

TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Mônica Drumond

Assessora de Ministro no Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1. Introdução. 2. A coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, o julgamento do RE 363.889/DF (STF) e seus desdobramentos no Superior Tribunal de Justiça. 2.1. Evolução do direito de filiação no Brasil. 2.2. O julgamento do RE 363.889/DF no STF. 2.3. A evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. 2.4. Direito à felicidade e alegação de abandono afetivo. 3. O julgamento dos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS e a nova ordem de vocação hereditária – a inconstitucionalidade do art. 1790 do CC/2002 e os desdobramentos nas questões infraconstitucionais. 3.1. As críticas da doutrina ao art. 1.790 do Código Civil de 2002. 3.2. O julgamento dos Recursos Extraordinários (878.694 e 646.721). 3.3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790/CC. 3.4. Notas sobre o futuro das relações sucessórias após a decisão do STF. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico se legitima a partir da capacidade que possui de bem regular os fatos da vida e quando demonstra aptidão de constantemente evoluir para responder às demandas da sociedade.

Nos últimos anos, as relações sociais de um mundo em constante transformação, por certo, convidam o Direito de Família a transformar-se, a reescrever-se, para que as mais novas situações recebam regulamentação adequada.

Na verdade, antes mesmo da nova codificação civil de 2002, em meados da década de 1980, o avanço das relações sociais mostrou-se tão evidente que o monopólio do casamento para a constituição da família, assim

como a alegada inferioridade da mulher perante o marido, foram incapazes de se sustentar, impondo-se a realidade à ficção jurídica.

O novo perfil da sociedade era, então, deveras contrastante, quando comparado ao ordenamento até então vigente, exigindo-se a realização de uma verdadeira revolução normativa que reconhecesse expressamente outros arranjos familiares, rompendo-se com a tradição secular em que o casamento, civil ou religioso, era o único instrumento vocacionado à formação da entidade familiar.

Avançando um pouco mais, em 1988, inaugurou-se nova fase no Direito de Família, agora fundada na adoção de explícito polimorfismo familiar, em que arranjos multifacetados passam a ser legitimados a constituir núcleo de conviventes, apto a receberem, todos eles, a “especial proteção do Estado”, antes conferida unicamente à família instituída a partir do casamento.

Nesse ponto, imprescindível a referência ao paradigmático art. 226 da Constituição Federal de 1988, que, de maneira eloquente, abandona de vez a antiga fórmula – consagrada em todos os demais diplomas anteriores –, de vincular inexoravelmente a família ao casamento, estabelecendo em seu *caput* que, como “base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, sem ressalvas quanto à forma de sua constituição.

A nova sistemática anunciou, assim, o rompimento expresso com o paradigma constitucional superado, porque mais importante que a forma pela qual a família é edificada, vale mais a maneira pela qual é protegida, porquanto por trás dessa “proteção especial” reside a dignidade da pessoa humana, alçada a fundamento da República (art. 1º, inciso III, da CF/1988).

Ao instrumentalizar a dignidade humana, “a família passa a servir como um verdadeiro elemento de afirmação da cidadania”, de modo que todas as pessoas estão resguardadas por mandamento constitucional, no dizer elegante de Farias e Rosenvald.

De fato, a Constituição Federal, redigida sob viés progressista, democrático e garantista por excelência, cumpre com o papel de possibilitar a sujeição das normas infraconstitucionais – mesmo as anteriores à vigência da Carta Magna –, às próprias demandas de determinado contexto social, uma vez que o Direito não se perpetua e deve mudar de acordo com a realidade e as perspectivas da sociedade.

Nesse passo, o Código Civil de 2002 ampliou consideravelmente seu campo de proteção, especialmente quando comparado a diplomas legais pretéritos. O mote de significativa mudança foi, sem sombra de dúvidas, o destacamento de valores como a dignidade, a igualdade de tratamento

perante a lei e o direito de filiação, gradualmente reconhecidos como os mais caros à pessoa humana.

Diante do numeroso plexo de temas postos ao exame do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo o Direito de Família, a proposta desse artigo é debater, particularmente, algumas questões contemporâneas, não pela importância que, porventura, precederia a outras, mas pela possibilidade de abordá-las com conforto, sem cansar o leitor, e que foram objeto de recentes julgamentos no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça.

2 A COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, O JULGAMENTO DO RE 363.889/DF (STF) E SEUS DESDOBRAMENTOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 Evolução do direito de filiação no Brasil

No Direito brasileiro, inegável reconhecer a imensa evolução no tratamento conferido pelo legislador acerca do direito de filiação, ao longo dos tempos.

O art. 337 do Código de 1916 afirmava que “são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento”, preconizando, a seguir, no art. 358: “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

Nesse sentido, o esclarecedor magistério de Gustavo Tepedino:

A hostilidade do legislador pré-constituente às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – *particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão* – justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do código civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula

mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.¹ (Grifo nosso)

Os filhos havidos fora do casamento acabavam, assim, por sofrer as maiores consequências dos atos praticados pelos seus pais.

É por isso que o § 6º do inciso VII do art. 227 da CF/88 veio estabelecer que “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”.

O que antes era contemplado como instrumento de manutenção da “paz matrimonial” – vedação ao reconhecimento de filhos “adulterinos” ou “incestuosos” –, recebeu explícita glosa pelo constituinte originário, que igualou em direitos todos os filhos, havidos ou não do casamento.

Por sua vez, preceitua o art. 1.596 do atual Código Civil: “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”.

O art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 – normatiza: “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”. Já o art. 27 desvincula o conceito de filiação ao modo em que a família é constituída, assegurando 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”.

Destarte, o direito de filiação abrange o direito à própria vida, à identidade, ao conhecimento das origens do ser humano.

A relação que se estabelece entre pais e seus descendentes traz, na maior parte das vezes, consequências indeléveis na vida do indivíduo, afetando até mesmo a própria trajetória a ser por este trilhada.

Desse modo, inevitável que o tema relativo à investigação de paternidade também tenha sido objeto de grandes discussões e evoluções na doutrina e jurisprudência.

¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 49-50.

É bem por isso que as ações de investigação de paternidade buscam, ao mínimo, regular as responsabilidades decorrentes da procriação, exigindo a paternidade responsável, porquanto o ideal é que fossem também amados. O filho não pode ser punido pelos atos dos pais, mormente tendo em vista que a origem genética é fundamental para o desenvolvimento pleno do ser humano.

Nesta seara, o advento do exame de DNA revolucionou as ações de investigação, viabilizando a verdade real sobre a paternidade.

Por sua vez, a coisa julgada, decorrente do princípio da segurança jurídica, estava prevista no art. 467 do Código de Processo Civil/73, segundo o qual “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

O art. 499 do novo Código de Processo Civil não altera esta ideia.

Humberto Theodoro Jr. esclarece:

Ampla corrente doutrinária ensinava outrora que o principal efeito da sentença era a formação da coisa julgada. Para o Código de 1973, no entanto, o efeito principal da sentença, no plano do processo de conhecimento, é apenas “esgotar o ofício do juiz e acabar a função jurisdicional” (art. 463), como adverte Ada Pellegrini Grinover.

A *res iudicata*, por sua vez, apresenta-se como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso.²

Diante deste quadro, a doutrina preconiza que a possibilidade de relativização da coisa julgada deve ser avaliada com cautela pelo julgador. Isso porque propugna a abalizada doutrina que, por decorrência de fatores de interesse público, notadamente a segurança das relações jurídicas, a racionalidade, estabilidade e prestígio da função jurisdicional – mesmo em face de eventuais decisões contaminadas por erro, em regra – há mais nocividade jurídico-social ocasionada pela insegurança geral oriunda da relativização da coisa julgada, visto que o Estado Democrático de Direito, necessariamente, deve conferir proteção aos princípios da “segurança jurídica” e “proteção da confiança”.

² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. I, p. 576.

No entanto, ainda que essa matéria venha sofrendo mitigação no âmbito do direito de filiação, vale o registro de que, como bem lembrado no voto do Ministro Dias Toffoli a seguir esmiuçado, houve projetos legislativos com o intuito de afastar a coisa julgada em ações de investigação de paternidade sem a realização do exame de DNA, tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados, e que não obtiveram êxito (Projetos de Lei 116/01 e 6.960/02).

2.2 O julgamento do RE 363.889/DF no STF

Naquele importante julgamento ocorrido no Supremo, concluído em 2011, o Relator, Ministro Dias Toffoli, inaugurou sua fundamentação apontando, em certa medida, algum abuso na utilização da dignidade da pessoa humana como mero conceito, ao argumento de que “[...] se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá”, sendo “necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma”. Em outras palavras, a Corte Suprema ressaltou que não se pode banalizá-lo para que seja transformado em mera retórica.

A repercussão geral do tema foi reconhecida e, em seguida, analisado o mérito, recebendo o julgado a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.
2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência

da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363.889, Relator. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02.06.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO *DJe*-238 DIVULG 15.12.2011 PUBLIC 16.12.2011 *RTJ* VOL-00223-01 PP-00420).

O caso fático envolvia um rapaz contando com aproximadamente 29 anos na data daquele histórico julgamento, porém criança (com menos de 8 anos) à época da primeira ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, e adolescente, quando ajuizou a segunda demanda.

Não havia qualquer liame de socioafetividade, e a mãe do autor sempre assegurava que o investigando era o verdadeiro pai.

O primeiro pedido investigatório foi julgado improcedente, por insuficiência de provas, sendo objeto de discussão sobre quem seria responsável pelos custos, à época dispendiosos – mil e quinhentos dólares –, para realização do exame de DNA, malgrado a autora fosse beneficiária da justiça gratuita.

Por ocasião da segunda ação, já havia sido editada lei no Distrito Federal prevendo que tal teste seria custeado pelo Estado aos beneficiários da assistência judiciária gratuita. No entanto, extinguiu-se o feito, sem resolução de mérito, em vista da coisa julgada que se formou quando do primeiro pedido.

Em seu voto condutor, o Ministro Dias Toffoli asseverou que se o pedido da primeira demanda é julgado improcedente por ausência de provas da paternidade, não se alcançou a verdade biológica, o que não impede a propositura de nova ação com o auxílio da tecnologia atual.

Assim, entendeu não ser absoluto o princípio da intangibilidade da coisa julgada nesta hipótese, mormente quando se ofusca o direito fundamental ao reconhecimento da origem genética, o que implicaria inconstitucionalidade material.

Outrossim, após invocar a literatura eterna de Machado de Assis – o primoroso romance “Helena” ajudou a ilustrar a hipótese em julgamento –, além de citar extensa doutrina e jurisprudência a respeito do tema, consignou que se trata de “pura e simplesmente reconhecer que houve evolução nos meios de prova e que a defesa do acesso à ‘informação sobre a paternidade’ deve ser protegida porque se insere no conceito de direito da personalidade”.

No caso em estudo, houve grande discussão acerca da repercussão geral, em vista das particularidades do tema posto em debate, até que foram definidas as balizas do *leading case*: (a) é possível afastar, em certas hipóteses, a coisa julgada material; (b) a coisa julgada foi formada em direito de filiação; (c) houve superveniência de novo meio de prova – o exame de DNA; (d) o primeiro teste de DNA não foi realizado por falta de recursos da parte, que era beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux afirmou que a coisa julgada *secundum eventum probationis* – segundo o ônus da prova – só é admitida em alguns casos específicos, como na ação popular, na ação civil pública e nas ações coletivas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, além de registrar a impropriedade do termo “relativização da coisa julgada”, pois esta só seria possível com eventual ação rescisória.

Entendeu que “a improcedência por insuficiência de provas, no campo da teoria do processo, constitui, sim, um julgamento de mérito”.

Acrescentou o Ministro Luiz Fux que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia preconizado, no fim de 2008, o entendimento pela impossibilidade de se afastar a coisa julgada mesmo diante de caso em que a ação anterior havia sido ajuizada trinta anos antes da nova demanda, sem que existisse a técnica do DNA, privilegiando-se a estabilidade das relações sociais.

A coisa julgada se destina, assim, à pacificação dos conflitos da sociedade, que entraria em colapso caso não houvesse tal garantia. No entanto, as normas constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente, sobressaindo, por vezes, a necessidade da ponderação de valores, com base no princípio da proporcionalidade.

Aduziu que a dignidade da pessoa humana é que “deve servir como fiel da balança para a definição do peso abstrato de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988”. Ademais, “o *status* de filho, mais do que fonte de direitos patrimoniais, ostenta um inquestionável viés existencial”.

Ademais, sinalizou o Ministro Luiz Fux o princípio da paridade de armas, pois o autor não agiu com desídia ou culpa no tocante à insuficiência de provas na primeira demanda: o cenário foi resultado da inadequação do sistema estatal em vigor naquela época.

Asseverou que os princípios da segurança jurídica, direito de filiação e direito à assistência judiciária gratuita guardam relação com o princípio da dignidade humana, porém estes dois últimos de forma mais visceral, e “é por esta razão que a regra da coisa julgada deve ceder passo, em situações-limite como a presente, à concretização do direito fundamental à identidade pessoal”.

Alertou para certas fragilidades, tais como alguns riscos que envolvem o exame de DNA, assim como a possibilidade de, em demanda na qual se busque a relativização da coisa julgada, o suposto pai venha a se recusar a fazer o teste de DNA, sendo necessário fixar parâmetros para a superação da coisa julgada, assim como ocorre com a ação rescisória.

Concluiu que “[...] deve-se ter por válido, à luz da Constituição, o afastamento da coisa julgada material, formada sobre decisão de improcedência por falta de provas, em demandas que envolvam relação de filiação, quando for alegada a viabilidade de produção de prova técnica capaz de reverter a conclusão do julgamento anterior, cuja realização só tenha se mostrado possível, do ponto de vista prático, pelo avanço tecnológico superveniente, somado à inadequação do regime da assistência jurídica aos necessitados, respeitado, em qualquer caso, o prazo de dois anos para o ajuizamento de nova demanda, que flui, por presunção *iuris tantum*, a contar do trânsito em julgado da demanda anterior, salvo nas hipóteses excepcionais em que restar também excepcionalmente demonstrado que apenas posteriormente se tornou viável, do ponto de vista prático, o acesso ao exame de DNA, cabendo ao demandante o ônus do afastamento da referida presunção”.

Um precedente bastante pertinente ao caso foi rememorado na ocasião, qual seja, o Recurso Extraordinário 248.869/SP, no qual foi reconhecida a importância do direito conferido a cada ser humano de conhecer sua origem genética. Eis a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo

direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º).

2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129).

3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27).

4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai.

5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade.

6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas.

7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 248869, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07.08.2003, DJ 12.03.2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773).

É de mencionar, ainda, que houve dois votos divergentes – da lavra dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Pelluso –, que entenderam pela prevalência do princípio da coisa julgada.

Em resumo da posição contrária, o Ministro Marco Aurélio assinalou que seria instalada uma verdadeira babel, “e os direitos fundamentais são muitos, não se restringem à paternidade”, além do que o contexto envolve demanda ajuizada “20 anos após a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado – sendo que, no processo que a motivou se poderia ter feito o exame de DNA, porque já existente à época”.

2.3 A evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

No tocante à formação da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, anteriormente ao precedente da Suprema Corte, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, após intensa controvérsia a respeito do assunto, deu prevalência à coisa julgada em detrimento de qualquer outro princípio, como se pode observar do julgado abaixo transcrito:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido (REsp 706.987/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14.05.2008, *DJe* 10.10.2008).

A votação foi acirrada e houve voto desempate. A corrente contrária, na esteira do voto do Ministro Jorge Scartezzini, que abriu a divergência, preconizou que “não constatada a suficiência cabal da contraprova produzida, *in casu*, na primeira lide investigatória”, há de se concluir pela “inexistência de real decisão meritória e, pois, de coisa julgada material a obstar o conhecimento de nova investigatória”, nos moldes do REsp 226.436/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28.06.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 370.

No entanto, após o julgamento no STF, *tollitur quaestio*, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça iniciou o alinhamento ao precedente vinculante e também principiou o exame das inúmeras consequências

infraconstitucionais daquela importante decisão, com a variedade típica dos casos concretos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA E NOVO EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. *Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável” (RE 363889, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, DJe-15-12-2011).*

2. No caso, a improcedência do pedido na ação primeva de investigação de paternidade não decorreu da exclusão do vínculo genético por prova pericial, mas sim por insuficiência de elementos para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, motivo pelo qual a condição de pai não foi cabalmente descartada naquele feito.

(...)

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1215172/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05.03.2013, DJe 11.03.2013). (Grifo nosso)

De fato, a Corte de Uniformização da legislação infraconstitucional começou a investigar outros desdobramentos não tratados no precedente da Corte Suprema.

Nesse particular, dois precedentes da Quarta Turma cuidaram de situações diametralmente opostas entre si. No primeiro caso, o pedido formulado na demanda anterior foi julgado improcedente por falta de provas, sem se excluir a possibilidade do liame genético, enquanto que, no segundo, a improcedência do pedido ocorreu com base nas provas periciais com a tecnologia disponível à época.

Confiram-se os dois julgados, na sequência:

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO EM AÇÃO ANTERIOR JULGADO IMPROCEDENTE. FALTA DE PROVAS. SENTENÇA REFORMADA POR MAIORIA. RECONHECIMENTO COISA JULGADA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. RENOVAÇÃO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. EXAME DE DNA.
[...]

2. Não implica ofensa à coisa julgada material o ajuizamento de nova ação para investigar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, *nas hipóteses em que a ação anterior teve o pedido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, sem que tenha sido excluída a possibilidade de existência de vínculo genético. Precedentes deste Tribunal e do STF (RE 363.889/DF).*

3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (REsp 1223610/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06.12.2012, DJe 07.03.2013). (Grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO EM AÇÃO ANTERIOR IMPROCEDENTE. PROVA PERICIAL REALIZADA. COISA JULGADA. RENOVAÇÃO DA AÇÃO. EXAME DE DNA.

1. Não se admite o ajuizamento de nova ação para comprovar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, em caso no qual *o pedido anterior foi julgado improcedente com base em prova pericial produzida de acordo com a tecnologia então disponível, a qual excluiu expressamente o pretendido vínculo genético, em face da impossibilidade de duas pessoas do tipo sanguíneo "O" gerarem um filho do grupo A. Hipótese distinta da julgada pelo STF no RE 363.889.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 929.773/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06.12.2012, DJe 04.02.2013). (Grifo nosso)

Nesse caminho que se mantém a jurisprudência da Corte, conforme se verifica dos recentes julgados que se apresentam abaixo:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADA IMPROCEDENTE POR AUSÊNCIA DE PROVAS. EXAME DE DNA NÃO REALIZADO À ÉPOCA EM VIRTUDE DE SUA NÃO DEMOCRATIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. INTERESSES ENVOLVIDOS. PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL. POSSIBILIDADE.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, é possível a relativização da coisa julgada nos casos em que a ação de reconhecimento de paternidade foi julgada improcedente por insuficiência de provas, em virtude da não realização do exame de DNA, tendo em vista os interesses e direitos envolvidos, visto que, nas ações

de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1284190/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29.09.2016, DJe 05.10.2016)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR AUSÊNCIA DE PROVAS. EXAME DE DNA NÃO REALIZADO. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. AÇÃO DE ESTADO. PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO PROVIDO.

1. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade anteriores à universalização do exame de DNA encontra-se consolidada no eg. Supremo Tribunal Federal (RE 363.889/MG, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI) e também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EREsp 1.202.791/SP, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA).

2. A necessidade de prevalência da verdade real no reconhecimento das relações de parentesco, amparadas em ações de estado (CPC/1973, arts. 469, II, e 471, I; CPC/2015, arts. 504, I, e 505, I), tem ensejado, ante as novas descobertas científicas, discussão acerca da relativização da coisa julgada. O Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade.

3. *Deve ser relativizada a coisa julgada firmada em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado, no entender do Tribunal de origem, por desídia da parte autora.* Fundamento que não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que a autora, à época da primeira ação, era menor impúbere, e o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da parte, máxime considerando-se que anterior à universalização do exame de DNA.

4. Recurso especial provido. (REsp 1071458/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07.03.2017, DJe 15.03.2017). (Grifo nosso).

Por conseguinte, e em uma só expressão, assentou a Quarta Turma ser mister analisar cada caso concreto para conferir se é aplicável ou não as premissas fixadas no precedente da Suprema Corte.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também se alinhou ao julgado do Supremo, e passou a analisar a variedade de desdobramentos, como se percebe das ementas seguintes:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. *Admite-se o processamento e julgamento de ação investigatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF.*

2. Agravo regimental desprovido. (Ag no REsp 1257855/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.09.2014, DJe 06.10.2014). (Grifo nosso).

Também, sem desviar desse rumo, os recentíssimos julgados que seguem:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA FORMADA EM ANTERIOR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEVIDA DEMONSTRAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA.

1. *O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 363.889/DF, com repercussão geral reconhecida, permitiu, em caráter excepcional, a relativização da coisa julgada formada em ação de investigação julgada improcedente por ausência de provas, quando não tenha sido oportunizada a realização de exame pericial acerca da origem biológica do investigando por circunstâncias alheias à vontade das partes.*

2. Hipótese distinta do caso concreto em que a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente com base na prova testemunhal, e, especialmente, diante da reiterada recusa dos herdeiros do investigado em proceder ao exame genético, que, chamados à coleta do material por sete vezes, deixaram de atender a qualquer deles.

3. Configura conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva, a ser observada também em sede processual, a reiterada negativa, por parte

da recorrente, de produzir a prova que traria certeza à controvérsia estabelecida nos autos da anterior ação de investigação de paternidade para, transitada em julgado a decisão que lhe é desfavorável, ajuizar ação negatória de paternidade agora visando à realização do exame de DNA que se negara a realizar anteriormente.

4. Intolerável o comportamento contraditório da parte, beirando os limites da litigância de má-fé.

5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (REsp 1562239/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.05.2017, DJe 16.05.2017). (Grifo nosso).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/73. AÇÃO RESCISÓRIA DE INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE POST MORTEM. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. INCURSÃO NO MÉRITO. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO RESCISÓRIA. DESPROVIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 130 DO CPC/73. TRIBUNAL A QUO QUE DEFERIU O PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA COM BASE NOS FATOS DA CAUSA. REFORMA DO JULGADO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA EM AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. DECISÃO MANTIDA.

[...]

3. O Tribunal a quo, após sopesar o conteúdo fático da causa, reconheceu a necessidade de realização de exame de DNA a fim de comprovar o estado de filiação dos autores. Rever tal entendimento, em recurso especial, encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7 do STJ.

4. *A eg. Segunda Seção desta Corte tem admitido a utilização da ação rescisória para se discutir a paternidade com fundamento na investigação probatória pelo exame de DNA*, desde que exercido o direito de ação no prazo de dois anos após a formação da coisa julgada. Precedente.

5. Quanto à alegada impossibilidade de realização de exame de DNA em ação rescisória, a parte recorrente não indicou expressamente dispositivo de lei federal violado, circunstância que caracteriza a deficiência de fundamentação a inviabilizar a abertura da instância especial, atraindo a incidência da Súmula nº 284 do STF.

6. Os recorrentes limitaram-se a transcrever trechos das ementas dos julgados apontados como paradigmas, sem, contudo, realizar o cotejo analítico e demonstrar a similitude fática no escopo de comprovar o dissídio jurisprudencial, não suprindo, dessa forma, o disposto no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ.

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 772.182/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.06.2017, DJe 12.06.2017). (Grifo nosso).

Do mesmo modo, a Segunda Seção modificou seu entendimento acerca do tema, a partir do julgamento da Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. EXAME DE DNA. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. *Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada.*

2. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 363.889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 16/12/2011, reconheceu a repercussão geral da questão e, no mérito, consolidou o entendimento de que “deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”.*

3. *É possível, com base na Súmula nº 168/STJ, inadmitir embargos de divergência quando a jurisprudência da Corte estiver no mesmo sentido do acórdão embargado.*

4. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EREsp 1201791/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12.11.2014, DJe 19.11.2014). (Grifo nosso).

Releva notar, por outro lado, que a Quarta Turma firmou orientação no sentido de que os fundamentos perfilhados no RE 363.889/DF são utilizados no interesse de quem busca a declaração de paternidade, e não de quem intenta ação negatória de paternidade:

ACÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECURSO ESPECIAL. PATERNIDADE DECLARADA EM ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. DESCABIMENTO. OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO STF, NO RE N. 363.889/DF, COM CARACTERÍSTICA DE REPERCUSSÃO GERAL, SÃO TODOS NO INTERESSE DAQUELE QUE PERSEGUE A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE, REFERINDO-SE O PRECEDENTE À IMPRESCRITIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO E À PATERNIDADE

RESPONSÁVEL. PROTEÇÃO À COISA JULGADA. IMPRESCINDIBILIDADE QUE DECORRE DO PRÓPRIO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

1. Há precedente deste Colegiado – proferido antes mesmo do *leading case* do STF – reconhecendo a possibilidade de repropositura de ação de investigação de paternidade; caso, na primeira demanda, diante da precariedade da prova e inexistência de exame de DNA, tenha havido julgamento de improcedência. Todavia, a leitura do RE 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, permite concluir que, dentre outros fundamentos, *o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA – que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível –, assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável. Ficou consignado no voto condutor que, no que tange ao investigador, trata-se de “corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanção natural do estado da pessoa”.*

2. No caso ora em julgamento, *pretende-se relativizar a coisa julgada para afastar, em ação negatória, a paternidade declarada em decisão sob o manto da coisa julgada material.* Ademais, a Súmula 301/STJ orienta que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. 3. Recurso especial provido (REsp 1188280/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20.06.2013, DJe 16.09.2013). (Grifo nosso).

Por sua vez, a Terceira Turma se posicionou em sentido diverso, ficando vencidos os Ministros Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino nos dois casos:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ANTERIORMENTE JULGADA PROCEDENTE SEM EXAME DE DNA – RETRATAÇÃO DE JULGADO ANTERIOR DESTA TURMA, DIANTE DE REPERCUSSÃO GERAL DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 543-B, § 2º, DO CPC – RECURSO ESPECIAL PROVIDO – NEGATÓRIA DE PATERNIDADE PROCEDENTE.

1.- Embora julgamento anterior desta Turma tenha, segundo o entendimento da época, estabelecido que “se está afirmada a paternidade com base nas provas então disponíveis, não é possível pretender a anulação do registro que daí decorre” (REsp 435.102, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 20.9.2005), deve-se, nos termos do art. 543-B, do CPC, à falta não atribuível a negativa do acionado (Lei Inv. de Pat., Lei 8.560,

de 29.12.1992, art. 2º, § único e Súmula 301 STJ) de exame de DNA, em ação investigatória anterior, diante de dois exames de DNA negativos da paternidade do ora recorrente realizados na nova ação, negatória da paternidade, retratar o julgamento que antes declarou a paternidade, conclusão que se impõe em consequência de orientação, com efeito de repercussão geral, firmada pelo C. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”.

2.- Improvido o presente Recurso Especial, mas, em seguida, sobrestado ante o efeito de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, pelo C. Supremo Tribunal Federal, é de ser retratado o julgamento anterior desta Corte, em cumprimento ao art. 543-B, § 3º, parte final, do Cód. de Proc. Civil, dando-se provimento ao Recurso Especial.

3.- Julgamento anterior retratado (CPC, art. 543-B, § 3º, parte final) e Recurso Especial provido, julgando-se procedente a ação negatória de paternidade. (REsp 895.545/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.12.2013, *DJe* 25.02.2014).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada.

Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF.

Recurso especial desprovido. (REsp 1375644/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.04.2014, *DJe* 02.06.2014).

Em síntese, no que respeita à repositura de ação de investigação de paternidade, alinhando-se ao precedente do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, quando na primeira demanda, diante da *precariedade da prova e inexistência de exame de DNA*, houver julgamento de improcedência, será possível a relativização da coisa julgada, uma vez que a *efetiva existência de vínculo genético* não foi definida.

É exatamente essa a hipótese tratada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 363.889/DF, cujos fundamentos foram utilizados no interesse de quem busca a declaração de paternidade, e não de quem intenta ação negatória de paternidade.

Nessa linha, realizado o exame de DNA, prova técnica, e tendo sido o exame positivo para a paternidade, não há se falar em relativizar a coisa julgada e julgar-se nova ação intentada com o mesmo fim.

Em outros casos, a coisa julgada também não poderá ser relativizada, quando, por exemplo, na primeira ação de investigação não houve condenação e afirmação da paternidade, porque houve recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA, situação que induz presunção *juris tantum* de paternidade, já consolidada pela Jurisprudência do STJ.

Também não haverá relativização da coisa julgada quando improcedente o pedido, com base nas provas disponíveis à época (realizada tendo em conta a perícia, com a tecnologia disponível à época), que excluiu expressamente o pretendido vínculo genético (tipos sanguíneos incompatíveis, por exemplo).

Por fim, é de lembrar que, em momento algum, esteve em discussão – no julgamento da Suprema Corte –, a *paternidade socioafetiva*. Esta, quando estabelecida, segundo penso, tem o condão de transcender a importância do exame de DNA, impedindo, se for o caso, a nova demanda.

Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.02.2012, DJe 12.03.2012).

De fato, a existência da paternidade socioafetiva, naturalmente constituída e devidamente reconhecida, tem o condão de impedir a alteração do registro civil, e a decisão judicial que a tenha declarado estará coberta pela *coisa julgada* material, devendo prevalecer a segurança jurídica que se espera das decisões judiciais transitadas em julgado.

Isso porque, raciocínio diferente, além de suprimir a segurança das relações jurídicas, a racionalidade, estabilidade e prestígio da função jurisdicional, nesses casos, iria de encontro à dignidade da criança, cuja personalidade seria inevitavelmente violada mediante a alteração de sua paternidade independentemente de sua vontade.

Com efeito, e de maneira mais enfática, mesmo que por meio do exame de DNA alcançar-se resultado negativo para a paternidade entre as

partes, não sendo reconhecida a descendência biológica, ainda assim não seria possível se rescindir o vínculo jurídico de filiação, devendo prevalecer o estado advindo da afetividade, uma vez consolidado na convivência familiar.

Nesses termos, já decidiu a Quarta Turma do STJ, conforme ementa destacada abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO PROPOSTA POR IRMÃO CUMULADA COM NULIDADE DE REGISTRO DE NASCIMENTO E INVALIDADE DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DA FILHA SEM O ÔNUS DA PRESUNÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. PRESERVAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE, DE SEU *STATUS* JURÍDICO DE FILHA.

[...]

2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou ii) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser “o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”.

3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade – sua intimidade, identidade, seu *status* jurídico de filha –, bem como em respeito a memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos.

4. *Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que “em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva”.* (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16.02.2012, DJe 12.03.2012). (Grifo nosso).

5. Recurso especial desprovido. (REsp 1115428/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27.08.2013, DJe 27.09.2013).

O voto condutor arrematou:

Em outros termos, não é necessário mais nenhum tipo de exame para que a recorrida descubra a verdade real sobre a sua ascendência, uma vez que essa verdade já existe e está sedimentada em seu coração, na alma de seu falecido pai e é conhecida por todos de seu convívio social.

A propósito, Zeno Veloso é certo:

Em suma, paradoxalmente, nas vésperas de um novo milênio, a poderosíssima prova do DNA, em muitos casos, pode não ter importância nenhuma, pode não ter qualquer serventia, pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos casos, não é a verdade do sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração.³

Ainda sobre a ação negatória de paternidade, mais recentemente a Terceira Turma proferiu decisão afirmando a possibilidade de desconstituição do registro de filiação, julgado que, no entanto, segundo pensamos, não contradiz o que antes foi afirmado. Naquele caso examinado, o pedido de desconstituição do registro tinha por fundamento o fato de estar a paternidade registral em desacordo com a verdade biológica, porque *afirmada a partir de vício de consentimento originário*, por parte daquele que acreditava ser pai. Não reconhecido, ademais, o *estabelecimento de vínculo de afetividade entre pai e filha*.

Concluiu a egrégia Turma de Direito Privado que não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. É que a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai.

Confira-se a ementa do acórdão, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

³ VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na Investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PAI REGISTRAL INTERDITADO. DEMANDA AJUIZADA POR CURADOR. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. GENITORA QUE SE RECUSA A REALIZAR O EXAME DE DNA NA FILHA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E DAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O curador atua como representante processual do titular do direito material, não podendo ser confundido com o substituto processual. O fundamento de que o curador não possui legitimidade para ajuizar a ação de impugnação de registro não prospera, pois não é parte da demanda, mas atua em juízo para suprir a incapacidade processual do pai registral interditado.

2. *É possível a desconstituição do registro quando a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), sem estabelecer vínculo de afetividade com a infante. Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. A filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. A socioafetividade se consolidaria caso o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico da requerida, mantivesse com esta, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.*

3. Nas situações em que a genitora é quem se recusa a realizar o exame de DNA na filha, não é aplicável o enunciado n. 301 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Controvérsia que deve ser solucionada a partir da ponderação dos melhores interesses da descendente, levando-se em consideração a eficácia probatória da negativa da mãe, de acordo com as demais provas dos autos, já que inadmissível a produção compulsória do exame. Diante das peculiaridades do caso, notadamente em face da comprovação da inexistência da afetividade paterno-filial e da ausência de interesse em construí-la, impositiva a desconstituição do registro.

4. Recurso especial desprovido. (REsp 1508671/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25.10.2016, DJe 09.11.2016). (Grifo nosso).

2.4 Direito à felicidade e alegação de abandono afetivo

No julgamento do RE 363.889, o relator Ministro Dias Toffoli – apesar de não ser o caso ventilado naqueles autos – registrou, como adendo ao voto e reforço de fundamentação, a possibilidade de se cogitar do “direito ao amor” e, na sua omissão, de um dano afetivo. Assim também o Ministro Ricardo Lewandowski chegou a mencionar debate no Senado Federal acerca da inclusão, no rol dos direitos fundamentais, do direito à felicidade.

No ponto, interessante anotar que o denominado “abandono afetivo” é termo hoje encontrado com relativa frequência no âmbito forense e nos mais variados manuais de Direito de Família e responsabilidade civil.

Consiste, *grosso modo*, na indiferença afetiva dispensada por um genitor a sua prole, um desajuste familiar que, em boa verdade, não é novo, sempre existiu na sociedade e, decerto, continuará a existir, sobretudo nas famílias monoparentais, nas quais o núcleo familiar não é composto pela tradicional tríade formada pelos dois genitores e filhos.

O que é relativamente recente, contudo, é a transferência dessa contenda própria do ambiente familiar para as salas de audiência e tribunais do País afora, essencialmente sob a forma de indenizações pecuniárias buscadas pelo filho em face do pai, ao qual se imputa o ato ilícito de não comparecer aos atos da vida relacionados ao desenvolvimento social e psíquico de seu descendente.

A primeira vez em que a celeuma aportou no Superior Tribunal de Justiça foi no julgamento do REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, em 29.11.2005, tendo aquele Colegiado, por maioria de votos, sufragado a tese de ser incabível a indenização por abandono afetivo.

O voto condutor apoiou-se, notadamente, em dois fundamentos: a) a consequência jurídica do abandono e do descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação é a destituição do poder familiar (art. 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e art. 1.638, inciso II, do Código Civil), não havendo espaço para a compensação pecuniária pela desafeição; b) a condenação ao pagamento de indenização, na contramão dos mais nobres propósitos imagináveis, consubstanciaria exatamente o sepultamento da mínima chance de aproximação entre pai e filho, seja no presente, seja no futuro.

A tese de improcedência de demandas desse jaez foi reafirmada por ocasião do julgamento do REsp 514.350/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, em 28.04.2009.

Contudo, no primeiro semestre de 2012, a Terceira Turma abraçou entendimento contrário, acabando por reconhecer a tese de ser indenizável o abandono afetivo (REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.04.2012). A relatora, acompanhada pela maioria dos demais integrantes do colegiado, consignou que o chamado abandono afetivo constitui descumprimento do *dever legal de cuidado, criação, educação e companhia*, presente implicitamente, segundo a linha argumentativa, no art. 227 da Constituição Federal, omissão essa que consubstanciaria ato ilícito passível de compensação pecuniária.

Os Embargos de Divergência 1.159.242/SP, nos quais se apontava dissídio acerca do tema, não chegaram a ser conhecidos.

Certamente, o tema merece detida reflexão.

A linha adotada pela Terceira Turma presta inegável reverência a valores tidos como os timbres atuais do Direito de Família, como o afeto e a solidariedade (art. 3º, inciso I, da CF/1988), os quais, em não raras vezes, superam até mesmo os vínculos biológicos ou meramente civis porventura existentes entre os envolvidos (art. 227, § 6º, da CF/1988). Como muito bem asseverou a professora Maria Berenice Dias, o “grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-las em um conceito mais amplo de família. Esse ponto de identificação é encontrado no vínculo afetivo”.⁴

Nessa exata direção, a posição sufragada pela Quarta Turma tangencia pontos sensíveis acerca do tema, notadamente a indesejável intervenção do Estado na família e a desjudicialização das relações sociais.

Deveras, é a própria Constituição e o ordenamento infraconstitucional que embargam a ingerência indevida do Estado no livre planejamento familiar (art. 226, § 7º da CF/1988) e a interferência de qualquer pessoa, de direito público ou privado, na comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513 do Código Civil de 2002).

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 8.

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial
 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V).
 3. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.
 4. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. *Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.* Precedentes da 4ª Turma.
 5. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação.
 6. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.
- (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19.10.2017, DJe 29.11.2017). (Grifo nosso).

3 O JULGAMENTO DOS RE N. 878.694/MG E RE N. 646.721 RS E A NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA – A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC/2002 E OS DESDOBRAMENTOS NAS QUESTÕES INFRACONSTITUCIONAIS

3.1 As críticas da doutrina ao art. 1.790 do Código Civil de 2002

O art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, sempre despertou debates doutrinário e jurisprudencial de substancial envergadura.

É de Francisco José Cahali, por exemplo, a assertiva de que “a nova lei força caminho na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988” e que “houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade”.⁵

⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil – Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6, p. 228.

No mesmo sentido se manifestou Zeno Veloso, para quem o “art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”, concluindo ao final que “a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.⁶

Finalmente – por todos –, a acusar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, Fábio Ulhoa entende que a união estável possui a mesma proteção que o Estado confere a famílias fundadas no casamento. “A única diferença” – continua Ulhoa – “diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento”, daí por que entende que:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.

Por conseguinte, no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge.⁷

Nessa linha, a tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 encontrava ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais (TJRS, Embargos Infringentes 70027265545; TJSP, Agravo de Instrumento 567.929.4/0-00; TJRS, Agravo de Instrumento 70020389284, entre outros).

Ainda, registre-se que já na ocasião da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, fora aprovado enunciado nos seguintes termos: “É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente”.

De fato, àqueles que se debruçam sobre o Direito de Família e sucessões, sempre causou estranheza a opção legislativa efetivada pelo

⁶ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família*. Sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144-145.

art. 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente, fosse pela inadequação topológica do artigo, que nada diz respeito a “disposições gerais” em matéria sucessória, fosse por sua própria substância, que se refere aos bens sucedidos.

3.2 O julgamento dos Recursos Extraordinários (878.694 e 646.721)

Em maio de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, posicionou-se pela sua dissonância com a atual Carta Política, declarando que aquele dispositivo é inconstitucional, “porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”.

Os recursos, a partir dos quais se discutiu a questão, foram os RE n. 878.694/MG (Tema 809 de Repercussão Geral) e o RE n. 646.721/RS (Tema 498). O primeiro deles de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, e, o segundo, cuja controvérsia dizia respeito, mais especificamente, à sucessão de companheiro homoafetivo, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

No voto apresentado no RE n. 878.694/MG, o Ministro Barroso proclama que o Código Civil, ao diferenciar o casamento e as uniões estáveis no plano sucessório, promoveu retrocesso e uma inconstitucional hierarquização entre as famílias, ao reduzir o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados, violando a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, e contrariando, ademais, a vedação à proteção insuficiente, bem como a proibição ao retrocesso.

Confira-se o trecho do voto proferido:

O Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Portanto, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostra-se incompatível com a Constituição. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao revogar as leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade,

da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Nas palavras do eminente relator, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente poderia ser considerada legítima caso não resultasse na hierarquização de uma entidade familiar em relação a outra. Noutras palavras, se baseada em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, a diferenciação seria possível.

Abaixo, a ementa do acórdão:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequilibrar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10.05.2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06.02.2018).

Interessante lembrar que o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 132, já havia afirmado que as diferenças aceitáveis entre união estável e casamento são antecipadas pela própria Constituição, a exemplo da submissão da união estável à prova dessa estabilidade, exigência que não é feita para o casamento, ou “quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226)”.

Ainda no julgamento do RE n. 878.694/MG, o Ministro Roberto Barroso destacou que, após a Constituição de 1988, as leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram progressivamente concretizando aquilo que a CF/1988 já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna.

Com efeito, “o Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro”. (RE n. 878.694/MG, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10.5.2017)

Dessa forma, caso o Código Civil continuasse a ser interpretado em sua literalidade, um cidadão jamais poderia excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas esta mesma pessoa, caso integrando uma união estável, poderia dispor de toda a herança.

Nessa linha de ideias, seguiu o ilustre Ministro, externando sua indignação com as disposições do art. 1.790 do CC, *verbis*:

49. Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

[...]

53. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. *O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1988.*

54. *Em verdade, a ideia de se prever em lei um regime sucessório impositivo parte justamente da concepção de que, independentemente da vontade do indivíduo em vida, o Estado deve fazer com que ao menos uma parcela de seu patrimônio seja distribuída aos familiares mais próximos no momento de sua morte, de modo a garantir meios de sustento para o núcleo familiar. E não faz sentido desproteger o companheiro na sucessão legítima apenas porque não optou pelo casamento.*

55. *Diante do exposto, conclui-se que a diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.*
[...]

57. *Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido.*
[...]

63. *Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso. (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10.05.2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05.02.2018 PUBLIC 06.02.2018). (Grifos nossos).*

Com base nos fundamentos acima demonstrados, a tese final firmada pela Corte Suprema, para os devidos fins de repercussão geral, foi a de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/2002”.

3.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790/CC

Nesse ponto, cumpre registrar que a Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp n. 1.332.773/MS, adequando-se à nova sistemática do regime sucessório da união estável ditada pelo Pretório Excelso, reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que aceitava critérios distintos de herança.

No caso do julgamento proferido sob a relatoria do eminente Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, o tribunal de origem havia deferido pedido de habilitação de herdeiros colaterais (irmãos e sobrinhos) do falecido na sucessão decorrente de união estável, uma vez que o *de cuius* não teria deixado pais e não teve filhos com a companheira.

Concluiu o eminente relator que o pleito recursal não encontrava respaldo na doutrina e na jurisprudência, destoando o acórdão da razoabilidade à falta de justo motivo para o *discrímen*.

Confira-se a ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ART.1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA, PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA. VEDAÇÃO AO RETROCESSO. APLICABILIDADE.

1. No sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694).
2. O tratamento diferenciado acerca da participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido conferido pelo art. 1.790 do Código Civil/2002 ofende frontalmente os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso.
3. Ausência de razoabilidade do *discrímen* à falta de justo motivo no plano sucessório.

4. Recurso especial provido. (REsp 1332773/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27.06.2017, *DJe* 01.08.2017)

Alguns meses depois, a Quarta Turma do Tribunal, seguindo o rumo indicado pela Corte Suprema, levou a julgamento o REsp n. 1.337.420/RS ilegitimidade ativa dos autores de uma ação de anulação de adoção, porque dita legitimidade fora fundamentada no art. 1.790 do CC/2002, cuja aplicabilidade não se sustentava diante da nova ordem instaurada, mormente após o julgamento do STF.

Destaquei naquela oportunidade:

Com efeito, tendo sido retirados, do ordenamento jurídico, as disposições previstas no art. 1.790 do Código Civil, o companheiro passa a figurar ao lado do cônjuge na ordem de sucessão legítima (art. 1.829).

Desse modo, concorre com os descendentes, a depender do regime de bens adotado, assim como com os ascendentes, aqui, independentemente do regime. Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro receberá a herança sozinho, exatamente como previsto para o cônjuge, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos).

O julgado recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ADOÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ARTS. 1790, CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO.

1. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável, promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, CC/2002, produz-se lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS.

2. Na hipótese dos autos, o art. 1790, III, do CC/2002 foi invocado para fundamentar o direito de sucessão afirmado pelos recorridos (irmãos e sobrinhos do falecido) e conseqüente legitimidade ativa em ação de anulação de adoção. É que, declarada a nulidade da adoção, não subsistiria a descendência, pois a filha adotiva perderia esse título, deixando de ser herdeira, e, diante da inexistência de ascendentes, os irmãos e sobrinhos seriam chamados a suceder, em posição anterior à companheira sobrevivente. 3. A partir da metade da década de 80, o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente, que impôs a realidade à ficção jurídica, fazendo-se necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

3. Com a Constituição Federal de 1988, uma nova fase do Direito de Família e, conseqüentemente, do casamento, surgiu, baseada num explícito poliformismo familiar, cujos arranjos multifacetados foram reconhecidos como aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família, dignos da especial proteção do Estado, antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento.

4. Na medida em que a própria Carta Magna abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição da família, emerge, como corolário, que, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos, torna-se secundário o interesse na forma pela qual essas famílias são constituídas.

5. Nessa linha, considerando que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002.

Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE 878.694/MG, relator Ministro Luis Roberto Barroso).

6. A partir do reconhecimento de inconstitucionalidade, as regras a serem observadas, postas pelo Supremo Tribunal Federal, são as seguintes: a) em primeiro lugar, ressalte-se que, para que o estatuto sucessório do casamento valha para a união estável, impõe-se o respeito à regra de transição prevista no art. 2.041 do CC/2002, valendo o regramento desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003; b) tendo sido aberta a sucessão a partir de 11 de janeiro de 2003, aplicar-se-ão as normas do 1.829 do CC/2002 para os casos de união estável, mas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado

da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública, na data de publicação do julgamento do RE n. 878.694/MG; c) aos processos judiciais com sentença transitada em julgado, assim como às partilhas extrajudiciais em que tenha sido lavrada escritura pública, na data daquela publicação, valerão as regras dispostas no art. 1.790 do CC/2002.

7. Recurso especial provido. (REsp 1337420/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22.08.2017, *DJe* 21.09.2017)

3.4 Notas sobre o futuro das relações sucessórias após a decisão do STF

Antes de qualquer outro ponto a ser tratado aqui, penso interessante a delimitação, no tempo, das regras postas pelo Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do RE n. 878.694/MG, considerando-se o mandamento de transição eleito com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

É que, no julgamento do recurso, o Ministro Roberto Barroso, no desfecho de seu voto, esclareceu o seguinte:

68. Por fim, é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), *entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.*⁸ (Grifo nosso).

A Suprema Corte optou, ainda, por garantir *regimes sucessórios iguais a cônjuges e companheiros, determinando estender-se aos companheiros o regime estabelecido pelo próprio CC/2002 para os cônjuges*, em detrimento do restabelecimento, para os companheiros, do regime previsto pelas Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996:

⁸ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>

Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas.

*Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002.*⁹ (Grifo nosso).

Diante desse quadro, tem-se a seguinte configuração: a) em primeiro lugar, para que o estatuto sucessório do casamento valha para a união estável, impõe-se o respeito à regra de transição prevista no art. 2.041 do CC/2002, ou seja, *desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003*; b) tendo sido aberta a sucessão a partir de 11 de janeiro de 2003, aplicar-se-ão as normas do 1.829 do CC/2002 para os casos de união estável, mas, aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública, na data de publicação do julgamento do RE n. 878.694/MG; c) aos processos judiciais com sentença transitada em julgado, assim como às partilhas extrajudiciais em que tenha sido lavrada escritura pública, na data daquela publicação, valerão as regras dispostas no art. 1.790 do CC/2002.

Ademais, anota-se que o completo debate da questão impõe, ainda, sejam feitas algumas ponderações acerca das situações que a partir de agora se verificarão, considerando-se a regra de transição eleita pelo Supremo Tribunal Federal e, principalmente, quanto à opção feita pela maioria da Corte, no que respeita ao regime sucessório a ser seguido, a partir da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

É bem de ver, então, que o companheiro passa a ocupar, na ordem de sucessão legítima, posição idêntica à do cônjuge. Quer isso dizer que, a partir de agora, concorrerá com os descendentes (inciso I), a depender do regime de bens adotado para a união (comunhão universal, separação obrigatória e comunhão parcial); concorrerá com os ascendentes, independentemente do regime (inciso II); e na falta de descendentes e de ascendentes, receberá a herança sozinho, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos), antes com ele concorrentes.

⁹ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>

Nessa linha, Giselda Hironaka destaca que

a imissão do cônjuge nas classes anteriores à terceira, se faz de forma gradativa e proporcional à importância que o legislador empresta aos descendentes e aos ascendentes em relação ao *apeço e carinho que o morto presumidamente guardaria para cada qual*. Por isso é que a quota do cônjuge vai aumentando dependendo da classe em que se encontre.¹⁰ (Grifo nosso).

Saliente-se, entretanto, que, para todos os casos previstos acima, impõe-se – da mesma forma exigida para o casamento – o respeito à regra de transição prevista no art. 2.041 do CC/2002, valendo o regramento desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003.

Em verdade, os desdobramentos da decisão da Suprema Corte serão inúmeros.

Destaca-se uma primeira, de indiscutível relevância, que diz respeito à inclusão, ou não, do companheiro no rol de herdeiros necessários, disposto no art. 1.845 do CC/2002. Quanto à questão, o voto condutor do RE n. 878.694/MG não oferece resposta expressa. Todavia, a doutrina que toca no assunto vem-se posicionando positivamente, apontando, nessa extensão, as situações que se apresentariam, caso fosse tomado esse rumo.

Assim, por exemplo, o professor Flávio Tartuce que destaca que, reconhecida ao companheiro a condição de herdeiro necessário, incidirão, em relação àquele, por exemplo, as regras previstas nos arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002, ocasionando restrições na *doação* e no *testamento*, “uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida, como herdeiro reservatário”.

Outro efeito previsto pelo mesmo doutrinador, refere-se ao fato de o companheiro passar a ter o dever de declarar os bens recebidos em antecipação, sob pena de serem considerados sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.

Ainda há o direito real de habitação, sobre o qual a jurisprudência recentemente se posicionou no sentido de que o diploma civil de 2002 não teria revogado as disposições constantes na Lei n. 9.278/96, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, tendo em vista a omissão do Código Civil quanto à matéria em relação aos

¹⁰ Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrencia.pdf>

companheiros na união estável, consoante o princípio da especialidade (AgRg no REsp 1436350/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12.4.2016, *DJe* 19.4.2016).

Inaugurada a nova ordem jurídica em relação ao companheiro, subsistirá o entendimento firmado pela Terceira Turma do STJ, consistente na aplicabilidade da Lei n. 9.278/1996, ou será reconhecido ao companheiro o direito real, nos exatos termos a que se confere ao cônjuge, previsto no art. 1.831 do Código Civil?

Ressalte-se que, anteriormente à decisão proferida no recurso especial referido anteriormente, já havia decidido a mesma Turma de Direito Privado, no sentido de que “a Constituição Federal (art. 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, *de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002*”. (REsp 821660/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14.6.2011, *DJe* 17.6.2011).

Há, ademais, outra importante questão, qual seja a exigência de outorga uxória ou marital contemplada no art. 1.647, a ser aplicada ou não à união estável.

Em relação à questão, pondera José Fernando Simão, diretor consultivo do IBDFAM e professor da Universidade de São Paulo:

Como a união estável pode nascer sem qualquer instrumento que a comprove, temos que distinguir as situações fáticas. Se as pessoas se declaram em união estável, as regras da outorga uxória e marital se aplicam *in totum* a elas, nos exatos termos do art. 1.647 do CC. É o caso de uma aquisição de imóvel em que o vendedor se declara “solteiro em união estável”.

Se houver um contrato de união estável ou sentença registrados no 1º Registro Civil de Pessoas Natural, em seu livro E, os efeitos são idênticos[1].

Se a união estável não contar com essa comprovação documental, se for simplesmente um fato da vida, haverá sim a incidência das regras referentes à outorga conjugal, mas não perante terceiros de boa-fé, que desconheçam a existência de união estável. Seus efeitos se limitam à relação entre os companheiros.

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança,

o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.¹¹

Flávio Tartuce, uma vez mais, busca esclarecer algumas destas questões, sustentando que a equiparação entre cônjuge e companheiro faz sentido “somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das *regras sucessórias*, de *alimentos* e de *regime de bens*. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas à *existência formal* da união estável e do casamento, aos *requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento* (art. 1.639, § 2º, do CC e art. 734 do CPC) e às *exigências de outorga conjugal*, a equiparação não deve ser total”.¹²

Seguindo esse raciocínio, José Fernando Simão acrescenta que somente serão legítimas as diferenciações de regras que disserem respeito à *criação*, *comprovação* e *extinção* do casamento e união estável, tais como o *procedimento de habilitação* e comprovação do vínculo pela *certidão de casamento*.

Por sua vez, será ilegítima a diferenciação de regras de *concorrência sucessória*, as que se referirem ao *direito real de habitação* e a presunção *pater is est* do art. 1597, bastando, nesse caso, que a companheira leve ao Registro Civil seu contrato de união estável, por instrumento público ou particular, para que a presunção se aplique, assim como ocorre com os cônjuges.

Indiscutível que a equiparação da união estável ao casamento civil, para efeito de sucessão *mortis causa*, foi dos temas mais importantes julgados nas Cortes Superiores no ano de 2017. No entanto, não é menos certo que o resultado parece não ter agradado completamente os especialistas na matéria.

De fato, poucos meses após a tomada de decisão, figuras relevantes do Direito de Família acusam o entendimento firmado de representar interferência indevida do Estado nas relações familiares, pelo que “acabou a liberdade de não casar”.

Nesse sentido, a presidente Nacional da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, Regina Beatriz Tavares da Silva, afirmou que “se a Constituição determina que dois caminhos levam a um mesmo lugar, isto é, se tanto casamento como união estável formam entidades familiares, o legislador tem ampla margem para disciplinar cada um desses caminhos de modo a permitir que as pessoas que queiram atingir o destino

¹¹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>.

¹² STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047>>

— a constituição de entidade familiar — tenham à sua disposição alternativas reais, e não apenas aparentes, de caminhos a escolher.”

Com base nessa premissa, a ADFAS interpôs embargos de declaração em face das decisões proferidas nos recursos extraordinários que trataram do tema, requerendo resposta do Supremo Tribunal Federal, quanto ao fato de o companheiro na união estável ser, a partir de então, herdeiro necessário, assim como, sobre a modulação de efeitos da decisão que determinou a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil à sucessão dos companheiros.

Especialmente quanto ao pleito de modulação dos efeitos, a justificativa está na discrepância entre o entendimento anteriormente adotado em decisões sobre a matéria e o eleito após o julgamento do recurso sob o rito da repercussão geral.

Argumenta a Associação recorrente que diante de tão radical guinada no entendimento da Corte, parece adequada a aplicação da regra expressa no artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil de 2005, que preceitua: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Nessa esteira, a ADFAS requer que o entendimento atualizado não valha para as sucessões abertas antes da prolação da decisão.

A questão é instigante e o pleito merecerá uma reflexão comprometida, que envolverá o estudo acerca da presunção da legalidade das normas, assim como das regras da *saisine*, herdada do direito colonial português, por meio da qual pelo qual, em apertada síntese, os herdeiros legítimos ou testamentários recebem o título legitimário sobre a herança exatamente ao momento da morte da pessoa sucedida.

4 CONCLUSÃO

O julgamento do Recurso Extraordinário 363.889/DF foi, sem dúvida alguma, de importância singular para a análise de diversas questões ligadas ao Direito de Família, que exigem do magistrado uma sensibilidade apurada, em conjunto com o conhecimento técnico-jurídico, a fim de que sejam dirimidos interesses de tamanha magnitude e em constante evolução.

Foram avaliadas diversas vertentes neste histórico julgamento, tratando acerca da dignidade da pessoa humana, importância do direito de filiação,

conhecimento das origens genéticas, responsabilidade do Estado em conferir aos necessitados meios para a assistência gratuita integral, paternidade responsável e todas as consequências que daí podem advir ao ser humano, suscitando-se, ainda que de forma lateral, a questão relativa ao direito à felicidade e a eventual possibilidade de indenização por abandono afetivo. Cogitou-se também sobre como deve atuar o Poder Judiciário em questões dessa natureza, sem que haja ingerência indevida na vida privada das pessoas.

Por outro lado, não se olvidou a extrema importância da coisa julgada, assegurada pela Constituição da República e fundamental para a pacificação dos conflitos.

Deveras, legislar sobre Direito de Família não é o mesmo que legislar sobre propriedade, por exemplo. Por consequência, julgar casos relacionados à família também não pode seguir a mesma lógica de outros ramos do Direito. E isso, igualmente, em razão de imperativo constitucional.

O Direito de Família deve ocupar no ordenamento jurídico papel consentâneo com as possibilidades e limites estruturados pela Constituição Federal, não podendo a legislação infraconstitucional avançar em espaços tidos pela própria Carta da República como invioláveis. Nesse particular, a Constituição, que sugere a solidariedade e a afetividade como valores de elevada grandeza, é a mesma que grava a vida privada e a intimidade com a cláusula da inviolabilidade (art. 5º, inciso X).

Em outras palavras, parece claro que o Direito de Família há de observar uma principiologia de intervenção mínima, mostrando-se necessária a contenção de índole constitucional nessa seara normativa que sempre transita muito próximo a bens especialmente protegidos pela Constituição – como a intimidade e a vida privada –, erguidos como elementos constitutivos do refúgio impenetrável da pessoa e que, por isso mesmo, podem ser opostos à coletividade e ao próprio Estado (REsp 1.119.462/MG).

Finalmente, a migração para os tribunais de temas antes circunscritos ao ambiente familiar parece trilhar caminho contrário às últimas reformas legislativas sobre Direito de Família, as quais, a toda evidência, despontaram como manifestações da parcial retirada do Estado do ambiente doméstico.

São exemplos dessa inclinação: a) Emenda Constitucional 66/2010, que franqueou aos casais a via do divórcio direto, suprimindo-se o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de fato por mais de dois; b) Lei 11.441/2007, diploma legal que, acrescentando o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil, possibilitou o divórcio e a separação consensuais por escritura pública, sem intervenção judicial; c) a mutabilidade do regime de bens do casamento instituída pelo art. 1.639, § 2º, do Código Civil de

2002, o que antes era vedado pelo Código Civil de 1916; d) Súmula 382/STF, verbete que, já no ano de 1964, dispensava a vida em comum sob o mesmo teto para a caracterização da união estável – então concubinato –, orientação essa que sinaliza, a todas as luzes, a inexistência de um arquétipo legal de família.

É mesmo hora propícia para que, tanto a Suprema Corte como o Superior Tribunal de Justiça se debruçam sobre esses delicados temas.

5 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos – e outras baixas colaterais da modernidade líquida. *In: Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil – Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família*. Sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2012.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. *STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047>>.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In: A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. I.

VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na Investigação de paternidade. *In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. *In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STF. Notícias STF. *Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório*. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>

Sites:

<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>

http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concurrencia.pdf

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>