94, rel. Des. LÉO AFONSO E. PEREIRA, transcrito na RJTJRS 168/349, lado direito, ancorando-se em lições doutrinárias de ARNALDO RIZZARDO.