

AS PROVAS BIOLÓGICAS E O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE

Por **África Gonzáles**

Bacharel em Direito - Professora Associada de Direito Civil - Universidade Nacional de Educação à Distância (Madri - Espanha)

Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro

24 a 27 de setembro de 2003

1. Introdução

Inicialmente, desejo agradecer ao Professor Sérgio Resende de Barros, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por haver feito a tradução desta palestra do espanhol para o português.

O tema a ser aqui tratado é o prazo de impugnação da paternidade matrimonial em relação com a admissão das provas biológicas nos correspondentes procedimentos judiciais.

Porém, claro está, para os efeitos de que esta breve exposição suscite o interesse geral e uma certa atenção dos especialistas brasileiros em Direito de Família, resulta necessário fazer referência à situação prévia ao Direito atual, conforme ao qual "o marido poderá exercitar a ação de impugnação da paternidade no prazo de um ano contado da inscrição da filiação no Registro Civil. Entretanto, o prazo não correrá enquanto o marido ignore o nascimento". Assim estabelece o artigo 136.1 do Código Civil espanhol vigente.

2. A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E O "NOVO" DIREITO DE FAMÍLIA

A norma acima transcrita procede da profunda reforma havida no Direito de Família espanhol em 1981 mediante a aprovação de duas leis de grande importância que deram novas margens e incorporaram novos princípios no Direito de Família espanhol, dadas as exigências de renovação normativa estabelecidas pela nova Constituição democrática, de dezembro de 1978.

As duas leis mencionadas são as seguintes:

- a) Lei 11/1981, de 13 de maio, modificando o Código Civil em matéria de filiação, pátrio poder e regime econômico do matrimônio; e
- b) Lei 30/1981, de 7 de julho, modificando o Código Civil em matéria de matrimônio, nulidade, separação e divórcio.

Falando com brevidade, tais leis formam um corpo único e integrado, ainda que tenham sido aprovadas e promulgadas em separado por consequência de razões puramente conjunturais que, na atualidade, carecem de relevância e que, portanto, não devem distrair-nos agora. Nossa pretensão consiste somente em ressaltar que a renovação normativa espanhola a que fizemos referência se plasmou nos finais dos anos oitenta do século XX, do mesmo modo que ocorrera nos restantes países europeus de nosso entorno cultural (França, Itália, Alemanha, etc.) alguns lustros antes, ao ser necessário substituir alguns princípios característicos dos Códigos dos anos de mil e oitocentos por regras de novo berço exigidas pelos valores sociais contemporâneos.

3. A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Por influência direta e decisiva do Código Napoleão, quase todos os códigos civis do século XIX se pronunciaram abertamente contra a investigação da paternidade. Em particular, o Código Civil espanhol, em sua redação originária de 1889, se bem que

não punha demasiados reparos à possível investigação da maternidade (em geral, por outra parte, tão clara e nítida: mater semper certa est...), fazia exatamente o contrário a respeito da paternidade.

Em um mundo em que a família regularmente constituída pelo matrimônio e em que a qualificação de filiação legítima expulsava do sistema social a qualquer outros tipos de filhos (hoje denominados extramatrimoniais; historicamente, segundo sua origem, naturais, ilegítimos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos, etc.), a presunção de paternidade derivada do matrimônio era mais conveniente e adequada que a concreta determinação mediante investigação da mesma paternidade.

Tal era o entendimento geral e tal foi, ao que parece, o próprio critério de Napoleão Bonaparte, que, como é sabido, influenciou direta e pessoalmente em boa parte dos preceitos do Código que, durante muito lustros, levou seu nome.

Por isso, o artigo 108 do velho Código Civil somente admitia uma prova contra a presunção de paternidade matrimonial: a absoluta impossibilidade física do marido para ter conjunção carnal com sua mulher nos primeiros 120 dias dos 300 que houvessem precedido o nascimento do filho. Prova essa que, ao incidir sobre um fato negativo (impossibilidade de relações carnis), resultava de difícil aceitação, além de haver sido, em todo caso, interpretada sempre com bastante rigidez pela jurisprudência.

4. A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE

Os novos ventos culturais e, sobretudo, o avanço das novas técnicas científicas em matéria genética trouxe consigo uma consequência: a própria Constituição espanhola de 1978 optou por estabelecer um princípio contrário ao tradicional e, literalmente, fixou no artigo 39.2 que "a lei (ordinária) possibilitará a investigação da paternidade".

A juízo de muitos autores, o princípio de investigação da paternidade é um dos novos critérios informadores do novo Direito de Família de maior transcendência e de mais profundo significado, seja na Espanha, seja em outros países europeus de semelhante âmbito cultural. Provavelmente essa ótica resulta exagerada, pois a juízo de outros tratadistas o papel estelar no novo Direito de Família haveria de corresponder ao princípio de tout pour l'enfant, ou seja, proteção integral da criança ou do menor ou, preferentemente, ao princípio de igualdade entre os cônjuges ou membros do casal.

A nosso entender, semelhante questão carece de importância real, pois, verdadeiramente, no mundo do Direito, devem conviver princípios de distinto sentido e significado, sem que verdadeiramente haja interesse em determinar sua relativa importância ou transcendência. Não obstante, sem dúvida, a mudança normativa em matéria de paternidade é significativa e importante.

5. AS PROVAS BIOLÓGICAS

Por isso, o princípio constitucional de investigação da paternidade teve de ser prontamente incorporado ao Código Civil por ocasião da reforma ou adequação constitucional de 1981, a partir da qual o artigo 127 reza da seguinte maneira:

"Nos juízos sobre filiação será admissível a investigação da paternidade e da maternidade mediante toda classe de provas, incluídas as biológicas. O Juiz não admitirá a demanda, se com ela não se apresentar um princípio de prova dos fatos em que se funde".

O Código Civil espanhol, portanto, faz expressa menção às provas biológicas, acolhendo-as como o procedimento provatório estelar dos novos tempos. Com razão? Pois bem, ao que parece, com toda a razão, porque os avanços genéticos, sobretudo em relação com o DNA, permitem afirmar hoje que, em porcentagem superiores a 99,98%, é praticamente impossível o erro de determinação e, portanto, de "determinação" ou "impugnação" da paternidade.

Centrando-nos no prazo de impugnação da paternidade, sobretudo pelo fato de que o breve prazo de possível impugnação por parte do marido (artigo 136) não está bem de

acordo com o fato de que ação de reclamação da filiação matrimonial seja imprescritível, segundo o afirma o próprio teor literal do artigo 132 do Código Civil.

Essa discordância ou antinomia nos levou a refletir sobre a oportunidade e a conveniência de uma limitação temporal tão estrita como o prazo estabelecido no primeiro parágrafo do artigo 136 do vigente Código Civil, pois estamos frente à possibilidade de que se atribua a condição de filho matrimonial em relação a um matrimônio cujo progenitor masculino não haja sido o pai real e verdadeiro e que, transcorrido esse prazo, semelhante condição e qualificação não se possa impugnar de maneira nenhuma. Será isso possível?

Em caso de chegar a semelhante conclusão, não estaríamos frente a uma verdadeira quebra material do princípio de investigação da paternidade? Não haveria flagrante contradição entre - de um lado - admitir as provas biológicas e converter o princípio de investigação da paternidade no eixo do sistema e - de outro lado - excluir a impugnação da paternidade matrimonial pelo mero transcurso de um ano?

6.O PRAZO ANUAL DO ARTIGO 136 E SUA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE

Logo depois de ter sido feita a reforma constitucional de 1981, os comentaristas de novo texto optaram por explicar que a existência de um prazo de exercício da ação de impugnação circunscrito a um ano se encontrava plenamente justificada e, sobretudo, fundada na necessidade de dar estabilidade ao estado civil das pessoas.

Entretanto, observe-se, semelhante argumento se choca frontalmente com o princípio de investigação da paternidade, o qual deve ter preferência absoluta.

Ademais, como já vimos, a continuidade, ou melhor, a certeza do estado civil das pessoas não é óbice a que as ações de reclamação da filiação matrimonial sejam imprescritíveis.

A lógica do sistema deve rechaçar semelhante incongruência e reconhecer, ao menos esta é nossa tese, que a fixação do prazo anual como limite da possível impugnação seja mais do que um empecilho herdado do passado, pois certamente tal prazo (que, ademais, é qualificado unanimemente pela doutrina como prazo de caducidade) corresponderia muito bem à atribuição da paternidade marital no velho sistema, porém muito mal aos novos princípios em matéria de filiação.

Mais ainda: embora o argumento pareça exorbitante, em termos puramente constitucionais não se poderia argüir que a limitação temporal posta no artigo 136.1 do Código Civil espanhol supõe uma infração da tutela judicial efetiva (artigo 24 da Constituição) da investigação da paternidade estabelecida no artigo 39 de nossa Constituição democrática?

Sobre esse ponto em particular, até agora não existe pronunciamento do Tribunal Constitucional espanhol, se bem que já se tenha pleiteado alguma questão de inconstitucionalidade a respeito. Em verdade o que conhecemos é uma linha de jurisprudência do Tribunal supremo que, indo ao fundo do assunto, nega a prática da qualificação de prazo de caducidade na qual se compraz a doutrina, além de realizar uma interpretação do artigo 136.1 do Código Civil favorável à investigação da paternidade verdadeira e não só à manutenção da paternidade presumida derivada do matrimônio (*pater is est quem nuptiae demonstrant...*).

Vamos analisar, pois, os três acórdãos fundamentais a respeito.

7. O ACÓRDÃO DE 30 DE JANEIRO DE 1993

Este acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal Supremo caracteriza-se por oferecer pouca informação sobre os dados de fato, mas tece razões extensas sobre a questão.

Em todo caso, algo de verdade devia haver na impugnação por parte do marido e pai presumido, já que a própria esposa se acomoda à impugnação da paternidade

pleiteada pelo marido, que resulta inicialmente desconsiderada por caducidade pela Vara número 7 de Valência.

Posteriormente, o Tribunal Provincial de Valência, em 8 de maio de 1990, revogou a sentença e declarou que o demandante apelante não é o pai da menor.

O Tribunal Supremo não deu lugar à cassação pleiteada pelo Ministério Público, estabelecendo que deve prevalecer a investigação da paternidade real sobre a presunção aparente e que, de outro lado, não cabe aplicar o prazo de um ano ao varão para que exercite a ação enquanto desconheça toda circunstância que lhe teria permitido impugnar a determinação registral, pois isso implica ausência de defesa, máxime quando, como neste caso, a esposa se acomoda à demanda.

8. O ACÓRDÃO DE 23 DE MARÇO DE 2001

No caso que dá lugar a este acórdão, ocorre o contrário que no anterior, pois da própria sentença se deduzem claramente os dados de fato: depois de um período matrimonial convencional, o casal se separa em março de 1969. Em maio de 1970, a esposa dá a luz a uma filha. Muito tempo depois, quase um quarto de século depois, alegando que teve conhecimento do nascimento de sua filha presumida, o marido impugna a paternidade derivada da inscrição no Registro Civil, demandando em juízo contra a mãe e a filha. Estas rechaçam a possibilidade de prova biológica e reconhecem, abertamente, no processo, que o marido não era o pai da filha presumida.

Apesar disso, a Vara número 5 de Jerez de la Frontera (Cádiz) e o Tribunal Provincial de Cádiz desconsideraram a demanda por caducidade da ação. Finalmente a ação se impõe quando o Tribunal Supremo admite a cassação, com fundamento na doutrina estabelecida no acórdão de 30 de janeiro de 1993.

9. O ACÓRDÃO DE 3 DE DEZEMBRO DE 2002

Neste caso, o mais significativo é que os menores Nicolau e Patrícia nasceram, respectivamente em 1983 e 1985, durante a constância do casamento entre o senhor José Maria e a senhora Maria Teresa, pois a separação matrimonial teve lugar em janeiro de 1994. Isto é: ainda que depois se tenha reconhecido, mediante provas biológicas, que tais menores não eram filhos do senhor José Maria, certamente ele assim o reconheceu inclusive com o advento da crise matrimonial, pois no convênio de separação lhes cedeu, a ambos, a propriedade da metade indivisa do que havia sido domicílio conjugal.

Tendo se inteirado posteriormente da infidelidade da esposa, propõe a ação de impugnação que, novamente por caducidade, foi desconsiderada pelo Juízo de Torrelavega e pelo Tribunal Provincial de Santander. O Tribunal Supremo anula tais decisões e admite a demanda, em conformidade com o argumento de que deve prevalecer a verdade biológica.

10. CONCLUSÕES

A nosso juízo, os acórdãos aqui citados e comentados, além de gerar jurisprudência propriamente dita, estão plenamente certos e resolvem com moderação e precisão a questão aqui debatida.

O mero dado da inscrição no Registro Civil não pressupõe de maneira necessária o conhecimento efetivo por parte do marido ou ex-marido nos casos de quebra do matrimônio e, portanto, parece prudente que não entre em jogo a presunção de paternidade marital, por muito consolidada que esteja ela historicamente.

Na constância do matrimônio, a presunção é somente isso: uma presunção, que, em caso de ser negada e impugnada, impõe, por sua vez, a necessária conseqüência de que a paternidade real ou verdadeira se sobreponha à presumida, em conformidade com os novos princípios em matéria familiar.

Portanto, não é de todo desarrazoado pensar que, provavelmente, o parágrafo primeiro do artigo 136 do Código Civil espanhol deva ser revisto, de tal maneira que, em determinados casos, a verdade biológica se imponha sobre a paternidade matrimonial presumida.

