

## INTRODUÇÃO

E onde, mais que na família, se manifesta a contradição entre as aspirações libertárias do homem e sua fundamental vocação para o engajamento?  
João Baptista Villela

“Filhos fora do casamento houve e haverá sempre. É uma realidade fática, em todos os tempos enfrentada pelo nosso Direito, e em todas as suas fases desde o Código Filipino”<sup>1</sup>. A afirmação incontestável de Caio Mário da Silva Pereira revela a importância da ciência jurídica se dedicar a um tema tão delicado e difícil quanto à filiação, imbricado a dados socioculturais, a função e papel da família e de seus membros em cada época da história, a redefinição dos espaços do público e do privado e da revolução científica da codificação do genoma humano.

Como transformar o fato natural da procriação e do nascimento no que se chama de estado de filiação, uma qualidade jurídica que permite ao seu titular desfrutar de um complexo de direitos e deveres em relação aos seus pais, da forma mais segura e concreta possível? O nascimento, como fato natural, precisa da intervenção do Direito na constituição do vínculo jurídico paternal, assim como a morte, através da estipulação de critérios orientadores na formação do estado civil.

Desde Roma os ordenamentos jurídicos, em prol de segurança e maior certeza das relações de paternidade tiveram um sistema de presunções, para os filhos de pais casados, facilitando a conversão do fato natural do nascimento na relação jurídica da paternidade. A partir da tríade casamento-coabitação-fidelidade os sistemas jurídicos assentaram o vínculo da paternidade.

Melhor sorte, no entanto, não tiveram os filhos de pais não casados. Aos filhos extraconjugais, a consolidação do fato natural do nascimento no estado jurídico de filiação, ora restou proibida, ora permitida, através da especificação de formas restritas e taxativas de reconhecimento voluntário e fatos exaustivos e provados para a imposição coativa, com idas e vindas entre posturas liberais e conservadoras, oscilando entre a proteção da sacralidade da família e o estado jurídico da filiação.

No entanto até hoje, o ordenamento jurídico brasileiro e, tantos outros de tradição romano-germânica, trabalham no esforço de converter o vínculo biológico em estado de filiação, com a dicotomia dos modelos dos filhos nascidos de uma relação conjugal e de uma relação extraconjugal. Para os primeiros, ainda se faz presente e necessário o sistema do jogo

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

de presunções, demasiado enfraquecido e relativizado, por inúmeros fatores, que esse trabalho tentará diagnosticar. Para os segundos, a revolução científica trazida com o mapeamento da codificação genética de cada um, tornou livre de causas pré-definidas a investigação da paternidade, mas a recusa de supostos pais na identificação da origem consanguínea continua a desafiar construções e ponderações entre interesses colidentes.

Durante os últimos anos, por imperativo lógico e com justeza, no tema da filiação, os holofotes mantiveram-se inclinados para os filhos extraconjugais. Inúmeros fatores chamaram a atenção da doutrina e dos Tribunais para aqueles que, depois de séculos de exclusão social e jurídica, tiveram no campo legal o amparo merecido, dentre eles a necessidade de: (i) remover preconceitos injustificáveis; (ii) tutelar direitos da personalidade, em especial, o direito à consolidação da identidade de cada um, como decorrência do princípio vetor da dignidade humana; (iii) ajustar critérios para a utilização de técnicas científicas na produção da prova pericial de DNA e a percepção, finalmente, de que estado civil e origem genética são direitos diferentes. Mas todas essas mudanças no terreno da filiação extraconjugal acabaram por afetar a filiação conjugal.

Deveras, outras transformações ocorridas no campo do direito de família balançaram os alicerces da filiação conjugal. O fim da mulher casada como indivíduo relativamente capaz e dependente jurídica e economicamente do marido, a dissolubilidade do vínculo matrimonial, a proteção efetiva às situações de fato, como a união estável e as famílias monoparentais, a maior liberdade dos costumes e a igualdade plena da filiação, dentre outras, mapeadas pela sociologia e psicanálise, desconstruíram as bases da família matrimonializada como padrão jurídico de família, em especial suas discriminações iníquas.

Neste novo cenário, o velho critério romano da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* passou a ter sua validade contestada, influenciando para isso decisivamente a conquista da ciência no mapeamento do material genético humano e a plena dissolubilidade do vínculo conjugal.

Diante desses novos fatos, algumas questões vêm à tona e precisam ser enfrentadas. Deve-se continuar a estabelecer o vínculo paterno-filial a partir do vínculo matrimonial? Quão forte e robusto é o vínculo da paternidade a ponto de se manter imutável pelo transcurso do tempo? Quais são os critérios que devem ser privilegiados na determinação da paternidade? O enfraquecimento da presunção *pater is est* está a serviço de que valores?

Em resposta as duas primeiras perguntas, o Código Civil Brasileiro atual reproduziu nos dois primeiros incisos do artigo 1.597 a regra da presunção de paternidade, exatamente como havia feito no artigo 338 do Código Civil de 1916, estabelecendo que os nascidos 180

(cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, assim como os nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento, são filhos do marido da mãe.

Por outro lado, alterando significativamente o exercício da ação de contestação de paternidade, antes rigidamente limitado pela regra do §3º do artigo 178 do Código Civil de 1916 em 02 (dois) meses, contados do nascimento, se presente o marido, e em 03 (três) meses se o marido se achava ausente ou ignorante sobre o fato do nascimento, o Código atual consagrou na regra do artigo 1.601 do Código Civil a imprescritibilidade desta ação<sup>2</sup>.

Assim, a lei atual, ao mesmo tempo em que manteve a presunção legal de paternidade, a enfraqueceu abruptamente com a permissão de sua revisão a qualquer tempo, inspirada pela possibilidade de identificação da verdade da filiação biológica.

Tal imprescritibilidade tem encontrado fortes aplausos tanto na doutrina como nos Tribunais com base no argumento de que as ações de estado são ações imprescritíveis, dentre elas as de investigação e negação de paternidade, sendo benéfica e já não sem tempo a mudança trazida no artigo 1601 do Código Civil. Aliás, a ampliação dos prazos vem sendo discutida, e muitas vezes implementada, em vários países de tradição romano-germânica. Mas há os que firmemente se opõe a essa mudança. O tema é tão polêmico que mereceu uma peça escrita pelo professor João Baptista Villela e apresentada em Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família às vésperas da vigência do Código Civil<sup>3</sup>.

Eis o objeto deste trabalho: investigar o exercício do direito potestativo do marido de negar a paternidade dos filhos menores a qualquer tempo. Ressalte-se que, apesar de em diversas passagens serem outras ações do estado de filiação mencionadas no trabalho, como a investigatória de paternidade, a anulatória com base em vício de consentimento e a impugnatória do reconhecimento voluntário de filiação, o foco dessa dissertação é dissecar, sobretudo, os efeitos do tempo em face da paternidade.

Nesse intento, em vários momentos se lamentou a insuficiência da análise do tema da paternidade à luz do transcurso do tempo pela ótica apenas da ciência jurídica. Necessário seria o seu aprofundamento no campo da Psicanálise, da Antropologia, da Sociologia, da

---

<sup>2</sup> CC/2002, art. 1.601: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

<sup>3</sup> VILLELA, João Baptista. *Art. 1.601*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=32>>. Acesso em: 10.11.2009. Esta peça de teatro foi apresentada sob forma de monólogo pela professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, durante o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Ouro Preto (MG), entre os dias 24 e 27 de outubro de 2001, pelo IBDFAM e OAB/MG.

Filosofia, enfim, de outras ciências humanas que, pelo profundo grau de interpenetração, demandam o esforço de um trabalho coletivo.

Ciente, contudo, destas limitações pessoais e da fragmentação do conhecimento acadêmico procurou-se clarificar os interesses e direitos do marido e pai nos casos de adultério *a matre* e do filho menor não responsável por um estado de paternidades conflituosas diante da incidência do princípio constitucional do melhor interesse da criança.

A guiar o propósito de investigar se a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade é compatível com o princípio do melhor interesse da criança e com a tutela civil-constitucional da filiação, antes, as seguintes questões terão que ser enfrentadas: (i) a origem biológica/genética após o DNA tornou-se a essência do critério de paternidade? (ii) é possível o conhecimento da ascendência genética sem o desfazimento do vínculo de paternidade para os filhos nascidos de uma relação conjugal, à luz do previsto para os filhos adotivos, no artigo 48 da Lei 8.069/90? (iii) a ação negatória de paternidade pode ter como única causa de pedir a ausência do vínculo biológico? (iv) quais os efeitos jurídicos decorrentes da posse de estado de filho? (v) a paternidade socioafetiva deve ser o único balizamento à desconstituição do vínculo paterno-filial ou a ciência jurídica, por meio da quantificação do tempo e do instituto da decadência, deve neste plano preliminar de mérito, refreá-la?

Ao final pretende-se chegar a uma conclusão acerca da constitucionalidade do direito deste exercício perpétuo de desconstituição do vínculo da relação paterno-filial conferido pelo legislador na regra do artigo 1.601 do Código Civil inspirado pela positivação do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>4</sup>. Para tanto se dividiu o trabalho em três capítulos.

No capítulo primeiro, através de um esboço histórico, buscar-se-á demonstrar a regulação da relação paterno-filial no Código Civil de 1916, em especial a vigência da presunção *pater is est* na filiação legítima, bem como as causas, o prazo e a legitimidade para a sua contestação, sem deixar de mencionar também a filiação ilegítima, integrante daquele sistema. Mais do que a descrição e a análise das regras reguladoras da filiação vigentes na Codificação Bevilacqua, o objetivo é revelar o espírito do *favor legitimitatis*. Posteriormente, como marco fundamental para o Direito de Família, será traçado o novo enfoque trazido ao tema da filiação pela Constituição Federal de 1988, com seus princípios norteadores consubstanciadores do *favor filii*, em especial (i) da absoluta igualdade entre os filhos; (ii) da interferência mínima do Estado no Direito de Família e (iii) do melhor interesse da criança. Com base neste marco regulatório esboça-se a regulação da filiação no Estatuto da Criança e

---

<sup>4</sup> Lei 8.069/90, art. 27: “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”.

do Adolescente e no Código Civil, com a descrição do atual estado da arte no plano legislativo da regulação da filiação.

No capítulo segundo, serão analisados os critérios vigentes de atribuição de paternidade separadamente. Em primeiro lugar, retoma-se, com maior profundidade, o exame da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, com a explicitação da sua origem, sua justificativa e o declínio de sua força na atual legislação. Então, passa-se a análise da verdade biológica da filiação entre o mito da panaceia do mapeamento genético humano e as dificuldades e limitações da produção pericial da prova de DNA, com destaque à recusa do investigado. Expostas a paternidade institucional advinda da presunção legal *pater is est* e a paternidade biológica, exsurge na concorrência destas paternidades, o critério sociológico da posse de estado de filho. Após a explanação desses três critérios, é feito o exame do comportamento dos Tribunais nacionais diante dos conflitos de paternidades, em especial nas hipóteses de (i) adultério *a matre*; (ii) nas “adoções à brasileira” e (iii) nas famílias reconstituídas. Diante da profusão de julgados no terreno da filiação, foi preciso limitar o número de exemplos dos posicionamentos tomados para aprofundar o sentido particular de cada um.

No capítulo terceiro e último, inicia-se o estudo da filiação como elemento do *status* civil dos indivíduos, e, suas características da indivisibilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. A partir da noção de estado de pessoa, à luz da dignidade e condição humana, o foco em evidência passa a ser a importância da estabilidade do vínculo jurídico da paternidade, e os mecanismos da ciência jurídica para materializá-la.

O problema da concorrência de paternidades, como tanto outros, é verdadeiramente uma questão entre o poder do indivíduo de se autorregulamentar e a proibição, pelo imperativo de justiça, de não causar dano ao outro na vida de relação. Um embate entre o privado e o público, entre a autonomia e a heteronomia, entre liberdade e responsabilidade. Com a ciência de que na relação entre pai e filho se está diante de duas dignidades e duas identidades, ao final, em um ajuste possível de relevantes direitos, utiliza-se o tempo como fator a conferir equilíbrio à relação paterno-filial.

## 1. DO FAVOR LEGITIMITATIS AO FAVOR FILII

Quem quiser compreender o Direito do presente no seu estágio actual  
tem também que ter em vista o seu devir histórico, bem como sua  
abertura face do futuro.

Karl Larenz

### 1.1. *Favor legitimitatis*: a incidência no Código Civil de 1916

À luz da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, aprovada no ano de 1858, o Código Civil de 1916 manteve ao lado da filiação legítima – assentada no ato jurídico do matrimônio dos pais –, a filiação ilegítima. Enquanto a primeira representava a plenitude e o paradigma do estado de filho<sup>5</sup>, a segunda dele tentava se aproximar, mas a lei impunha restrições para justamente desigualar a prole proveniente do matrimônio e a gerada por relações consideradas à época ilícitas e imorais.

A causa única e justificadora da legitimidade da filiação era o vínculo matrimonial entre os pais<sup>6</sup>. Além de tal vínculo, a filiação legítima dependia ainda da maternidade da esposa e da paternidade do marido, formando desse modo os três elementos de base da filiação: casamento, maternidade e paternidade. Sobre a maternidade, os sinais exteriores da gravidez e do parto, inequívocos, e, provados por meios diretos, nunca trouxeram grandes desafios à ciência jurídica na conformação da ligação natural entre mãe e filho em *status* jurídico.

Contrariamente, a definição da paternidade sempre foi muito mais complexa, exigindo-se uma série de artifícios e presunções com o objetivo de dar segurança às relações travadas no seio do Direito de Família.

Por isso, desde Roma, o Direito estabeleceu, sob a vigência do casamento, período mínimo e máximo de dias para a ocorrência da gestação, usando como *termo a quo* o início e o fim da sociedade conjugal. Desta forma, presumiram-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a

<sup>5</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 341.

<sup>6</sup> Não apenas o casamento válido podia gerar uma prole legítima, como também o anulável, enquanto a anulação não fosse declarada e, o nulo, na hipótese de putatividade do casamento. Daí a redação da regra do artigo 337 do Código Civil de 1916: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art.221)”. Se apenas um dos cônjuges estivesse de boa-fé ao contrair o matrimônio, então, o filho era apenas legítimo em relação a este cônjuge, sendo ilegítimo em relação ao cônjuge de má-fé, ciente do impedimento matrimonial.

convivência conjugal (art. 339) e os nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação<sup>7</sup>.

Pode-se assim afirmar que a construção da filiação no Código Civil de 1916, bem como em várias nações de cultura ocidental, teve como base um sistema de presunções legais engendrado pelos romanos. A partir do dever da coabitação e fidelidade dos cônjuges, ao tempo da concepção, ergueu-se a presunção de paternidade do marido da mãe.

Deveras, se o casamento pressupunha a existência de relações sexuais entre o marido e a mulher, até mesmo porque de um débito conjugal se tratava, e, ainda, a exclusividade destas relações entre ambos, presumida estava a relação de paternidade. Mesmo que a mulher casada confessasse o adultério durante o período da concepção do filho, ainda assim, a lei, em prol da legitimidade da filiação, mantinha a presunção legal de paternidade<sup>8</sup>.

A confissão não era suficiente porque mesmo diante do adultério notório, público e confessado, mantendo a mulher relações sexuais, simultaneamente, com o marido e o terceiro, havia a possibilidade de ser aquele o pai de seu filho, motivo suficiente para manter, à época, hígida a presunção legal de paternidade<sup>9</sup>. Em outras palavras, em caso de dúvidas, a leitura conjunta dos artigos 343 e 346, ambos do Código Civil de 1916, indicava a legitimidade da prole a partir da preservação da regra geral da presunção legal de paternidade do marido da mãe e da importância social do casamento<sup>10</sup>.

Por isso, a lei revogada não se contentava com o adultério notório e a confissão pela mulher para derrogar a presunção legal de paternidade, exigindo, ao seu lado, uma prova certa da impossibilidade de o marido ser o pai da criança.

Desta forma, se o marido desconfiado contestasse sua paternidade, ao filho, representado pela mãe, caberia apenas a prova: do parto e, pois, da maternidade; do casamento entre sua mãe e o seu pai; e, que sua concepção ocorreu decorridos 180 dias depois

---

<sup>7</sup> CC/1916, art. 338: “Presumem-se concebidos na constância do casamento: I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339); II. Os nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite, ou anulação”.

<sup>8</sup> CC/1916, art. 343: “Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole”.

CC/1916, art. 346: “Não basta a confissão maternal para excluir a paternidade”.

<sup>9</sup> Sobre a reduzida possibilidade de se contestar a presunção legal de paternidade conferir a passagem de San Tiago Dantas: “(...) Esta contestabilidade limitada é o modo pelo qual a lei defende a presunção de legitimidade. Não é lícito ao marido contestar a legitimidade do filho de sua mulher, valendo-se para isso de quaisquer provas ou apontando quaisquer situações. Do mesmo modo, não é lícito ao filho contestar sua legitimidade, nem é lícito à mulher contestar a legitimidade do filho que teve, com a simples confissão de adultério. A lei não quer que um interesse da sociedade tão superior aos móveis que podem inspirar a conduta dos indivíduos fique à mercê dos interesses da mulher, que pode, tanto por motivos elevados como por motivos subalternos, desejar destruir a legitimidade do filho por ela havido”. (DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 345).

<sup>10</sup> As regras referentes ao adultério da mulher e a presunção legal de paternidade dos artigos 343 e 346 do Código Civil de 1916 foram mantidas pelo atual Código Civil, nos artigos 1.600 e 1.602, mesmo diante da atual possibilidade de se investigar a paternidade a partir do mapeamento genético dos indivíduos.

de inaugurada a sociedade conjugal ou daí por diante, até aos 300 dias depois do desquite, da morte ou da anulação.

Aliás, mesmo nas hipóteses em que o filho nascia antes de decorridos os 180 (cento e oitenta) dias depois do início da sociedade conjugal, a lei, imbuída do princípio do *favor legitimitatis*, expurgava a contestação da sua legitimidade diante da ciência do marido, antes do casamento, da gravidez da mulher e/ou da lavratura do termo de nascimento do filho, assistida por si ou por procurador, sem contestar a paternidade<sup>11</sup>.

Em ambas as hipóteses, ao marido não era dada a contestação da paternidade, porque a interpretação desses fatos permitia extrair uma tácita confissão de que o filho era seu, ou, não tendo sido por ele gerado, era por ele adotado<sup>12</sup>.

A regra do artigo 339 da legislação revogada demonstra que a preocupação maior do legislador do século passado não era, portanto, com a afirmação do vínculo biológico do pai, mas com o estabelecimento da paternidade em favor da honra e da vontade do marido. Se o homem, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher e também de que o filho não era seu, na hipótese de inexistência de coabitação, ainda assim, a lei não lhe permitia a negação da paternidade que com o casamento se formaria<sup>13</sup>.

Também aos filhos nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação, operava o favor e a presunção da legitimidade, tendo o marido que provar, para contestar a paternidade, as causas taxativamente enunciadas no artigo 340 do Código Civil de 1916, ambas referentes à impossibilidade física de coabitar<sup>14</sup>.

A primeira hipótese, impossibilidade de coabitação, ou melhor, de o casal travar relações sexuais, se fincou no prazo mínimo e máximo de uma gestação supracitados,

---

<sup>11</sup> CC/1916, art. 339: “A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 (cento e oitenta) dias de que trata o n. I do artigo antecedente não pode, entretanto, ser contestada: I. se o marido antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; II. se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade”.

<sup>12</sup> “Se o marido antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher, e, apesar disso, contraiu casamento, o seu ato, ensina CLÓVIS, deve ser interpretado como uma confissão tácita de que o filho é seu. Poderá isso não traduzir a realidade, mas pouco importa, porque, é ainda CLÓVIS quem o diz, o direito não permite que o marido venha a contestar a legitimidade de um filho, que, pelo casamento, reconheceu. Para os efeitos da lei, portanto, o filho será sempre seu, desde que o marido conhecesse a gravidez da mulher antes de casar: seu, ou porque o gerou, ou porque o adotou”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1958, p. 342).

<sup>13</sup> Comentando o inciso II do artigo 339 do Código Civil de 1916, diz San Tiago Dantas: “(...) Quer isto dizer que a lei admite, exige que a reclamação se faça muito de pronto, pois não há interesse algum em se deixarem instáveis estas relações jurídicas que se devem definir com rapidez. Se o pai, na hora de fazer as declarações ao oficial do registro civil, não denega imediatamente a paternidade ou, mesmo, se apenas se cala e nada diz, já não se pode mais contestar a legitimidade do filho havido, e o mesmo ocorre se, ao se casar, já conhecia a gravidez da mulher”. (DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Ob. cit., p. 348).

<sup>14</sup> CC/1916, art. 340: “A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 338 e 339) só se pode contestar: I. provando-se que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho; II. que a êsse tempo estavam os cônjuges legalmente separados”.



respectivamente, 180 e 300 dias. Para a constatação da ausência de coabitação era preciso, portanto, provar sua inexistência nos primeiros 121 dias ou mais que precederam os 300 dias do nascimento do filho. Provado que nos 121 primeiros dias dos 300 anteriores ao nascimento da criança não houve coabitação, porque os cônjuges estavam afastados ou o marido doente, ou impotente, enfim, qualquer situação certa e precisa que revelasse a impossibilidade física de se travar relações sexuais, excluía-se a paternidade porque haveria um período de tempo menor que 180 dias – período mínimo fixado em lei – para a gestação.

Ainda com relação à impossibilidade física de coabitar, o artigo 342<sup>15</sup> esclarecia que a impotência do marido deveria ser absoluta, tendo a doutrina assentado que se tratava da impotência instrumental ou *coeundi* e não de infertilidade.

A segunda hipótese legal para a contestação da paternidade referia-se a separação legal dos cônjuges nos mesmos 120 dias dos 300 que precedem ao nascimento. Para tanto, era necessário que a separação fosse contínua, sem nenhuma interrupção, ainda que por uma só vez<sup>16</sup>.

Ausência de coabitação física e separação legal nos prazos demarcados pela lei eram as únicas duas hipóteses de contestação da paternidade, fora das quais vigorava absoluto o princípio do *favor legitimitatis*. Aliás, tão forte era a presunção legal de paternidade que J. M. Carvalho Santos a afirmava ainda no caso da ausência do marido<sup>17</sup>

No mais, os fatos da impossibilidade física de coabitar com a mulher no período determinado e a separação legal requeriam prova cabal, o que significava dizer que não sendo o conjunto probatório concludente, prevalecia a presunção de paternidade: *In dubio praevaleat ergo favor legitimitatis*.

Na esteira deste princípio, com coerência e unidade, o Código Civil de 1916 assegurava legitimidade exclusiva e privativa do marido para contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher<sup>18</sup>. Ninguém, mesmo diante das causas da impossibilidade física de coabitação e da separação nos primeiros 121 dias dos 300 precedentes ao nascimento, poderia vindicar um estado civil diferente do assentado no registro de nascimento, mesmo o próprio filho e a mãe. Tratava-se de um direito personalíssimo, cuja iniciativa da contestação era privativa do marido, mas os seus herdeiros poderiam a ela dar continuidade<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> CC/1916, art. 342: “Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho”.

<sup>16</sup> CC/1916, art. 341: “Não valerá o motivo do artigo antecedente, n.II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal”.

<sup>17</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 351.

<sup>18</sup> CC/1916, art. 344. “Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, §3º)”.

<sup>19</sup> CC/1916, art. 345: “A ação de que trata o artigo antecedente, uma vez iniciada, passa aos herdeiros do marido”.

A razão de ser da exclusividade da legitimidade na iniciativa contestatória era óbvia: o marido e só ele poderia mudar um estado pessoal formado entre si e seus filhos, já que a mãe era terceira estranha ao vínculo. Quanto ao próprio filho, a lei, ao presumir ausência de interesse, não poderia conferir legitimidade a quem seu conjunto de regras preocupava-se justamente em blindar ao máximo seu estado pleno de filiação<sup>20</sup>.

Somada a privada legitimidade contestatória, o legislador, no artigo 178, §3º e 4º, inciso I, do Código Civil de 1916, prescrevia os prazos de 02 e 03 meses para a contestação da presunção legal de paternidade<sup>21</sup>.

A legitimidade restrita e pessoal do marido para denegar a paternidade em um prazo de 02 meses contados da data do nascimento do filho era a comprovação patente da atuação do princípio do *favor legitimitatis*, impedindo a derrogação da presunção legal de filiação decorrente do matrimônio.

Concretização também deste princípio era a ausência de fixação de prazo para a ação de prova da filiação legítima, aquela que, pressupondo a negativa de legitimidade do filho, outorgava à prole ação para que tal qualidade lhe fosse estendida. Como se tratava de uma ação a favor do direito de formação da filiação legítima, o artigo 350 do Código Civil de 1916 não restringia seu exercício no tempo, mas ao invés, previa a possibilidade de seu uso enquanto o filho vivesse<sup>22</sup>.

Desta forma, juntos os artigos 337 ao 351 do Código Civil de 1916 incorporaram o *favor legitimitatis*, por ordenarem suas regras, em caso de incerteza, decidir em prol da legitimidade dos filhos e por restringirem o direito potestativo do pai de contestar a presunção de sua paternidade às hipóteses estreitíssimas da lei num exíguo prazo de tempo.

<sup>20</sup> Em posição oposta Gustavo Tepedino afirma que a legitimidade privativa do marido “cuida-se de grave obstáculo à investigação de filho adúlterino de mulher casada, justificável “no interesse da paz doméstica”. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 557 e Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza para quem a codificação revogada deixava, com a exclusividade da legitimidade do direito de negar a paternidade nas mãos do marido, ao talante do pai a discriminação dos filhos em legítimos e ilegítimos, o que se justifica em razão da sociedade patriarcal e do cargo de chefia que ocupava quando da edição da norma. (SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade*: a recusa do filho ao exame de DNA. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, *passim*).

<sup>21</sup> CC/1916, art. 178. “Prescreve:

§3º Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344);

§4º Em 3 (três) meses:

I – a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo”.

<sup>22</sup> CC/1916, art. 350: “A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz”. Daí a afirmação de Carvalho Santos no sentido de que “a ação de filiação é imprescritível, durante a vida do filho, e extingue-se com a sua morte, se morre maior e capaz”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 384).

Outro instituto que também concretizava o princípio do *favor legitimitatis* era a legitimação, utilizada quando, apesar da certeza da maternidade e da paternidade, faltava o elemento do matrimônio<sup>23</sup>.

Na égide do Código Civil de 1916, os filhos ilegítimos naturais, pelo matrimônio posterior, transformavam-se em legítimos<sup>24</sup>. A legitimação não se tratava de um ato jurídico, mas, tão somente, de um efeito do casamento, operante de pleno direito, que consistia em tornar legítimos os filhos ilegítimos até então. Por isso, a legitimação era um benefício legal através do qual os filhos, nascidos antes do casamento de seus pais, com ele adquiriam a qualidade e a titularidade dos direitos dos filhos legítimos<sup>25</sup>.

A legitimação, antes de tudo, era um efeito decorrente dos preceitos da ordem pública do Código Civil de 1916, pois com o casamento, mais do que os filhos, a família se legitimava. Lembre-se que fora do casamento não havia nem legitimidade nem relação jurídica de família, constituindo as chamadas uniões livres, hoje uniões estáveis, situações ilegítimas ignoradas pelo Direito.

Os legitimados eram em tudo equiparados aos legítimos, de forma que o complexo de direitos a eles atribuído era exatamente igual ao do filho nascido na constância do casamento, sendo vedada estipulação de quaisquer desigualdades<sup>26</sup>. A única diferença que poderia se sentir estava ligada aos efeitos não retroativos da legitimação, o que tornava os legitimados filhos legítimos, não a partir da data da concepção ou do nascimento, mas do casamento superveniente de seus pais.

Havia, no entanto, uma fervorosa discussão acerca de que filhos poderiam ser legitimados. Era possível legitimar a classe dos filhos ilegítimos espúrios – adúlteros ou incestuosos?

<sup>23</sup> Segundo Lafayette Rodrigues Pereira, “por um princípio de equidade permite a lei que o casamento, que ergue à posição de esposos legítimos o homem e a mulher que tiveram relações ilícitas, retrotraia os seus efeitos e torne também legítima a prole antes havida”. (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 4ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1945, p. 266).

<sup>24</sup> CC/1916, art. 353: “A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho”. Durante bastante tempo reinou uma subdivisão na classe da filiação ilegítima, através da qual se possibilitava a aproximação com os legítimos ou o afastamento definitivo. Os filhos nascidos de um casal sem o vínculo matrimonial, mas que, à época da concepção ou do nascimento, não tinham impedimentos matrimoniais para casar, eram os filhos ilegítimos naturais. Na verdade, dentro da classe dos naturais, por exclusão, eram colocados todos os que não nasciam de uma relação incestuosa ou adúltera de seus pais, classificados esses como espúrios.

<sup>25</sup> “Legitimar a procriação da prole, envolvendo no véu do direito a relação física dos dois sexos, é, certo, um dos principais intuitos do casamento; (...)”. (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Ob. cit., p.34).

<sup>26</sup> CC/1916, art. 352: “Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos”.

O autor do anteprojeto do Código Civil revogado considerou que todos os filhos ilegítimos – naturais ou espúrios –, poderiam legitimar-se, desde que seus pais, se unissem pelo casamento<sup>27</sup>.

Igualmente San Tiago Dantas, com interessante argumentação, ponderou sobre a sua viabilidade, mesmo diante da proibição do reconhecimento voluntário pelos pais ou da investigação pelos próprios filhos ilegítimos espúrios, afirmando mais uma vez que a solução adequada deveria tombar em prol da efetivação do *favor legitimitatis*, existente não apenas na lei, mas no espírito dos juristas<sup>28</sup>.

A ilação própria a que se pode chegar diante dos comentários dos juristas da época, ainda que houvesse dissonância, era um esforço doutrinário para que os chamados ilegítimos – fossem naturais ou espúrios – ingressassem na condição de legítimos, em decorrência do matrimônio subsequente.

Cabe ainda investigar algumas regras concernentes àqueles que, ao lado dos filhos legítimos e dos legitimados, eram mantidos pela Codificação revogada no reduto dos ilegítimos, filhos “contaminados” pela relação ilícita de seus pais, desprovidos de *status filiae*.

Às avessas da filiação legítima, na ilegítima, maternidade e paternidade eram relações jurídicas independentes e autônomas, podendo aquela ser provada e esta ignorada para o Direito, em razão da ausência de vínculo matrimonial entre os genitores, base única e indispensável para a formação da família do início do século passado.

Na realidade, enquanto na filiação legítima a lei, se utilizando de um sistema de presunções calcado na engenharia da coabitação-fidelidade-paternidade, dispensava a necessidade de manifestação volitiva do pai, na filiação ilegítima a formação do estado de filiação, nas hipóteses em que a lei permitia tal reconhecimento, dependia de um ato de vontade a ser manifestada no termo de nascimento, em escritura pública ou em testamento<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Sobre o tema conferir a doutrina do autor do anteprojeto do Código Civil de 1916: “Pelo Código Civil, com efeito, podem legitimar-se todos os illegitimos sejam naturaes ou espurios, comtanto que os seus paes se unam, legitimamente, pelo casamento. Seria injusto, além de illogico, permitir o casamento aos que se uniram contra o direito e a moral, e fazer recahir, sobre os fructos dessa união reprovada, o estigma indelével da espuriedade”. (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4ª ed. Volume II, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933, p. 320). Na mesma linha Carvalho Santos, para quem: “Mesmo que se trate de filhos espúrios, a legitimação se opera, para produzir todos os efeitos legais”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 394).

<sup>28</sup> “Costuma-se discutir muito, na prática do foro, se os filhos espúrios, isto é, adulterinos e incestuosos, podem, ou não, ser legitimados. Admite-se a legitimação, com subsequente matrimônio, dos filhos espúrios e adulterinos. O problema é interessante, porque a lei restringiu os direitos dos adulterinos e incestuosos para o reconhecimento, proibindo se reconhecesse o filho adulterino ou incestuoso, bem como que se viesse a propor ação de estado, tendente a atribuir prole adulterina à mulher casada, ou incestuosa à solteira, mas nada disse a respeito da legitimação; a respeito da legitimação a lei não distingue, de modo que este *favor legitimitatis* que não existe apenas na lei, mas existe também no espírito dos juristas, inclina-os constantemente a admitirem a legitimação dos adulterinos. O problema não é sólido. Não se encontra na lei uma dessas soluções inequívocas. É possível sustentar uma e outra face do problema”. (DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Ob. cit., p. 352 e 353).

<sup>29</sup> CC/1916, art. 357: “O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único)”.

Assim, os filhos ilegítimos dependiam de um ato positivo do pai ou de uma investigatória de paternidade<sup>30</sup>.

Mesmo com a possibilidade de reconhecimento voluntário ou coativo dos ilegítimos naturais, o Código Civil de 1916 quando de sua promulgação manteve uma grande restrição com relação aos seus direitos sucessórios, no artigo 1.605, §1º, ao preceituar que “havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento”. Não obstante, tal desigualdade não vigeu por muito tempo em razão do advento da Constituição Federal de 1937, que equiparou para todos os efeitos os filhos naturais aos legítimos<sup>31</sup>.

Em suma, os filhos naturais, apesar de não se beneficiarem da presunção legal de paternidade instituída no artigo 338 do Código Civil de 1916, podiam ser perfilhados ou investigar sua paternidade, em hipóteses taxativamente delimitadas pela lei, a saber: concubinato ou rapto da mãe pelo suposto pai; relações sexuais do suposto pai com a mãe, e existência de escrito de quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente<sup>32</sup>.

A grande polêmica existente em torno da investigação de paternidade no Código Civil de 1916 dizia com a segunda parte do inciso II do artigo 363, que previa a legitimidade dos filhos naturais para demandar o reconhecimento do estado de filiação se a sua concepção coincidissem com as relações sexuais do pai investigado com a sua mãe. Estaria a parte final do inciso II do artigo 363 a dizer que os filhos ilegítimos naturais poderiam propor ação de investigação de paternidade com fundamento apenas na existência de relações sexuais entre a mãe e o pai investigado? Se assim o fosse, qual a razão, então, de se enunciar as outras hipóteses de concubinato, rapto ou começo de prova por escrito?

À primeira vista parecia que denegar ao filho o direito de investigar a paternidade apenas com base na assertiva de que sua mãe e o investigado tiveram relações sexuais era

---

<sup>30</sup> Grande era a discussão com relação aos filhos concebidos depois do desquite e, portanto, fora de uma relação jurídica matrimonializada. Deveriam eles ser considerados naturais ou adúlteros? Tanto a doutrina quanto a jurisprudência eram divididas de forma que a pacificação só veio em 1942, através do Decreto-Lei nº. 4.737, acolhendo-se a doutrina mais liberal para a qual, os filhos dos desquitados eram naturais e não adúlteros, porque com a sentença de desquite havia o decreto da separação de corpos e da dissolução da sociedade, com exceção do vínculo matrimonial subsistente, não havendo mais violação do dever de fidelidade, não podendo se falar em adultério, tampouco em filho adúltero. Neste sentido conferir SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 442-451 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 39-42.

<sup>31</sup> CRFB/1937, art. 126: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

<sup>32</sup> CC/1916, art. 363: “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”. Caio Mário afirma que a investigação judicial da paternidade pelos filhos ilegítimos naturais também poderia ocorrer quando tivessem vivido na posse de estado de filho, segundo o Projeto de Clóvis Beviláqua. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 31).

assumir uma posição conservadora e restritiva dos direitos de filiação e identidade, mas na verdade a presença das outras hipóteses, de concubinato, rapto e começo de prova escrita eram facilitadores do direito à consolidação do estado de filiação.

Isso porque cabendo ao filho investigante o ônus da prova nas ações de investigação de paternidade, dificilmente os autores dessas demandas conseguiriam comprovar relações sexuais entre sua mãe e seu pretendido pai<sup>33</sup>.

Com esta interpretação, numa época de impossibilidade técnica de mapeamento do código genético dos seres humanos, a ação de investigação de paternidade de filho natural poderia ter sucesso, se o autor conseguisse fazer a prova das situações de concubinato ou rapto, ou, melhor, tivesse começo de prova por escrito de reconhecimento de sua paternidade. Diante da irrealizável obtenção de provas diretas e materiais de relações sexuais entre os pais, era possível, para os filhos, demonstrar esses fatos sociais passíveis de presumir a coabitação entre a mãe e o investigado.

Nestas condições mencionadas, pode-se dizer que o Código, mais uma vez, trabalhava com base num sistema de presunções? A doutrina era controvertida. Para Clóvis Beviláqua a lei não estabelecia nenhuma presunção, dando apenas ação ao filho, razão pela qual a paternidade natural não tinha por si só a força da presunção legal da paternidade legítima<sup>34</sup>. Para Pontes de Miranda havia uma presunção *hominis* se provadas as hipóteses elencadas no artigo 363 de acordo com o seguinte raciocínio: “o filho ilegítimo vai a juízo, alegando que ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai, e – se consegue provar tal circunstância – estabelece-se em seu favor uma presunção *hominis* da filiação, que só a prova da *impotentia generandi* poderá destruir”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> San Tiago Dantas se posicionou contra a possibilidade de investigatória de paternidade com base apenas na afirmação da existência de relações sexuais ente a mãe e o investigado, não para restringir o direito dos filhos ditos ilegítimos, mas para facilitar a formação do estado de filiação, desenvolvendo uma interpretação liberal, conforme o raciocínio abaixo enunciado em aula ministrada em 1945: “(...) Uma coisa parece certa: não existe fundamento para aquele argumento que admite as relações sexuais como base de investigação, pois, então, tornam-se dispensáveis todos os outros itens. Esse argumento que era, de início, muito impressionante, funda-se numa exegese muito precipitada; recorde-se o seguinte: ao autor incumbe o ônus da prova. Nada é mais difícil do que fazer prova de relações sexuais, porque relações sexuais são coisas fortuitas que, por sua natureza, ocorrem às escondidas, não deixam prova documental e raramente deixam prova testemunhal. Deixam, sim, provas indiciárias, que se tiram por ilações. Se o legislador dissesse: “admita-se a relação de paternidade, fazendo o autor prova das relações sexuais entre a mãe e o suposto pai”, fechava-se a porta à ação de investigação. Deixava sobre o autor uma das provas mais difíceis que se pode esperar de quem propõe uma demanda. O pensamento do legislador foi o seguinte: se há concubinato, feita a prova da relação social, não se precisa mais da prova das relações sexuais. Faz-se a prova do concubinato, sendo a mulher teúda e manteúda. Não é preciso investigar relações sexuais. O réu é que vai defender-se, dizendo que não houve. Com rapto, a mesma coisa: num período determinado que medeia entre os 180 a 300 dias, a mulher dá à luz; pergunta-se: pode este filho investigar a sua paternidade, alegando apenas o rapto? Pode. Não é preciso prova de relações sexuais; basta a prova de que o pai se considerava pai”. DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Ob. cit., p. 383.

<sup>34</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Ob.cit., p. 337-338.

<sup>35</sup> Apud SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 478.

Divergências à parte, o que se infere da filiação legítima e ilegítima natural do Código Civil de 1916, a partir da interpretação majoritária, é que enquanto a primeira tinha a seu favor uma presunção legal, a segunda dispunha apenas de uma presunção comum (*hominis ou facti*)<sup>36</sup>.

Com relação ao prazo para o ajuizamento da ação investigatória de paternidade, a doutrina contemporânea à vigência do artigo 363 do Código Civil de 1916 já afirmava sua imprescritibilidade, muito antes do advento da atual regra do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, forte na premissa de que a constituição do estado civil das pessoas é imprescritível<sup>37</sup>.

Completando a classe dos filhos ilegítimos, junto aos naturais a doutrina apresentava os filhos espúrios. Filhos espúrios eram, assim, aqueles havidos de uma união entre duas pessoas impedidas de contrair núpcias, seja em razão de um ou dois vínculos matrimoniais anteriores, e, portanto, classificados como adúlteros, seja em razão de impedimento pelo grau de parentesco e, assim, classificados como incestuosos<sup>38</sup>.

Diferentemente dos filhos naturais, os filhos espúrios, por previsão legal expressa, não podiam ser reconhecidos<sup>39</sup>. O intuito do legislador na proibição do reconhecimento voluntário dos filhos adúlteros e incestuosos era valorizar o casamento e os alicerces da singular família da época, impedindo que a prole de uma união legalmente proibida pudesse titularizar direitos.

Já à época do início de sua vigência, muito discutida era a juridicidade da proibição do reconhecimento dos filhos espúrios, tendo já em 1945, o professor San Tiago Dantas registrado a injustiça da regra:

De fato, proibindo-se o reconhecimento do filho incestuoso ou adúltero, prejudica-se o filho incestuoso ou adúltero e não se prejudicam os seus genitores. Pelo contrário, assegurando-se a essa união – que já os antepassados denominavam, nas suas leis, de coito danado e punível – a impunibilidade completa a respeito daquilo que praticaram, pela exclusão de tal reconhecimento, acobertam-se os seus autores das consequências imediatas, assegurando-se-lhes que a sua vida de família e posição social não serão escandalizadas, e só se faz proteger tal união de que o filho não pode beneficiar. A tendência arraigada no espírito dos civilistas pátrios é para excluir tal proibição como hoje se encontra na hipótese de uma revisão do

<sup>36</sup> Sobre a classificação das presunções em legais (absolutas e relativas) e comuns (*hominis e facti*) conferir o item 2.1 *infra*.

<sup>37</sup> “Temos como incontestável que, se o Código brasileiro tivesse querido estabelecer um prazo para o exercício da ação que estudamos, tê-lo-ia feito, como outros Códigos. Do silêncio da lei não há para onde fugir: se o estado das pessoas é imprescritível, corolário lógico que se impõe é a imprescritibilidade da ação para declarar a paternidade. No tocante à pessoa do filho, a ação é imprescritível e inalienável: ele não poderá renunciar a seu estado, nem por convenção, nem por transação (...)”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 492).

<sup>38</sup> Eram incestuosos os filhos de ascendentes com descendentes, ainda que o parentesco fosse civil (art. 183, I, CC/1916); de afins em linha reta (art. 183, II, CC/1916); de irmãos, germanos ou não, de colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive (art. 183, IV, CC/1916) e do adotante com o cônjuge do adotado, ou do adotado com o cônjuge do adotante (art. 183, V, CC/1916).

<sup>39</sup> CC/1916, art. 358: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos” (redação original do CC/1916, revogada pela Lei 7.841/1989).

Direito Civil – e é provável que assim suceda, num ponto em que pacificados estão os espíritos<sup>40</sup>.

Da mesma forma que não podiam ser reconhecidos os filhos adúlteros e incestuosos, por uma questão de coerência, também, não poderiam, pela via inversa, os filhos espúrios investigar a maternidade e a paternidade, conforme a proibição da norma do artigo 364<sup>41</sup>.

Sem o direito de serem reconhecidos ou investigar a origem da filiação, os filhos espúrios ficavam desprovidos do complexo de direitos e deveres engendrado pela lei para as relações paterno-filiais, ou seja, excluídos do pátrio poder de seus pais, do nome de família e dos direitos hereditários, com exceção da prerrogativa de pedir alimentos, sem os quais nenhum menor, segundo as leis naturais da vida, pode viver<sup>42</sup>.

No entanto, a hierarquização das relações sociais e familiares que permitia a categorização de filhos em bastardos espúrios foi perdendo força e eco na legislação durante todo o século XX. De fato, o Decreto-Lei nº. 4.737/42 não veio apenas a pacificar o problema dos filhos nascidos após a concessão do desquite, mas a englobar também os filhos havidos fora do matrimônio, porém, antes do desquite, ampliando imensamente o espectro dos filhos a serem reconhecidos com o fim da sociedade conjugal<sup>43</sup>.

Antes do Decreto-Lei nº. 4.737/42, portanto, a discussão focava-se em qualificar, entre naturais ou adúlteros, os filhos nascidos de cônjuges desquitados. Com essa legislação, mais um passo foi dado no caminho da absoluta igualdade entre os filhos, englobando-se também os filhos havidos pelo cônjuge fora da sociedade conjugal, desde que decretado o desquite. Isso significou dizer que os filhos havidos fora do matrimônio, e, tidos, até então, de forma absoluta, como adúlteros e irreconhecíveis à luz dos artigos 358 e 363, *caput*, primeira parte, do Código Civil de 1916, passaram a poder ser perfilhados ou

<sup>40</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Ob. cit., p. 365. De igual modo, J. M. Carvalho Santos criticava com vigor o dispositivo do artigo 358 do Código Civil de 1916, que apenas foi revogado em 1989 pela Lei 7.841, mas que a jurisprudência há muito já havia afastado, revelando o retrocesso que esta regra trouxe para o tema da filiação: “(...) Não se compreende, na verdade, a razão do dispositivo. Se se procura castigar e coibir as uniões extramatrimoniais, para valorizar o casamento e solidificar os alicerces da família, a medida é contraproducente, além de injusta. Não há quem não perceba. Nem quem possa duvidar. Injusto, porque pune o filho, quando os culpados são os pais. E a injustiça vai ao extremo de ser até mesmo irritante, porque quer que o filho, em face da lei, não tenha pai, o que é contra a natureza, brigando com o bom-senso. Contraproducente, porque, ao invés de punir os culpados, ou seja, os pais, a êstes coloca em posição mais favorável, até mesmo privilegiada, isentando-os de algumas tantas obrigações e de outros tantos deveres, que somente os pais são compelidos a cumprir. O que o Código, faz em resumo, é estimular o adultério, colocando o casamento em posição de inferioridade, pois tanto vale colocar em pior situação, quanto aos deveres e obrigações para com os filhos, os pais casados legalmente, enquanto nem considera pais os que o são realmente, servindo-se do adultério ou do incesto”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. V. Ob. cit., p. 437-438).

<sup>41</sup> CC/1916, art. 364: “A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358)”.

<sup>42</sup> A concessão do direito ao pleito alimentar para os filhos espúrios teve origem no Direito Canônico e por sua vez no direito natural. Imbuído desta influência o Código Civil de 1916 no art. 405 afirmava: “O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos”.

<sup>43</sup> Decreto-Lei 4.737/42, artigo 1º: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare sua filiação”.



investigar a paternidade. Assim, essa nova regra, inovadora e liberal à época, trouxe como condição para a perfilhação dos filhos havidos de cônjuges fora do casamento apenas a decretação do desquite<sup>44</sup>.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira essa era a interpretação que deveria ser feita do aludido artigo 1º do Decreto-Lei nº. 4.737/42:

[...] Pouco importa que o filho tenha sido gerado antes ou depois de dissolvida a sociedade conjugal; qualquer que seja a época de seu nascimento, poderá ser reconhecido após o desquite. A condição única, criada pela lei, ao facultar a perfilhação espontânea, ou a perquirição judicial, é a ocorrência de desquite<sup>45</sup>.

Desta forma, tanto a proibição de reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros quanto a ausência de legitimidade ativa destes para investigar a paternidade restaram mitigadas diante da concessão do desquite de acordo com o Decreto-Lei 4.737/42.

Porém nem todos os filhos adúlteros poderiam, mesmo após implementada a condição do desquite, ser reconhecidos. Veja-se que os filhos adúlteros poderiam ser *a patre* (tido de mãe solteira, desquitada ou viúva e pai casado), ou *a matre* (tido de pai solteiro, desquitado ou viúvo e mãe casada) ou bilateralmente adúlteros (tido de pai e mãe casados, mas não entre si). Apenas os adúlteros *a patre*, havidos de um relacionamento entre uma mulher livre e um homem casado poderiam ser, após o desquite de seu pai, por ele reconhecido ou investigar sua paternidade.

O motivo pelo qual os adúlteros *a matre* ou bilateralmente adúlteros não poderiam se valer do Decreto-Lei nº. 4.737/42 estava na vigência de outros princípios reguladores do sistema da filiação, entre eles o da presunção legal e quase que absoluta do *pater is est*. Ou seja, o filho adúltero *a matre*, em razão do casamento de sua mãe, já tinha formado seu estado de filiação legítima a partir deste enlace matrimonial, sendo seu pai, por força do artigo 338 do Código Civil de 1916, o marido de sua mãe, o que impedia seu reconhecimento por terceiro.

Ora, se nem mesmo o adultério confessado pela mulher tinha força para derogar o princípio da presunção legal de paternidade e a contestação desta presunção, cabendo apenas, privativamente, ao pai negá-la num curtíssimo prazo decadencial de 02 ou 03 meses, não

---

<sup>44</sup> A interpretação literal do artigo 1º do Decreto-Lei nº. 4.737/1942 determinava que apenas no caso de dissolução da sociedade conjugal pelo desquite era possível o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio, ou seja, nos casos de morte e anulação do casamento continuava vedada a perfilhação. Caio Mário da Silva Pereira em trabalho editado em 1947 defendia uma interpretação liberal do artigo 1º arguindo que nem só pelo desquite a sociedade conjugal termina, havendo outras causas e até mais poderosas, como a morte e a anulação do casamento que implicam no fim da sociedade conjugal, com efeitos absolutos. (V. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 187-188).

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 42.

havia como defender o fim da presunção legal de paternidade pela simples possibilidade de reconhecimento e investigação do filho adúlterino *a matre*<sup>46</sup>.

Mas, se por inúmeras vezes os Tribunais julgaram que na hipótese da filiação adúlterina *a matre* não tinha o filho ação para investigar a paternidade, mais tarde, diante das separações de fato, mostrou-se uma tendência no acolhimento destas ações, quando a presunção *pater is est* era publicamente contrariada pelos próprios fatos.

Hoje, com a possibilidade de determinação da paternidade biológica, apesar da vigência da presunção *pater is est* para os filhos concebidos na constância do casamento, indaga-se se na filiação decorrente de adultério *a matre* pode o terceiro reconhecer sua paternidade ou o filho investigá-la, mesmo que o pai presumido não tenha contestado sua paternidade e em que tempo. Ponderar os valores que devem preponderar no equacionamento desses litígios é um dos desafios do presente trabalho, tendo-se por certo, desde logo, que muitas dessas pretensões poderão ser mobilizadas apenas por interesses patrimoniais e não por interesses existenciais atinentes ao direito à identidade e à dignidade humana, na contramão dos valores que nossa Constituição Federal abrigou, a serem adiante especificados.

Retornando à evolução legislativa rumo à unificação das filiações, posteriormente, com a promulgação da Lei nº. 883 em 21.10.1949<sup>47</sup>, confirmada foi a possibilidade de, com a dissolução da sociedade conjugal, seja por desquite, morte ou anulação do casamento, se reconhecer o filho havido fora do casamento, bem como dele a investigar, perdurando, no entanto, o problema insolúvel da colidência da paternidade proveniente da presunção legal e do reconhecimento de terceiro, dos filhos adúlterinos *a matre*. Também foi reconhecido ao filho adúlterino o direito de pleitear alimentos, ainda na vigência da sociedade conjugal, o que sinalizava os novos rumos legislativos na regulação da filiação<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre a convivência e a harmonia do Decreto-Lei 4.737/1942 e os artigos 358 e 363 do Código Civil de 1916, vale aqui a reprodução dos ensinamentos e visão de Caio Mário da Silva Pereira: “(...) O Decreto-Lei nº. 4.737 não derogou esses princípios. As presunções de legitimidade são princípios gerais e basilares, sobre os quais repousa a tranqüilidade familiar e a paz social, que a lei resguarda e tem de resguardar, atribuindo-lhe valor soberano. O Decreto-Lei nº. 4.737, de 1942, derogou os arts. 358 e 363 do Código Civil de 1916, mas não alterou os princípios gerais regulares da filiação legítima, e, assim, os adúlterinos *a matre* não podem ser reconhecidos por terceiro, a não ser na hipótese de ter o pai, frutuamente, contestado judicialmente a legitimidade, caso em que, desaparecendo a presunção do artigo 337, ficam na mesma situação dos que o forem somente *a patre*. Objetar-se-à que isto é desigualdade de tratamento, e distinção onde a lei não distingue, mas improcedentemente, *data venia*, pois que os adúlterinos *a patre*, pelo reconhecimento, adquirirão um estado; os que o forem *a matre* já são titulares de um *estado de legitimidade*, e não se trata de distinção onde a lei não distingue, porque é a própria lei que lhes atribui a legitimidade, pela concepção na constância do casamento”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 44).

<sup>47</sup> Lei 883, de 21.10.1949, art. 1º: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação. §1º - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável (Incluído pela Lei nº. 6.515/77). §2º - Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos (Incluído pela Lei nº. 7.250/1984)”.

<sup>48</sup> Lei 883/1949, art. 4º: “Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo”.

Contudo, se a Lei nº. 883 de 1949 elencou, como único pressuposto objetivo para a perfilhação e investigação dos ditos adúlteros, a dissolução da sociedade conjugal, removendo a alusão ao desquite previsto em 1942, permaneceu sendo ineficaz o reconhecimento na constância do casamento em respeito às relações conjugais e à paz doméstica.

Com a Lei 6.515/77 – Lei do Divórcio – uma pá de cal foi posta sobre as divergências quanto aos efeitos produzidos pelo, então, desquite, renomeado para separação judicial, diante da previsão expressa do fim dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca pelos cônjuges separados<sup>49</sup>. Na tendência de cada vez mais incluir, no instituto da filiação, filhos legítimos, restringindo ao máximo as hipóteses de ilegitimidade, também a Lei do Divórcio preceituou a legitimidade dos filhos havidos de casamentos nulos, mesmo que nenhum dos cônjuges estivesse de boa-fé<sup>50</sup>.

Por fim, antes do advento da novel Constituição, em 1984, através da Lei 7.250, um novo passo foi dado no tema do reconhecimento dos filhos adúlteros, no seguinte sentido: “Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”.

Em suma, o panorama legislativo, sinteticamente aqui traçado, mostra a tendência de expurgar as restrições dos filhos ilegítimos tão inferiorizados pela Codificação de 1916, que apesar de muito bem proteger os então filhos legítimos, daqueles descuidou, tendo que, ao longo do século XX até a Constituição Federal de 1988, fazer, ainda que a lentos passos, concessões na direção da igualdade entre todos<sup>51</sup>.

Não foi outro o objetivo desse mapeamento das regras atinentes à filiação da Codificação revogada e da legislação especial edificada no século passado: espelhar as diferenças entre o estatuto da filiação para os filhos matrimoniais e os filhos extramatrimoniais.

---

<sup>49</sup> Lei 6.515/77, art. 3º: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”.

<sup>50</sup> Lei 6.515/77, art. 14: (...) *omissis*

Parágrafo único – “Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns”.

<sup>51</sup> Sobre o sentido da evolução legislativa reguladora do tema da filiação ao largo da vigência do Código Civil de 1916 conferir Caio Mário da Silva Pereira: “Do mesmo modo que o direito das coisas gira em torno da idéia de “propriedade”, e o das sucessões gravita na órbita sombria da “morte”, e que o núcleo do Direito de família era o “casamento”, assim verificamos que, no instituto da filiação, o seu epicentro é a proteção dispensada aos filhos, donde a conclusão de que toda a evolução do princípio de concessão de direitos aos filhos ditos naturais está sujeita a esta lei histórica: ampliação crescente dos efeitos do reconhecimento, para maior proteção aos filhos ditos ilegítimos, ou extraconjugais”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 47).

É claro que os valores – honra do marido e paz doméstica – que conduziram o legislador a, no início do século passado desigular o *status* da filiação, a partir do casamento, há mais de 20 (vinte) anos, foram felizmente afastados pela Constituição Federal.

Dentro daquele sistema filiatório, é evidente que todas as regras pertinentes aos chamados filhos ilegítimos podem ser estudadas apenas com o intuito de revelar a historicidade que marca o Direito de Família e o instituto da filiação, e como os seres humanos erram terrivelmente, a ponto de causar grande vergonha aos pósteros, quando desigulam situações absolutamente iguais, ao menos em seus efeitos.

Por outro lado, não se pode negar que o conjunto de regras alusivas à filiação do Código Civil de 1916 – repita-se, apesar da odiosa discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos – formava um sistema jurídico segundo a definição de Claus-Wilhelm Canaris, pois a partir do universo jurídico da filiação era possível exprimir uma ordenação, ou melhor, um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível fundado na realidade e ao mesmo tempo uma unidade que não permitia que todas as regras se dispersassem numa multitude de singularidades desconexas, mas ao invés, fossem todas reconduzidas aos princípios fundantes deste sistema<sup>52</sup>.

Veja-se: juntas as regras da presunção de paternidade legítima (art. 337 e 338 do CC/1916); da enumeração restritíssima de causas aptas a fundar a sua contestação, inclusive com a exclusão expressa do adultério confesso da mulher (art. 340, 341, 342 e 343 do CC/1916); da privativa legitimidade do marido para exercer a ação contestatória (art. 344); e, do prazo exíguo de decadência a fulminar definitivamente o direito de contestação (arts. 178, §§ 3º e 4º, I do CC/1916) mostravam o cuidado e o esmero do legislador em proteger a presunção legal *pater is est* e a família.

Dito de outro modo pode-se afirmar que o sistema gerado pelo legislador de 1916 para a filiação tinha propósitos e valores bem definidos: proteção da família legítima a partir de uma série de direitos, dada a proeminência do instituto do casamento ocupando o centro deste sistema, e o não-direito para todos aqueles que no casamento não se inserissem. Esta diretriz permitiu a formação de um sistema ordenado e unitário com regras harmônicas e simultaneamente compreensíveis em seu conjunto.

Aliás, de nada adiantaria proclamar a presunção de paternidade e permitir a sua contestação tendo como base qualquer causa, a ser sustentada por vários legitimados, com

---

<sup>52</sup> Sobre o conceito de sistema na ciência do direito e as características de ordenação e unidade cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

lastro em interesses morais ou econômicos indeterminados, a todo tempo. Ou bem, a presunção era forte o bastante para reinar como princípio geral e basilar do sistema de filiação, podendo ceder em hipóteses contidas a serem sopesadas pelo pai por lei presumido, eis que, ao final, de sua honra e de sua família que se estava também a discutir, ou bem a presunção ficaria enfraquecida à deriva de outros interesses, em geral, ambiciosos, repudiados pelo Direito, já que, pelo estado da arte vigente, impossível seria certificar a paternidade biológica.

A par da intolerável discriminação entre legítimos e ilegítimos<sup>53</sup>, o que se pode constatar é que o Código Civil de 1916 procurava, nos casos de dúvida, decidir a favor da legitimação da filiação (*favor legitimitatis*), o que à época significava a plenitude desse estado. A força quase que absoluta da presunção *pater is est*, ainda que inspirada pela manutenção e paz familiares, que seja, era ideal para os filhos, por não deixar, ao menos dentro do casamento, que a filiação havida pudesse cair na pecha da ilegitimidade. Se assim não fosse, a insegurança jurídica do estado de filiação seria enorme. Daí a pertinência do seguinte questionamento: o enfraquecimento da presunção *pater is est* pelo atual Código Civil atende ao melhor interesse da criança?

## 1.2. *Favor filii*: os princípios norteadores

Sobre a já desconfigurada regulação da filiação pelo Código Civil de 1916 em razão de leis especiais, críticas doutrinárias e orientações jurisprudenciais produzidas desde a sua entrada em vigor até o ano de 1988, a Constituição Federal positivou princípios e regras que alteraram significativa e substancialmente o quadro jurídico-legal da família brasileira<sup>54</sup>. Aliás, mais do que a enunciação de novos princípios e regras, mas, sobretudo a modificação da leitura do sistema jurídico, com a aplicação direta e a eficácia imediata das normas constitucionais nas relações intersubjetivas de direito privado, operou com radicalismo na

---

<sup>53</sup> A fim de amenizar a preconceituosa distinção entre filhos legítimos e ilegítimos o Decreto-Lei nº. 3.200/1941 trouxe no artigo 14 a regra de que “nas certidões de registro civil, não se mencionará a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial”. Após a consagração do princípio da absoluta igualdade entre os filhos na Constituição Federal de 1988, as duas possibilidades de publicidade da filiação ilegítima (adulterina e incestuosa) caíram por terra.

<sup>54</sup> A assistemática da regulação da matéria da filiação e da família foi constatada por Luiz Edson Fachin no início da década de 1990: “No Brasil, encontra-se um conjunto expressivo de leis postas na tentativa crescente de substituir os princípios superados do Código Civil, mas não se percebe uma estratégia global de organização do Direito de família, observando-se mais um agrupamento de leis sucessivas sem maior unidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 15).

regulação jurídica das relações familiares. A constitucionalização da família a imunizou contra possíveis assaltos do legislador ordinário<sup>55</sup>.

O acolhimento de novas entidades familiares – o companheirismo e as famílias monoparentais –, a consagração da igualdade no exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal pelo homem e pela mulher, depois de séculos de patriarcado, e, também entre todos os filhos, independentemente da origem, com a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, a proteção integral da criança e do adolescente, o acolhimento do divórcio direto e da redução de prazo para a hipótese do divórcio-conversão<sup>56</sup>, o estabelecimento do princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar livre, todas essas rupturas, com o passado da família engessada na legitimidade do casamento e no injusto preconceito acerca da filiação, constituem o verdadeiro marco teórico do atual direito de família.

Impossível se tornou analisar qualquer relação de família apenas com base no Código Civil ou na legislação especial. Antes de tudo, a família passou prioritária e necessariamente a ser examinada pelos novos filtros e paradigmas constitucionais. Por isso com frequência inúmeras demandas familiares se resolvem à luz dos princípios bases do direito de família, quais sejam igualdade entre as entidades familiares – o que significa a exclusão de possíveis tentativas de hierarquização entre o casamento, a união estável e a família monoparental –, igualdade entre os cônjuges, igualdade entre filhos e melhor interesse da criança. A rigor tais diretrizes são decodificações do princípio maior da dignidade da pessoa humana e, por isso, fundamentalmente inafastáveis.

É também voz corrente na doutrina nacional que a família, enquanto instituição, cedeu espaço para cada um de seus integrantes, titulares de dignidade e direitos da

---

<sup>55</sup> Sobre o tema, consultem-se alguns trabalhos fundamentais da literatura jurídica nacional, a saber: *Gustavo Tepedino* (A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416); *Caio Mário da Silva Pereira* (*Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006); *Luiz Edson Fachin* (*Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992); *João Baptista Villela* (O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº.02, jul/ago/set. 1999. Porto Alegre: Síntese, p. 121-142); *Heloisa Helena Barboza* (O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-135); *Guilherme Calmon Nogueira da Gama* (*A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003); *Paulo Lôbo* (Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, abr/jun 1999, p. 133-156); *Zeno Veloso* (*Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997).

<sup>56</sup> A redação original da regra do divórcio contemplada no §6º do art. 226 da CF/88 era: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de 01 ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 02 anos”. Isso significou à época a possibilidade de obtenção do divórcio direto, com eficácia imediata, a um só tempo, do fim do casamento e da sociedade conjugal, sem necessidade de prévia separação judicial, mas desde que obedecido o prazo de 02 anos de separação de fato. Na legislação anterior – Lei 6.515/77 – não existia a figura do divórcio direto. Também o prazo para a conversão do divórcio foi diminuído de 03 (três) para 01 (um) ano. Hoje, porém, após a Emenda Constitucional nº 66/2010 não há mais prazo para a concessão do divórcio direto.

personalidade que, nesta comunidade intermediária, realizam seus objetivos pessoais de vida e, não, ao contrário, se descaracterizam e sacrificam em prol da instituição em si mesma, como se fosse um fim perpétuo e inquebrantável, perpetrando-se situações de autoritarismo e inferiorizações contrastantes com os atuais ideais de liberdade, igualdade e democracia, estendidos do espaço público para o privado<sup>57</sup>.

A passagem da família-instituição para a família-instrumento permitiu que, no recanto da intimidade, relações verdadeiras e afetuosas pudessem ser construídas e amparassem os indivíduos nas adversidades. A família deixou de ser um fim para se tornar um meio e no movimento oposto a pessoa deixou de ser um meio para se tornar um fim em si mesma, segundo a máxima kantiana que fundou as bases do princípio maior da dignidade humana. Tal mudança de enfoque não passou despercebida do Constituinte de 1988 que no §8º do artigo 226 estatuiu que “o Estado assegurará assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Atento a essas mudanças José Lamartine Corrêa sintetizou

A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros. Diz-se por isso que é a comunidade de afeto e entre-ajuda<sup>58</sup>.

A reformulação da família sociológica, provocada por inúmeros fatores, sendo sempre citada a retirada da mulher da vida doméstica para o mercado de trabalho como um dos principais, como não poderia deixar de ser, inquietou o direito contemporâneo que precisou diminuir o enorme vão que se formou entre as leis positivadas no início do século passado e a realidade sócio-cultural do final do milênio.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 17-18: “Dessa maneira, a família – tal como o Estado – perseguiria um fim ético superior aos interesses individuais de seus membros. O que caracterizaria este organismo seriam os vínculos de interdependência entre as pessoas e a sua dependência a um fim superior. Trata-se – como se vê – de uma concepção supra-individualista de família. Verifica-se, desse modo, que a noção de família como organismo dotado de caráter transpessoal está ligada a uma concepção hierarquizada da família: hierarquizada nas relações entre marido e mulher e nas relações entre pais e filhos. Nesta perspectiva, as relações entre os membros da família, como dizem Díez-Picazo e Antonio Gullon, não são relações entre sujeitos iguais ou relações de coordenação, mas, sim, de supra e de subordinação, na qual o centro de gravidade não é a idéia de direito subjetivo, mas a de dever jurídico”. Também neste sentido Gustavo Tepedino assevera que a nova tábua de valores emanada da Constituição Federal permite arrolar três traços característicos em matéria de filiação: “1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e as espécies de relação dos genitores”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 551).

<sup>58</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. Ob. cit., p. 13.

A constatação, já não sem tempo, de que a relação paterno-filial é independente da relação conjugal entre pai e mãe e, que, seus membros se ligam por vontade e afeto e não por convenções sociais, morais ou jurídicas, chegou, enfim, como paradigma para o constituinte de 1988.

Imbuída desse espírito, a Constituição Federal de 1988 acolheu, com ineditismo, outras concepções de família, desprezando a *estrutura* formal do casamento, para priorizar a *função* de outras formações sociais igualmente merecedoras de tutela, em que as ligações pelo sentimento, a estabilidade e a responsabilidade social, imprescindíveis ao desenvolvimento de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos, também estivessem presentes<sup>59</sup><sup>60</sup>. Logo, a Constituição Federal passou a refletir em texto o cerne da concepção da família contemporânea fincado na *affectio maritalis* – mútua assistência afetiva – identificada como a *vontade* concreta e direcionada de formar uma relação íntima e estável de união numa comunhão plena de vida reiterada dia após dia<sup>61</sup>.

Mas se o dogma da vontade e a afetividade têm lugar de destaque nas relações entre cônjuges ou companheiros, inversamente, no domínio das relações paterno-filiais a Constituição determinou um conjunto de deveres aos pais. De outro modo, pode-se afirmar que, a partir da Constituição, as relações entre pais e filhos menores estão baseadas na idéia do dever-poder de proteção, cabendo a função paternal assegurar aos filhos os meios e cuidados imprescindíveis para o desenvolvimento físico, moral e educacional até cessar a incapacidade. Por outro lado, aos filhos maiores, no movimento cíclico da vida, cabe o dever de apoiar os pais na velhice<sup>62</sup>.

Eis aqui indubitavelmente a expressão do princípio da solidariedade social nas relações familiares, a afastar o império da autonomia da vontade e, conseqüentemente, da afetividade, que presente ou não, se submete na maioria das vezes aos deveres. Às relações entre pais e filhos foi dispensada uma proteção para os menores inexpugnável pela vontade e/ou afetividade dos devedores de cuidado, em razão da condição de hipossuficiência destes<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. Ob. cit., p. 20-21.

<sup>60</sup> A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a regular a família sem aludir expressamente ao casamento como única forma de sua inauguração. Antes o artigo 167 da Constituição Federal de 1967 preceituava que: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

<sup>61</sup> Um bom exemplo de como o direito de família passou a priorizar a função em detrimento da estrutura é a concessão de efeitos jurídicos a separação de fato entre os cônjuges. O Código Civil nos artigos 1723, §3º e 1.830 expressamente possibilitou o reconhecimento de união estável para quem titular do estado civil de casado se encontrar separado de fato e retirou do cônjuge sobrevivente, já separado de fato à época do falecimento, qualidade sucessória, demonstrando desprezo pela forma dissonante da realidade. Nesta direção, os Tribunais em inúmeros julgados reconhecem também a possibilidade da separação de fato pôr fim ao regime de bens da sociedade desfeita, apesar da regra do artigo 1.576 do Código Civil.

<sup>62</sup> CF/88, Art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

<sup>63</sup> Um exemplo bem característico desta supressão da vontade pelo vigor das normas de ordem pública na relação pai-filho, atinente à formação do estado de filiação, é o procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, regulado pela Lei



É preciso, pois, fazer um corte no exame das relações de família, eis que os valores e princípios que orientam as relações conjugais não são exatamente os mesmos das relações paterno-filiais. Se os deveres entre, até bem pouco tempo, apenas marido e mulher, foram mitigados e perderam relevância jurídica, sendo prova disso o ocaso da averiguação da culpa no término das relações matrimoniais, eximindo-se o Judiciário de sua apreciação diante da constatação da falência objetiva do enlace, em um movimento contrário, nunca se prescreveu tantos direitos-deveres na relação entre filhos menores e pais.

O que se pode concluir com esse histórico traçado até aqui, a partir da promulgação da Codificação de 1916, é que a Constituição Federal de 1988 inverteu por completo o peso da correlação entre direitos e deveres nas relações conjugais e filiais. Explicando melhor. Sob a égide do Código Beviláqua o fiel da balança indicava que, dentro das relações conjugais, os deveres impostos aos cônjuges tinham um peso muito maior que os direitos desfrutados pelo marido e pela esposa na ótica da família como instituição e fim último. Já dentro das relações paterno-filiais, o fiel da balança pendia para os direitos dos pais e não para os seus deveres, esvaziando a proteção dos filhos<sup>64</sup>.

A partir de 1988 o sistema jurídico passa a ter uma diretiva diametralmente oposta. Nas relações conjugais, ganham força os direitos concedidos aos cônjuges em si e os deveres se enfraquecem diante do privilégio atribuído ao dogma da vontade e da afetividade. Nas relações paterno-filiais, mais deveres são devidos pelos pais e, conseqüentemente, mais direitos são outorgados aos filhos matrimoniais e extramatrimoniais igualmente.

Para uma radiografia da balança dos pesos entre direitos e deveres nas relações paterno-filiais, passa-se ao que Heloisa Helena Barboza nomeou de três pilares na edificação da disciplina da filiação a partir da Constituição Federal: plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e doutrina jurídica da proteção integral<sup>65</sup>.

---

8.560/1922, por meio da qual foi concedida legitimidade extraordinária para o Ministério Público nas demandas investigatórias. Outro, assaz polêmico exemplo, diz com o dever-direito dos pais recalcitrantes no descumprimento da visitação homologada em juízo, sendo até mesmo algumas vezes fixada multa para que o contato entre pais e filhos não seja perdido. A doutrina, porém, se divide com relação à eficácia de uma visitação cumprida apenas por temor ao descumprimento de uma ordem judicial, questionando-se até o onde o Direito pode e deve impor e exigir que os laços entre pais e filhos se consolide.

<sup>64</sup> Até porque em muitas oportunidades, como visto no tópico acima, o próprio sistema jurídico, através de sua lógica pró família legítima, impedia a perfilhação dos filhos havidos fora do casamento, legitimando a não imputação de deveres aos pais, com a proibição da formação do estado de filiação e a produção de seus efeitos.

<sup>65</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-135.

### 1.2.1. Da absoluta igualdade entre os filhos

Aí está o tropismo básico da política constitucional embutida no regime jurídico da filiação: assegurar a paternidade a quem dela esteja privado.  
João Baptista Villela

Como macro princípio do direito de família, a Constituição proibiu qualquer tratamento diferenciado aos filhos, se divorciando das regras da Codificação Beviláqua que permitiam a não formação do estado de filiação e a distinção dos efeitos do vínculo da paternidade<sup>66</sup>.

Segundo San Tiago Dantas a reclamação da formação do estado de filiação dos filhos ilegítimos naturais, na década de 1940, não constituía o móvel das ações de investigação de paternidade, mas sim os interesses pecuniários decorrentes deste estado, porque a sociedade da época não considerava uma honra a filiação em si, mas apenas a filiação qualificada como legítima<sup>67</sup>.

Em 1988, não era mais essa a mentalidade predominante na sociedade que acolheu a Constituição da República em vigor. Não ter o estado de filiação formado, independente da origem da filiação, passou a ser uma desonra e uma violação à dignidade. Inversamente aos valores sociais captados e revelados pelo supracitado autor, no fim do século passado se tornou importante a formação do estado de filiação como direito de identidade da personalidade humana, ao lado dos efeitos patrimoniais decorrentes. Ao comentar a importância da promulgação da Constituição de 1988 com o fim da dualidade de regimes de filiação, em legítima e ilegítima, assinalou João Baptista Villela “o ponto-de-partida argumentativo era um truísmo tão singelo quanto irresistível: não se podia responsabilizar os filhos pela conduta dos pais. Ilegítimos, ponderava-se, não eram os filhos fora do matrimônio, eram os pais que os punham no mundo”<sup>68</sup>.

Nesse novo âmbito de valores, todas as discriminações perderam espaço e a Constituição veio a ser o ponto final de todas as legislações especiais que, ao longo do século XX, tentaram suavizar as distinções indicando o caminho da equiparação total entre todos os filhos.

---

<sup>66</sup> CF/88, art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações relativas à filiação”. Mesmo diante do princípio da unidade da filiação, a Lei 7.841/1989 revogou expressamente o artigo 358 do CC/1916, que, em sua redação, proibia o reconhecimento dos filhos ilegítimos espúrios.

<sup>67</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Ob. cit., p. 357.

<sup>68</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº. 02, jul-ago-set.1999, Porto Alegre: Síntese, p. 124.

Para examinar o princípio constitucional da absoluta igualdade entre todos os filhos, Guilherme Calmon Nogueira da Gama salienta que é preciso desdobrar dois aspectos que se relacionam, mas que não se confundem, a saber: a igualdade de qualificações e a igualdade de direitos entre todos os filhos<sup>69</sup>.

Em relação à igualdade de qualificações entre os filhos todas as adjetivações da filiação ilegítima natural ou espúria adulterina ou espúria incestuosa desapareceram. O estado civil da filiação passou a depender apenas do fato natural da procriação e não mais do vínculo jurídico de casamento dos pais. E como pressuposto lógico para um tratamento equânime da forma mais importante de parentesco, havia de se proibir qualquer forma de tratamento e nomenclatura discriminatória<sup>70</sup>. O primeiro passo na consagração da igualdade absoluta foi, portanto, proibir o registro civil da origem da filiação. Filhos fora e dentro do casamento, naturais e civis passaram a gozar exatamente da mesma proteção jurídica, inclusive no terreno terminológico e registrário<sup>71</sup>.

Mas a proibição da qualificação discriminatória não significou a equiparação por completo da formação do estado de filiação de todos os filhos. Manteve-se na legislação infraconstitucional a regra da presunção *pater is est* para os filhos havidos dentro do casamento e a perfilhação espontânea ou coativa para os filhos havidos fora do casamento, a desafiar uma nomenclatura que, se por um lado identificasse a diferença de tratamento jurídico no estabelecimento da paternidade, por outro não desigualasse a posição jurídica de todos os filhos.

Logo após a promulgação da Constituição, com a Lei 8.560/1992 – que regula a investigação de paternidade dos filhos extramatrimoniais – a expressão “filhos fora do

<sup>69</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 421 e seguintes.

<sup>70</sup> Para João Baptista Villela “se filhos legítimos e ilegítimos tivessem rigorosamente os mesmos direitos, mas continuassem se chamando assim, a igualdade não seria absoluta. Haveria entre uns e outros a diferenciá-los e afastá-los a carga semântica contida nos vocábulos que os qualificassem. Na linguagem comum, *legítimo* tem conotação positiva e serve para designar o que é verdadeiro, autêntico, puro. *Ilegítimo*, ao contrário, é palavra marcada por semântica negativa. Exprime o falso, o impuro, aquilo que aberra a normalidade. E não é só. Na tradição vocabular do direito civil, filho legítimo é o que procede de *justas núpcias*. Portanto, se o filho não provém de justas núpcias, é que resulta de relação reprovada, para o que era vasto o repertório lexical: contubérnio, ajuntamento, coito danado, etc. De modo que, ao proscrever as “designações discriminatórias relativas à filiação”, a Constituição estava apenas buscando coerência plena no seu propósito de igualar os filhos, quaisquer que fosse sua procedência”. (VILLELA, João Baptista. *O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições*, Ob. cit., p. 124).

<sup>71</sup> Nesse sentido, entende-se por não recepcionadas todas as normas da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos – que mencionam a filiação legítima e ilegítima. A Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – no artigo 47, §4º preceitua que nenhuma observação sobre a origem do ato (a sentença judicial constitutiva da adoção) poderá constar nas certidões do registro. A lei 8.560/1992 – que regula a investigação de paternidade dos filhos fora do casamento – dispõe em seu artigo 5º que “no registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes”. Igualmente, o artigo 1.596 do Código Civil de 2002, na esteira do artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, traz também a proibição: “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”.

casamento” veio a assumir o lugar da expressão “filiação ilegítima” e, a doutrina familiarista, em sua maioria, não considera haver aí uma violação ao princípio da igualdade absoluta entre os filhos<sup>72</sup>.

Destarte, o que a Constituição proibiu foi a distinção com relação aos efeitos do estado de filiação e não a permanência de modelos diferentes na atribuição da paternidade. Tanto que mais tarde, a Lei 10.406/2002 – Código Civil – se utilizou também da terminologia – filhos fora do casamento – e assim se consagrou uma nova qualificação para o tratamento jurídico daqueles que nascem de uma relação não matrimonializada<sup>73</sup>.

Assim, apesar da proibição do uso e registro de quaisquer designações discriminatórias pela Lei Maior, a ciência jurídica manteve modelos diferenciados na formação do vínculo da filiação. O desprezo do casamento se deu apenas para fins de distinção preconceituosa de filhos em legítimos e ilegítimos, mas continuou a ser o marco divisório da filiação, reiterando para os filhos que nascem sob o seu manto a regra da presunção legal de paternidade.

Houve, porém, ou melhor, há na doutrina vozes que entendem que a manutenção de dois modelos de filiação representa na realidade uma inconstitucionalidade diante do princípio da absoluta igualdade entre os filhos. Segundo tal doutrina manter a presunção *pater is est* só se justificava “no contexto de proteção desmesurada do casamento, da família em si mesma fundada no casamento e do patrimônio familiar, corolários, no âmbito das relações pessoais e parentais, do exacerbado individualismo que coroou a Europa durante o século XIX e se refletiu no Brasil no século XX”<sup>74</sup>. A função da presunção *pater is est* era apenas a de catalogar os filhos, resguardar a honra paterna, a paz familiar e evitar a dissipação dos direitos proprietários.

De pronto, pode-se afirmar o desacordo com essa posição, que será objeto de longa análise no item 2.1 *infra*, quando o enfraquecimento da presunção *pater is est*, provocado em parte por essa equivocada interpretação do princípio da igualdade absoluta da filiação, estiver em debate.

Por ora, a leitura constitucional que deve ser feita do princípio da igualdade entre os filhos é a seguinte: os filhos fora do casamento têm o direito de ser iguais aos filhos havidos

---

<sup>72</sup> A observação é de Guilherme Calmon Nogueira da Gama *in A nova filiação*. Ob. cit., p. 424. Também nesse sentido João Baptista Villela para quem os termos matrimonial e não-matrimonial são neutros do ponto de vista axiológico, sem exaltar nem condenar. (VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições, Ob. cit., p. 125).

<sup>73</sup> Os artigos 1.607, 1.609 e 1.611 do Código Civil de 2002 usam a expressão “filho fora do casamento”.

<sup>74</sup> TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 6, vol. 22, abril a junho de 2005, p. 71. Também neste sentido: SOARES, Sônia Barroso Brandão. *A presunção legal de paternidade face ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos*. 2001. Dissertação de mestrado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, janeiro de 2001.

no casamento no sentido de que todos os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico, como nome, poder familiar, guarda, visitação, alimentos, direitos hereditários, enfim, todos os direitos que englobem a posição jurídica e o *status* de filho, sem exceção, devem ser atribuídos àqueles que tiverem seu estado de filiação formados, independente da origem. Mas isso, no entanto, em nada modifica os modelos de filiação a partir do divisor de águas que é o casamento<sup>75</sup>.

Isso não significa querer vangloriar o instituto do casamento, e, a partir dele, fazer distinções injustas no tocante ao tema da filiação. Ocorre que por ser o casamento um ato solene e formal, cuja prova se materializa previamente ao início da vida conjugal, tem-se com ele a segurança necessária para a formação do vínculo da paternidade, enquanto a fidelidade recíproca for cultural e juridicamente um dever. O mesmo já não pode fornecer a relação de companheirismo, pelo simples fato da ausência de prova pré-constituída da sua existência, a não ser nos casos da existência anterior de escritura pública declaratória de união estável<sup>76</sup>.

Desta forma, enquanto o casamento estiver suas bases fincadas no princípio da monogamia e na solenidade e formalidade de sua constituição, não há porque desprezar o que representa a melhor via para se estabelecer o vínculo paterno-filial. É desejável que o estado matrimonial produza efeito sobre o estado de filho, apenas isso.

Há, assim, uma lamentável distorção na leitura do princípio da igualdade absoluta entre os filhos. Como bem destacado por Luiz Edson Fachin “a igualdade jurídica, porém, pode não corresponder necessariamente à igualdade de fato”<sup>77</sup>. Não discriminar não significa igualar todos os regimes.

O próprio casamento e a união estável, por exemplo, podem, ou melhor, deveriam – apesar de distorções legais havidas no sistema jurídico nacional, como no plano sucessório – produzir para cônjuges e companheiros os mesmos efeitos jurídicos, mas ninguém discorda que o estabelecimento destes vínculos é diferente, por serem de *fato* realidades sociológicas diferentes. O mesmo se passa no terreno da filiação. Todos são assentes que os efeitos da relação paterno filial devem ser idênticos para filhos havidos dentro e fora do casamento e os adotivos, mas ninguém discorda que o estabelecimento da paternidade nestas três hipóteses é diferente: por presunção legal, por ato de vontade e por sentença, correspectivamente.

---

<sup>75</sup> A comprovação de que o casamento é realmente a baliza nos modelos da filiação dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais é que a presunção *pater is est* aplica-se somente aos filhos nascidos na constância do casamento e não na união estável, informal em sua essência, conforme expressamente dispõe o *caput* do artigo 1.597 do Código Civil.

<sup>76</sup> Sobre a possibilidade da escritura pública de união estável ser equiparada ao casamento para efeito de presunção relativa de paternidade confira-se o trabalho de Assuelma Arantes da Silva, “A escritura pública de união estável como prova *juris tantum* de paternidade” publicada na *Revista de Direito Privado*, n. 41, jan-mar/2010, p. 31-58.

<sup>77</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit, p. 23.

Desse modo, deve-se entender por igualdade a universalização do direito de ter pai. Todos, sem exceção, por serem pessoas humanas com igual dignidade têm o direito de ter pai. Mas o estabelecimento da paternidade não tem que ser *igual* para todos, caso contrário, a prevalecer esse entendimento, a formação do vínculo adotivo também seria inconstitucional<sup>78</sup>.

Por aí se vê que o objetivo da Constituição Federal foi consagrar a convivência recíproca entre diversos modelos familiares, alçando ao lado do matrimônio, a união estável e a família monoparental e todas as formas de filiação, em um movimento de inclusão de novas famílias sociológicas e dos filhos desprestigiados ao longo da história. Seu alvo não foi, nem poderia ser, os filhos havidos no casamento, porquanto já protegidos plenamente, utilizando-os apenas como paradigma para içar os filhos extramatrimoniais de sua condição de inferioridade. A Constituição Federal, assim, não acabou com o casamento, apesar de seu desprestígio e de sua total flexibilidade na pós-modernidade, e, com seus efeitos, que devem permanecer incólumes porque benéficos aos filhos nele havidos.

Em suma, o mérito da Constituição Federal foi, segundo Caio Mário da Silva Pereira<sup>79</sup>, fechar um círculo, possibilitando aos filhos fora do casamento o poder de serem reconhecimentos livremente e a eles sendo assegurados todos os direitos já atribuídos aos nascidos dentro de relações matrimoniais. Interpretar de forma diversa é desconhecer o percurso histórico do direito de filiação em nosso ordenamento, o que só ressalta a importância de se vasculhar sempre o passado dos institutos para não retroagir a pontos já transpostos.

Por fim, cabe ainda tecer alguns comentários sobre o instituto da legitimação após o advento da Lei Maior. Com a Constituição de 1988 e a proibição da delimitação das famílias em legítimas e ilegítimas, substituídas por matrimoniais e não matrimoniais, como interpretar o instituto da legitimação? Teria a Carta Maior não a recepcionado?

Conforme assinalado no item 1.1 *supra* a legitimação tinha como escopo constituir de pleno direito a paternidade jurídica dos filhos nascidos antes do casamento de seus pais num processo de inclusão jurídica e social, sendo, pois, um instituto positivo para os filhos até então apenas biológicos, classificados como ilegítimos naturais. Após a Constituição, desprezadas as qualificações discriminatórias, manter mais uma via de formação da paternidade não seria beneficente para os filhos?

---

<sup>78</sup> “O princípio da igualdade, afirma o professor PEREIRA COELHO, (...) não obsta, naturalmente, a que a lei possa dar tratamento diferente à relação surgida dentro e fora do casamento, pois correspondem normalmente a realidades sociológicas diferentes”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 28 e 29).

<sup>79</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Ob. cit., p. 201.

Nessa linha de idéias, assinala Guilherme Calmon Nogueira da Gama que extirpar o instituto da legitimação constitui uma regressão para os filhos que, por exemplo, nascidos de uma relação de companheirismo convertida em casamento não poderiam mais invocá-la dependendo da perfilhação ou da sentença a ser proferida em ação de investigação de paternidade<sup>80</sup>. Assim, o que antes decorria de pleno direito passou a depender de um ato de vontade ou de uma sentença, dificultando situações que a lei revogada já tinha antes aventado a favor da segurança das relações paterno-filiais, no espírito de conferir o estado de filiação aos ainda desprovidos.

Desta forma, o real alcance e sentido do princípio constitucional da igualdade absoluta da filiação é o fim do *status* de filho legítimo, ilegítimo, legitimado ou adotivo, e, conseqüentemente, da distinção de direitos e deveres. No entanto, manteve-se no espírito da Constituição o interesse social relevantíssimo de dar pai a quem não tem. Os critérios de atribuição de paternidade facilitadores da formação do estado de filho não deveriam ser banidos do ordenamento, inclusive o da legitimação. Mas, a partir de uma interpretação distorcida e retrógrada, contra o interesse dos próprios filhos e o do melhor interesse da criança – outro princípio constitucional a inspirar o regime de filiação –, foi o que acabou por prevalecer.

Assim, em 1992 com a Lei 8.560 restou vedado legitimar e reconhecer o filho na ata de casamento<sup>81</sup>, desprezando-se anos a fio de conquistas dos filhos extramatrimoniais a partir do esforço de grandes discussões doutrinárias e inúmeros julgados, tudo em razão de uma interpretação apressada e absolutamente equivocada da Constituição Federal e de um profundo desconhecimento do que fosse o instituto da “legitimação” e sua função<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova filiação*. Ob cit. 433-434. Igualmente João Baptista Villela, que pela clareza de raciocínio, merece aqui transcrição: “A legitimação *per subsequens matrimonium*, que é do Código Civil, não passa mesmo, na verdade, de um engenhoso expediente para retrotrair, no interesse dos filhos, os efeitos do casamento ao tempo em que os pais já coabitassem sexualmente, sem que casados fossem. Se era um instituto socialmente útil ao tempo do Código, em que os costumes se mostravam severos, revela-se utilíssimo hoje, quando é generalizada e admitida a convivência sexual independentemente de casamento. Ao tornar legítimos filhos que eram ilegítimos, o Código Civil estava alcançando um duplo resultado a benefício do filho: não só operava uma atribuição de paternidade como promovia uma elevação do *status* social. Estes resultados eram indissociáveis na lógica do instituto. Ao romper com a distinção entre legítimos e ilegítimos, mas conservar a distinção entre matrimoniais e não-matrimoniais, a Constituição quebrou a unidade do esquema inerente à legitimação. Quebrou, retendo o que lhe convinha – a atribuição da paternidade – e alijando o que explicitamente rejeitou – o *status* de legitimidade”. (VILLELA, João Baptista. *O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições*. Ob. cit., p. 126).

<sup>81</sup> Lei 8.560/1992, art. 3º: “É vedado legitimar e reconhecer filho na ata de casamento. Parágrafo único: É ressalvado o direito de averbar a alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho”.

<sup>82</sup> V. VILLELA, João Baptista. *O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições*. Ob. cit., p. 127.

### 1.2.2. Da interferência mínima do Estado no Direito de Família

A família cerceia a liberdade, ao mesmo tempo que a realiza sob outra forma.

João Baptista Villela

Embora seja inegável que no Direito de Família a intervenção do Estado-legislador e do Estado-juiz sempre foi mais intensa do que nas outras áreas do Direito Civil, em que à autonomia da vontade era reservado um espaço mais amplo, pode-se afirmar que ao longo do século XX, com o movimento de descodificação e com a constitucionalização da família, ampliou-se o campo de atuação para o exercício da liberdade dos indivíduos nas relações familiares.

Exemplos da outorga de um espaço maior para o exercício da autonomia privada no campo do direito de família ficaram explicitados com a introdução do divórcio em 1977; com a liberdade de investigar e estabelecer a qualquer tempo a filiação após a retirada gradativa das proibições erguidas em nome da paz familiar e da honra dos cônjuges vigentes no Código Civil de 1916; com a regulamentação da união estável pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96; com a possibilidade de alteração do regime de bens, ainda que mediante pedido fundamentado a ser deferido em juízo, pelo Código Civil de 2002; com a Lei 11.441/2007, que introduziu a separação e o divórcio extrajudiciais, flexibilizando o procedimento do término da sociedade conjugal e do casamento e, por fim, com a Emenda Constitucional nº. 66/2010 permitindo a obtenção do divórcio direto e sem prazo pré-estabelecido de separação de fato.

Essas, entre outras reformas do Direito de Família, permitem afirmar que nos últimos anos se acentuou o papel da vontade dos entes familiares quando em colisão com a família-instituição. A própria dificuldade doutrinária atual de se conceituar o que seja família revela quão robusta e importante é a liberdade das pessoas para criarem vínculos que melhor atendam e satisfaçam suas necessidades psicossociais. Quais laços hoje podem ser mapeados como família é uma tormentosa questão para a doutrina, a jurisprudência e o legislador.

Deveras, a quebra do modelo único da família matrimonializada trouxe para o Estado um duplo desafio: regulamentar outras formas de entidades familiares e não cercear o direito de cada um optar por um desses modelos, isto é, acolher a diversidade familiar e proteger o direito ao livre planejamento familiar<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Dentre a diversidade familiar, ao lado do casamento, a Constituição Federal acolheu no §3º do artigo 226 a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e no §4º a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental, dispondo o artigo 42 da Lei 8.069/1990 que podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, ou seja, solteiros, casados, separados, divorciados, viúvos, não limitando a adoção



Por isso no artigo 226, §7º da Constituição Federal restou positivado que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”, ou seja, o Estado deve intervir apenas para propiciar recursos, não podendo interferir na escolha da constituição da entidade familiar, na livre decisão do planejamento familiar, no regime de bens e na sua forma de desconstituição<sup>84</sup>.

À família, como comunidade intermediária, formada pelo impulso natural do homem de conviver e se sociabilizar, reconhece-se autonomia não apenas na sua organização, como também “nos modos de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos”<sup>85</sup>.

No entanto, até onde vai está liberdade? Como aplicar o princípio da interferência mínima do Estado nas relações paterno-filiais? Dessarte o tema da família entre o espaço público e privado mostra diferentes níveis de interferência do Poder Público a depender do papel desempenhado por esse grupo social e pelo indivíduo em cada época e em cada sociedade ao longo da história. Ao contrário da Antiguidade, quando a família e a vida privada representavam uma privação para o indivíduo – daí a origem da palavra *privada* a significar realmente a privação de algo, hoje utilizada sem alusão a esse sentido primário – na Modernidade, a liberdade volta para a vida íntima e seu enriquecimento se dá através do moderno individualismo<sup>86</sup>.

Com relação a essa posição da família entre o público e o privado, na Modernidade, doutrina Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] Foi somente no final do séc. XVIII, contudo, que o Estado passou a assumir uma participação ativa na formação familiar. ‘Os filhos pertencem à República, antes de pertencerem a seus pais’ é afirmação atribuída a Danton [...] Havia sido dado início à transformação que alteraria, de modo radical e definitivo, os contornos do Direito de Família. As relações familiares, que até então haviam sido concebidas como essencialmente privadas,

---

a casais. As famílias monoparentais, apesar de numerosas, principalmente as formadas por mães e filhos, não tiveram nenhum tipo de regulamentação no Código Civil. Por fim, dentro do princípio de liberdade dos homens em constituir novos modelos familiares há de se registrar o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas como entidades familiares no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 julgadas no dia 05 de maio deste ano, apesar da carência legislativa sobre o tema persistir.

<sup>84</sup> Com fundamento no princípio da interferência mínima do Estado no direito de família, o Código Civil de 2002 previu em seu artigo 1.513 que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” e reproduziu no art. 1.565, §2º a norma constitucional do artigo 226, §7º ao asseverar que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”

<sup>85</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei nº. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 15.

<sup>86</sup> Sobre o tema do moderno encantamento da esfera privada e decaimento do espaço público conferir: ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 47-68.

passaram a ser vistas como relativas também ao interesse público. A família passou a ser considerada fundamento da sociedade civil, e a merecer, unitariamente, a proteção do Estado. Juridicamente, consolidou-se o entendimento de que o interesse do grupo familiar deveria prevalecer sobre o do indivíduo, constituindo a família um bem em si mesmo [...]<sup>87</sup>

Com a Modernidade e o fenômeno do individualismo jurídico, o que afinal preponderou: a família instituição, configuração que não dá espaço ao exercício da vontade de cada um ou a autonomia do indivíduo alçado ao centro do sistema jurídico?

Essa dúvida existe porque o fenômeno do individualismo jurídico não pode ser lido com as mesmas características para todo o ramo do Direito Civil. No reduto da família, especificamente, a vontade imperiosa de autodeterminação não foi recepcionada de pronto tal como para o contratante, o proprietário e o testador nas relações patrimoniais. Ao contrário, o rigor disciplinar e a hierarquia entre seus membros foram mantidos justamente para que os indivíduos do grupo familiar não pudessem, a partir de suas vontades, libertarem-se do coletivo. Isso revela o descompasso do Direito de Família com as características marcantes do individualismo jurídico.

Quanto à formação do estado de filiação é voz corrente que, mesmo antes da Constituição entrar em vigor, não se aceitavam mais obstáculos à criação do vínculo jurídico da paternidade, retirando do Estado a possibilidade de vincular o estado de filho ao estado civil dos pais.

Por outro lado, se em tempos mais antigos e em outras sociedades o dever de fidelidade da mulher era imposto no interesse do Estado, sob pena de graves sanções, inclusive a morte, na Modernidade, o dever de fidelidade da mulher é positivado pelo ordenamento no interesse do marido e vice-versa. Tal dever, portanto, há muito deixou o espaço público para migrar para o privado com a consagração do auto-regramento dos interesses familiares por seus componentes.

Tal percepção é importantíssima para o trabalho de delimitar qual o papel do Estado-legislador e do Estado-juiz na regulação da formação do estado de filiação. Na relação horizontal entre homem e mulher é fácil e óbvia a constatação de que o dever de fidelidade é norma de ordem privada. Sempre na história, e com bastante frequência, existiram infidelidades nas relações conjugais, podendo, ou melhor, durante longo período tendo o cônjuge traído que perdoar, ante a impossibilidade de dissolução do vínculo.

Com efeito a infidelidade, conceito subjetivo e de difícil constatação, é um fato que produz efeitos completamente diferentes nas relações conjugais em que se verifica, a

---

<sup>87</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 171-172.

depender da reação de cada um dos envolvidos. Não raras vezes os cônjuges traídos perdoam e mantêm seus casamentos, dando continuidade à comunhão de vida pelos mais sortidos motivos, cuja investigação não cabe à ciência jurídica. Outros, diversamente, põem fim aos seus casamentos, considerando a infidelidade um óbice intransponível. De uma forma ou de outra, é decisão íntima do casal e de mais ninguém, muito menos do Estado, intervir na comunhão de vida dos cônjuges, sendo tais decisões insindicáveis. Prova disso é a legitimidade privativa dos cônjuges para a ação de divórcio e anulabilidade do casamento.

Não obstante, o descumprimento do dever de fidelidade pode produzir efeitos na esfera jurídica dos filhos havidos pelo casal. Qual o papel do Estado e quais os valores devem conduzir as relações jurídicas paterno-filiais diante das infidelidades? Na vigência do Código Beviláqua, o problema do choque entre o adultério *a matre* e a presunção *pater is est* era resolvido, conforme visto no item 1.1 *supra*, em favor do já formado estado de filiação. Nem mesmo sob a confissão do adultério pela mulher, permitia a lei a exclusão da paternidade a revelar uma forte proteção da família e do casamento, e, indiretamente o *status* do filho.

Atualmente, porém, o adultério da mulher parece ser muito mais nefasto na relação jurídica formada entre pai e filho. No lugar do escândalo social, do abalo à honra do marido, da devolução da mulher à família de origem e do fim da paz doméstica, fatores que tornavam o adultério gravíssimo para a relação conjugal, hoje, com o lugar comum do divórcio, a relação extramatrimonial da mulher é terrível para os filhos. Em primeiro lugar porque se obtém, com facilidade, a prova material de sua ocorrência através do DNA, encerrando-se as dúvidas da paternidade consanguínea, que em outros tempos, jamais se desfaziam. Em segundo lugar devido a uma interpretação distorcida do princípio da igualdade da filiação, que, alheio a sua verdadeira orientação, legitimaria o filho havido no casamento a investigar a sua paternidade com a prévia negação da paternidade registrária e jurídica do marido<sup>88</sup>.

Assim, concluiu-se que o princípio da interferência mínima do Estado nas relações paterno-filiais é uma ferramenta essencial nas soluções de conflitos em que os critérios jurídicos, biológicos e socioafetivos se fragmentam, na seguinte direção: para as hipóteses de ausência da formação do estado de filiação, o Estado deve intervir porque a formação do parentesco e, logicamente, da filiação é matéria de ordem pública e indisponível, atinente ao direito da personalidade, da identidade e do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Para aquelas em que o estado civil já está formado, pais e filhos podem dispor da reunião

---

<sup>88</sup> Sobre a diferença entre a investigação da paternidade e o direito ao conhecimento da origem genética remeta-se o leitor ao item 3.2.3 *infra*.

dos critérios jurídicos, biológicos e socioafetivos na constituição da paternidade<sup>89</sup>, como comumente ocorre na sociedade em um sem número de hipóteses.

Certo, porém, é que a regra do artigo 1.601 do Código Civil, ao apregoar a imprescritibilidade da negatória de paternidade, tornou perpétuo o exercício da contestação da paternidade, trazendo insegurança à relação paterno-filial já tão carente de paradigmas e certezas. Essa intervenção do Estado nas relações familiares, longe de ser mínima, como apregoa a Constituição no §7º do artigo 226, pode ser considerada máxima ao permitir que a qualquer tempo o *status* civil entre pai e filho seja alterado, estando o Estado-juiz pronto para receber a qualquer momento da vida dos indivíduos demandas de acerto das paternidades.

Ao contrário, para os defensores da regra da imprescritibilidade da contestação da paternidade, a eleição de prazos decadenciais exíguos pelo legislador, tal como vigia no Código Civil revogado, representava uma grande intervenção do Estado nas conformações da família, que em curtíssimo espaço de tempo se tornava imutável.

Postas estas idéias, indaga-se qual interferência o estabelecimento da filiação deve receber do Estado-legislador e do Estado-juiz: mínima ou máxima? A ampliação dos prazos, ou ainda, a consagração da imprescritibilidade, redundaria numa maior intervenção do Estado ou, ao invés, permite que os indivíduos exercitem sua autonomia no que tange a formação do *status* de filho? A alguma resposta pretende-se chegar ao final desse trabalho.

Antes, entretanto, passa-se à análise do terceiro princípio constitucional sobre o qual se edificou o sistema da filiação.

### 1.2.3. Do melhor interesse da criança e do adolescente

Para completar o quadro principiológico constitucional no terreno da filiação, indispensável se torna, ao lado do princípio da igualdade absoluta da filiação e da interferência mínima do Estado na esfera privada das famílias, traçar os contornos daquele que mudou o paradigma do direito da criança e do adolescente no sistema jurídico brasileiro.

Com o desprestígio do casamento como a instituição central da família, e, conseqüentemente deste Direito, a filiação assumiu o papel central nesta organização e a

---

<sup>89</sup> Como fazem filhos e pais adotivos ao dispensarem o vínculo biológico e, também, modernamente, a reprodução assistida heteróloga prevista no artigo 1.597, inciso V, do atual Código Civil, em que o vínculo de paternidade jurídica se forma com o marido da mãe desde que haja prévia autorização deste para a utilização de material genético de terceiro.

ciência jurídica teve que desenvolver vários institutos para protegê-la<sup>90</sup>. Na atualidade, a relação familiar mais estável que se tem é verdadeiramente a filiação, apesar da redação do artigo 1.601 do atual Código Civil estender também a ela um grau elevado de instabilidade ao permitir a negação da paternidade a qualquer tempo.

Com convicção, pode-se afirmar que o eixo do direito de família passou a ser, no lugar do casamento, a filiação. Segundo Elisabeth Roudinesco, a família da pós-modernidade está organizada em três fenômenos marcantes:

[...] A revolução da afetividade, que exige cada vez mais que o casamento burguês seja associado ao sentimento amoroso e ao desabrochar da sexualidade feminina e masculina; o lugar preponderante concedido ao filho, que tem como efeito “*maternalizar*” a célula familiar; a prática sistemática de uma contracepção espontânea, que dissocia o desejo sexual da procriação, dando assim origem a uma organização familiar mais individual da família<sup>91</sup>.

Deveras, a nova família burguesa moderna não inovou apenas nas relações conjugais mantidas por e enquanto presentes desejo e vontade. Junto com o nascimento desta nova moral da sociedade civil houve uma enorme mudança na relação da filiação. Os historiadores informam que até o século XVIII o aborto era freqüente, além do infanticídio e do abandono, que permaneciam há séculos como meios correntemente utilizados para o controle da fecundidade. Nesta lógica, apesar da existência do amor parental, os filhos eram imaginados como a *coisa* dos pais, como um objeto inteiramente submisso as suas vontades<sup>92</sup>.

A partir da Revolução Francesa e durante o século XIX o que se viu na Europa foi uma queda brusca da natalidade, fruto de uma nova concepção da família, em que o filho deixa de ser um acidente para se tornar um sujeito desejado e integral, reflexo do casamento por amor: “Freud teorizou essa passagem do filho-objeto para o filho-sujeito mostrando que este permanece sempre, para seus pais, um prolongamento deles mesmos”<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> A observação é de Maria Celina Bodin de Moraes: “(...) Como resultado deste processo, a filiação assumiu em lugar da conjugalidade, agora instável, a posição de centralidade na família, e esta mudança de eixo permitiu a renovação da instituição, mantendo porém a sua coesão: centrada na filiação, continua a família a atribuir os lugares da parentalidade, da ordem genealógica, e a garantir a sucessão das gerações, permanecendo assim em lugar de destaque, isto é, na base da sociedade, compativelmente com o previsto no art. 226, caput, da Constituição da República”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 217).

<sup>91</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ED., 2003, p. 96.

<sup>92</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 104-110.

<sup>93</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Ob. cit., p. 99,100 e 101. Segundo Luc Ferry: “Montaigne, o grande humanista, confessou não se lembrar do número exato dos seus filhos mortos quando ainda eram amamentados pelas amas de leite! Fora isso, sabe-se que Rousseau, autor do maior livro já dedicado à educação, abandonou sem hesitar seus cinco filhos. Bach e Lutero perderam, cada um, uma “dezena” de crianças, com uma real amargura, sem dúvida, mas à qual era preciso a cada vez se habituar. Tudo isso mostra bem o abismo que nos separa do Renascimento, ou até do século das Luzes. Ainda mais porque a atitude de Montaigne, como, aliás, a de Rousseau, não vinha de qualquer frieza de coração dos filósofos propriamente. Era simplesmente o sintoma de um comportamento dominante na época com relação a esses seres “em potencial”, e por isso de menor interesse, que eram as crianças”. (FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Ob. cit, p. 104).

Assim, com a Modernidade teve início a fragmentação da função autoritária do pai, que veio a se esfacelar na pós-modernidade, principalmente, com o número crescente dos divórcios. A relativização da função da autoridade paterna ocorreu, dentre outras causas, pelo concurso do Estado que passou a ser seu avalista e fiscal. O pai, então, não pôde mais abusar de seu poder e de sua autoridade, mas, ao invés, teve que se submeter às leis e aos novos direitos adquiridos com o movimento do individualismo jurídico e do Estado de Direito, tal como na esfera pública todos os homens e cidadãos, sem mais privilégios políticos. Seus filhos não mais lhe pertenciam como objetos de sua propriedade, de forma que não podiam mais abusar de seu poder e desprezá-los na roda dos expostos<sup>94</sup>. A imagem do pai dominador cedeu gradativamente lugar à representação de uma paternidade ética, justa e limitada<sup>95</sup>.

Mas não apenas dentro da família, os filhos passaram a gozar de uma tutela voltada, muitas vezes, à proteção de suas pretensões, como também a criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direito, adquiriram uma posição de prioridade nas relações jurídicas. Determinou-se a observação dos seus interesses e de suas personalidades como seres únicos, a impor respeito por parte de seus representantes legais, que devem exercer a autoridade parental para protegê-los e proporcionar o livre desenvolvimento do ser em crescimento físico, intelectual e espiritual e, não para moldá-los segundo suas próprias convicções, expectativas e frustrações<sup>96</sup>.

Imbuída deste espírito e na esteira da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança<sup>97</sup> – ratificada através do Decreto 99.710/99 – o texto da Constituição da República de 1988 anunciou no artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

<sup>94</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ED., 2003, p. 40: “Ao longo de todo o século XIX, a autoridade paterna foi incessantemente revalorizada, embora sendo em alguns lugares constantemente rompida, dividida, fragmentada, laicizada. E uma vez que o pai se tornava na França o depositário das instituições estatais, e, na Europa, da sociedade civil, a subordinação das mulheres e a dependência dos filhos não podiam mais ser ilimitadas. Se o pai se enfraquecia, se cometia erros ou injustiças, devia receber uma punição. É assim que a substituição do poder de Deus pai pelo do *pater familias* abre caminho para uma dialética da emancipação cujas primeiras beneficiárias serão as mulheres, e depois delas as crianças”. Um exemplo histórico do novo senso comum na relação paterno-filial é o texto anônimo escrito em 1764 e atribuído a Voltaire intitulado “O Sentimento dos Cidadãos” em que Rousseau é acusado severamente por haver abandonado seus filhos à assistência social.

<sup>95</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Ob. cit., p. 39-40.

<sup>96</sup> Nesse sentido é a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes: “Quanto aos filhos, os pais não assumem como missão transformá-los em decorrência de princípios exteriores. A autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (do filho), valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. No seio familiar, a educação deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pela negociação e pelo diálogo. Os pais, então, colocam-se na posição de ajudar os filhos a se tornarem eles mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Ob. cit. p. 213).

<sup>97</sup> Convenção Internacional sobre os direitos da criança, art. 3.1: “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dentro da esfera paterno-filial, como aplicar e traduzir o princípio do melhor interesse da criança com relação ao direito à formação do estado de filho? Certamente, para os filhos havidos fora do casamento e sem paternidade jurídica, o princípio do melhor interesse concretiza-se com a formação do estado civil, ainda que desprendido da socioafetividade. Antes ter um pai registrário que não ter nenhum, pois ao menos se respeita o direito ao nome e à identidade, além dos direitos patrimoniais daí decorrentes. Mas como se deve aplicar o princípio do melhor interesse da criança com relação àqueles que já gozam da paternidade jurídica e descobrem mais tarde a ausência de vínculo biológico?

Vários institutos ligados à proteção da pessoa dos filhos, no casamento, após o divórcio ou fora dele, foram traçados e são objeto de ampla doutrina, dentre eles a guarda, a visitação, a autoridade parental e os alimentos. Mesmo o legislador recentemente inovou ao regular o instituto da guarda compartilhada e a síndrome da alienação parental<sup>98</sup>. No entanto, o estabelecimento da paternidade tanto dentro como fora do casamento encontra-se carente de regras e, principalmente, de harmonia e sistematização.

### **1.3. Estabelecimento da filiação após a Constituição Federal de 1988**

#### **1.3.1. A filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente**

Logo após a promulgação da Constituição Federal, entrou em vigor a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, regulando a situação antes tratada pela legislação menorista. Ao contrário de sua predecessora, o Estatuto da Criança e do Adolescente não objetivou normatizar a situação do menor abandonado, aplicando-se a toda e qualquer criança ou adolescente.

Mas se a confusão e a indeterminação na regulação da filiação com o advento da Constituição Federal já não foi pequena, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente a insegurança aumentou ainda mais a partir de dois artigos que trataram da filiação, respectivamente, artigos 26 e 27 da Lei 8.069/90.

---

<sup>98</sup> A Lei 11.698/2008 introduziu o instituto da guarda compartilhada conforme recente alteração no artigo 1.584 do Código Civil de 2002 e a Lei 12.318 de 26.08.2010 trouxe a previsão da síndrome da alienação parental. Apesar do Código Civil de 2002, no livro de família, ainda dedicar a maior parte de seus artigos a regulação do casamento, é perceptível a imperiosa regulação de outras relações familiares, principalmente, o parentesco decorrente da filiação. Por outro lado, a pobreza na regulação de temas hoje recorrentes e presentes em grande número nos Tribunais, como a ação de investigação de paternidade prevista em apenas dois artigos 1.615 e 1.616 revela a falta de sintonia entre a legislação familiarista e a realidade.

O primeiro deles não trouxe inovações, nem alterações significativas, prescrevendo apenas que os “*filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação*”, incluindo, desta maneira, novas formas válidas para o ato da perfilhação com relação ao que já preconizava o artigo 357 do Código Civil de 1916.

O segundo deles, porém, o artigo 27 positivou o que antes pertencia apenas ao debate doutrinário, passando a estabelecer que “*o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça*”.

Com a regra do artigo 27 do Estatuto novamente foi questionado se o sistema de presunções do Código Civil de 1916, construído para traçar o modelo de filiação dos filhos nascidos no casamento, mantinha-se em vigor, ou ao contrário, todos os modelos de filiação haviam se tornado um só. A doutrina passou então a interpretar e confrontar a regra do artigo 27 do ECA com as normas do antigo Código Civil, levando-se em consideração seu caráter de lei especial em relação ao Estatuto Civil, norma geral<sup>99</sup>.

Diante da imprescritibilidade ditada na norma do artigo 27 do ECA ganhou força e peso a interpretação de que os prazos decadenciais previstos no antigo Código Civil – para o marido negar a paternidade e para o filho impugnar o reconhecimento, respectivamente 02 ou 03 meses e 04 anos – haviam sucumbido. Em linhas gerais, o raciocínio desenvolvido pela doutrina majoritária apontou que todas as ações de estado são imprescritíveis, não havendo que se fazer diferença entre as ações constitutivas e as desconstitutivas de estado, todas agasalhadas pelo mesmo e único manto da imprescritibilidade<sup>100</sup>.

Por sua vez, a consagração da imprescritibilidade do direito à formação do estado de filiação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente veio a influenciar a confecção do Código Civil de 2002, resultando na atual regra do artigo 1.601, pela qual também a desconstituição da paternidade é um direito imprescritível para o marido da mãe.

---

<sup>99</sup> Sobre a convivência e interpretação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil conferir: BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-135.

<sup>100</sup> Dentre a doutrina dominante confira-se a de Gustavo Tepedino no trabalho “A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional” In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 547-583. Na contramão desta interpretação confira-se a doutrina de João Baptista Villela no trabalho “O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições”. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º.02, (jul/ago/set. 1999). Porto Alegre: Síntese, p. 121-142.



Desta forma, sob uma interpretação generalizante e dominante do artigo 27 do ECA pela doutrina nacional, todo o sistema de filiação arquitetado no Código Civil de 1916 com regras próprias para os filhos havidos na constância do casamento ruiu, a ponto de não se saber mais inclusive quais as diferenças para o estabelecimento da filiação para os filhos havidos dentro e fora do casamento.

Assim, passada a efervescência inicial da consagração da igualdade da filiação pela Constituição, a regra do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente tornou-se a “menina dos olhos” no tema da filiação, à medida que crescia a interpretação de que a imprescritibilidade permeia todo o sistema filiatório e decrescia a força e o vigor da presunção *pater is est*, ofuscada por completo por esta regra.

O reflexo desta doutrina de total abrangência da regra do artigo 27 do ECA na jurisprudência representou a consagração nos Tribunais da imprescritibilidade de todas as ações referentes ao estado da pessoa, fossem elas investigatórias ou negatórias ou ainda impugnações ao reconhecimento voluntário, não se fazendo qualquer distinção sobre as ações de filiação e seus objetivos, cuja ementa abaixo é representativa:

CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AÇÃO DE ESTADO. IMPRESCRITIBILIDADE. ECA, ART. 27. APLICAÇÃO.

I. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, por se cuidar de ação de estado, é imprescritível a demanda negatória de paternidade, consoante a extensão, por simetria, do princípio contido no art. 27 da Lei n. 8.069/1990, não mais prevalecendo o lapso previsto no art. 178, parágrafo 2º, do antigo Código Civil, também agora superado pelo art. 1.061 (sic) na novel lei substantiva civil.

II. Recurso especial não conhecido<sup>101</sup>.

A crítica a essa interpretação generalista e predominante será objeto do terceiro e último capítulo, quando junto ao artigo 1.601 do atual Código Civil, o artigo 27 do ECA será detidamente analisado pela decisiva influência em sua positivação.

Mas nesse momento, é ainda importante salientar que, além do polêmico artigo 27, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em obediência e consagração do direito à convivência familiar da criança e do adolescente, previsto no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, construiu através do que chamou de família natural – a relação pai, mãe e filhos –, família extensa – formada por parentes próximos com quem se mantém vínculos de afinidade e afetividade –, e família substituta – organizada sob a forma de guarda, tutela ou adoção, um

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 576.185/SP. DJe: 08.06.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 11 de maio de 2011. Em igual sentido conferir também REsp 112.208-RS; REsp 146.548-GO; REsp 155.681-PR; REsp 278.845-MG e REsp 279.243-RS.

engenhoso sistema para que crianças e adolescentes não fiquem desamparadas ou sofram abuso por parte daqueles que deveriam cuidá-las.

Ao longo do Estatuto é possível perceber a preocupação do legislador em efetivar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, ainda que pela via substitutiva, tendo inclusive sido determinada a reavaliação de cada criança ou adolescente, no prazo máximo, de seis meses, sendo ainda vedada sua permanência em instituição de abrigo por mais de 02 (dois) anos<sup>102</sup>.

Tudo isso com o escopo de proteger ao máximo o direito de cada indivíduo tecer vínculos de intimidade, afeto, bem querer, segurança e apoio; desfrutar e participar de situações que apenas no seio das famílias, por suas peculiaridades, se passam; construir um passado de vida em família e, não menos importante, poder incluí-lo em sua memória e integrá-lo a sua personalidade e identidade, tornando-o verdadeiramente digno, como quer a Constituição Federal. Eis aí um dos grandes méritos do Estatuto: proteger os desamparados e dar efetividade ao direito constitucional de convivência familiar.

### 1.3.2. A filiação no Código Civil de 2002

Com a mesma nomenclatura utilizada pela Lei 8.560/1992, o Código Civil de 2002 tratou da filiação a partir de dois modelos identificados como os dos filhos havidos dentro e fora do casamento.

Dentro do casamento, manteve o Código atual a presunção *pater is est* nas mesmas condições do Código revogado, com o estabelecimento simultâneo da maternidade e paternidade, a partir do período mínimo e máximo de uma gestação, contado do início e do término da sociedade conjugal. A inovação ficou no âmbito das técnicas de reprodução assistida, com a extensão da presunção às hipóteses de fertilização artificial homóloga e heteróloga<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Lei 8.069/90, art. 19, §1º acrescentado pela Lei 12.010/2009: “Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei” e artigo 19, §2º também acrescentado pela Lei 12.010/2009: “A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade, que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”.

<sup>103</sup> CC/2002, art. 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Para os filhos havidos fora do casamento, a lei regulamentou as formas de reconhecimento voluntário – perfilhação – e consagrou que a sentença que julgar procedente o pedido de investigação de paternidade produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, sem trazer modificações ao que já estava positivado<sup>104</sup>.

A grande inovação do Código Civil de 2002, no regulamento da filiação, ao lado das técnicas de reprodução assistida, é mesmo a regra do artigo 1.601 ao prescrever a imprescritibilidade da negatória de paternidade, não enunciar taxativamente as causas em que a lei permite essa hipótese e ratificar que a legitimidade para propô-la é privativa do marido.

De acordo com Luiz Edson Fachin a direção que tomou o legislador nacional, antes de ser isolada, refletiu o caminho que tomaram os demais sistemas jurídicos que tiveram origem napoleônica, nos quais a remodelação da negatória da paternidade utilizou-se das seguintes vias: “a) ampliação do rol das pessoas legitimadas a propor a contestatória; b) abandono do sistema de enumeração taxativa das hipóteses em que a lei permite a ação; c) prazos mais elásticos para a propositura da contestação”<sup>105</sup>.

Com a positivação da regra de a qualquer tempo poder o marido negar a paternidade, o que restou da presunção *pater is est*? Há realmente o direito de o marido traído negar a qualquer tempo a paternidade jurídica quando ausente o vínculo biológico?

Certo é que a reedição da presunção legal de paternidade pelo atual Código Civil e sua convivência com o 1.601, o artigo 27 do ECA e o artigo 227, §6º da Constituição Federal, e, suas respectivas interpretações na direção de “igualar” ao máximo o estabelecimento da paternidade para os filhos dentro e fora do casamento, trouxe ainda mais dúvidas e desarmonia para um sistema já desestruturado e em crise.

Veja-se que, a despeito das injustificadas discriminações realizadas pela Lei Civil de 1916, a respeito das quais nem os doutrinadores da época abraçavam, havia, conforme demonstrado no item 1.1 *supra*, unidade e racionalidade no trata da matéria dos filhos havidos no casamento. O conjunto das regras da filiação revelava coerência e harmonia, pois, a legitimidade para negá-la era privativa do marido, estando o filho e a mãe excluídos desta possibilidade; as causas eram reduzidíssimas e restritas à impossibilidade de coabitação física entre o casal; o prazo exíguo, de 02 ou 03 meses, se presente ou ausente o marido, por fim, transformava o que era uma presunção em certeza jurídica em pouquíssimo tempo.

---

<sup>104</sup> CC/2002, art. 1.616: “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daqueles que lhe contestou essa qualidade”.

<sup>105</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 102.

Juntas as regras da legitimidade, das causas e dos prazos, todas estavam fortemente amarradas e entrelaçadas no sentido do princípio do *favor legitimitatis*, para que as chances de desconstituição do vínculo paterno-filial fossem escassas, praticamente impossíveis e a segurança desta relação jurídica em rápido período de tempo fosse alcançada, tornando indiscutível o que era caro demais a ciência jurídica para ficar ao sabor das vontades de uns e de outros.

Com o Código atual esse sistema bem engendrado dos filhos havidos dentro do casamento ruiu não só com a regra do artigo 1.601, bem como com a interpretação do artigo 27 do ECA aplicável, majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, a todos os filhos, na medida em que difundiu-se à esmo que a formação do estado de filiação é imprescritível, tanto para os que ainda não o tenham, mas também para os que já o possuem<sup>106</sup>.

Se por um lado, manteve-se a presunção no artigo 1.597 e a legitimidade nas mãos do marido na primeira parte do artigo 1.601, por outro, se retirou completamente a força da presunção *pater is est*, com a regra da imprescritibilidade de negá-la e desprezá-la a qualquer momento num sistema de causas livres.

Logo, as regras do artigo 1.597 e 1.601 do atual Código Civil apontam orientações diametralmente opostas: a primeira em favor do filho no estabelecimento de sua paternidade e a segunda a favor do pai, uma em prol da formação da paternidade jurídica, não necessariamente biológica, como já passado em revista quando da análise do Código Civil de 1916, a outra em prol da desconstrução dessa mesma paternidade jurídica, pela ausência, exatamente, do vínculo biológico!

Em outras palavras, as regras do artigo 1.597 e do artigo 1.601 do Código Civil de 2002, antes de serem regras antagônicas, concretizam valores opostos, uma enfraquecendo a outra mutuamente, revelando a falta de tratamento sistemático da matéria. Impossível é mesmo conciliar o valor do estabelecimento de uma presunção ficta e relativa de paternidade – ressalte-se não necessariamente biológica – em prol da formação e segurança da relação paterno-filial, com o valor da sua desconstituição a qualquer tempo pela ausência de dado consanguíneo e o poder da vontade do pai.

A essa desconstrução, some-se a ausência de um rol da(s) causa(s) que podem dar fundamento ao pedido negatório da paternidade, o que permite, numa primeira leitura, inferir que diante da ausência do vínculo biológico é legítimo o pedido desconstitutivo, como se esse fosse o único fundamento da paternidade jurídica.

---

<sup>106</sup> Nesta direção TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. Ob. cit., *passim*.

Em outras palavras, a lei atual adicionou no sistema da filiação matrimonial o elemento do poder da vontade na formação do vínculo paterno-filial, inexistente na Codificação revogada. Vontade esta do marido da mãe, que continua não precisando se manifestar no momento da formação do vínculo, mas, que pode agora exercê-la a qualquer momento, diante da possível ausência do dado biológico entre si e o seu filho. Com a regra do artigo 1.601 do Código Civil, a presunção de paternidade jamais atingirá o *status* de certeza jurídica e, por fim, o valor da segurança jurídica das relações.

Com essa mudança radical, a relação paterno-filial dos filhos havidos no casamento se tornou tão ou mais instável que a dos filhos havidos fora do casamento, haja vista que para esses, ao menos, no plano legislativo, o artigo 1.614 do Código Civil previu o prazo de 04 anos para a impugnação ao ato de perfilhação dos filhos menores a partir da cessação da minoridade<sup>107</sup>.

Aliás, não cabe mais falar em um sistema de filiação no atual estado da arte. Das regras do legislador de 2002 não se extrai qual a sua intenção e direção, mas ao invés, fortes contradições, não apenas de normas, mas de valores. A leitura do artigo 1.597 permite ao intérprete chegar a conclusão de que a paternidade jurídica e o *favor filii* foram mantidos. Já a leitura do artigo 1.601 levará o interprete a uma conclusão plenamente contrária, a indicar que a prioridade é da paternidade biológica e da vontade do marido e pai em manter ou não a paternidade jurídica. Portanto, regras diferentes a serviço de valores diferentes, sem ajuste possível, o que na linguagem utilizada por Claus-Wilhelm Canaris traduz uma multitude de singularidades desconexas.

Toda essa desarmonia refletida pela convivência simultânea dos artigos 1.597 e 1.601 cumuladas com a interpretação majoritária do artigo 27 do ECA e do artigo 226,§7º da Constituição denuncia, em última instância, um colapso de valores por que passa a sociedade na pós-modernidade, do qual a paternidade e a família não escapam. Indeterminação, construção permanente, pluralidade, incerteza (para onde vamos?), individualismo, insegurança e perturbação permeiam tanto o espaço público quanto o privado. O retrato das famílias atuais é cópia fiel de um contexto sociológico mais amplo e permeável de idênticas características, que nos remete ao cenário macro econômico e político, mas que não significa,

---

<sup>107</sup> Apesar de a maioria dos espíritos da doutrina e dos Tribunais estarem concordes também pela inaplicabilidade deste prazo, tamanho a força que a interpretação do artigo 27 do ECA ganhou, se irradiando por todo o sistema a idéia da imprescritibilidade. CC/2002, art. 1.614: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”.

em absoluto, um saudosismo de sua estrutura passada e uma descrença em suas novas conformações<sup>108</sup>.

“Examinar o campo da intervenção da presunção *pater is est* corresponde a conhecer, num dado sistema jurídico, o sentido da paternidade e a própria idéia de família que a condiciona”, doutrina Luiz Edson Fachin<sup>109</sup>. Ao que parece, porém, na atualidade nada mais se apresenta tão inexato quanto as noções de paternidade e família, o que explica tamanha dificuldade em definir um modelo e um sistema da filiação, ao contrário do que ocorria no início do século passado quando eram claras e precisas essas noções, inclusive por serem permeadas de exclusões.

É claro que no sistema familiarista revogado era muito mais fácil traçar regras harmônicas a partir de uma instituição única e central, que era o casamento, da qual derivavam todas as regras de filiação, do que hoje, quando o sistema de filiação tem suas bases no direito universal de ter pai, independentemente de seu estado civil.

Sem esmorecer, entretanto, o desafio é construir um ajuste possível de todas essas regras e princípios a partir de um estudo unitário do sistema, sem o qual se continuará em uma babel de regras sem entendimento racional possível, ora a preponderar o *favor filii* ora o *favor veritatis*, de acordo com a sorte lançada nos dados.

Um exame mais atento das outras regras denuncia mais incompatibilidades no sistema da filiação. Veja-se. Qual a utilidade da reprodução das regras dos artigos 343 e 346 do Código Civil de 1916 nos atuais artigos 1.600 e 1.602, a afirmar que o adultério da mulher, ainda que confessado, não basta para ilidir a presunção legal de paternidade ao lado do poder da negatória de paternidade sem sujeição de prazo, num sistema de causas livres, em tempos de DNA? Nenhuma, haja vista que a manutenção do vínculo de filiação estará a depender da vontade do pai em negar ou não a paternidade. A previsão do adultério fazia sentido apenas no conjunto de regras do Código Civil de 1916. Hoje, confessado o adultério ou não, basta a desconfiança do marido para a presunção de paternidade ser contestada, sendo totalmente inútil e despicienda essa regra, a evidenciar apenas mais ainda a falta de sistematicidade entre as regras da filiação.

---

<sup>108</sup> “A família é o ponto de encontro de uma gama de tendências que afetam a sociedade como um todo – igualdade crescente entre os sexos, o ingresso generalizado de mulheres na força de trabalho, mudanças no comportamento e nas expectativas sexuais, a mudança na relação entre trabalho e casa”. (GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. 4 ed., Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 99). Sobre por que não devemos querer recuperar a família de antes, mas, ao invés, dar crédito a atual, conferir a obra de Luc Ferry, “*Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*”. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

<sup>109</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 26.

Nestas condições, o que se torna perceptível é que o artigo 1.601 colide com as demais regras do Capítulo II – Da filiação –, do Subtítulo II – Das relações de parentesco –, não existindo leitura conjunta possível a revelar o rumo que tomou o legislador, o que acaba se refletindo nos desencontros dos julgados e da doutrina, ora se privilegiando o interesse dos filhos, ora o dos pais, ora a filiação socioafetiva, ora a filiação biológica.

Sendo certo que todas as normas não podem prescindir do sistema que pertencem e que atuam, como manter simultaneamente a regra do artigo 1.597 e do artigo 1.601 de acordo com a interpretação literal de seus textos<sup>110</sup>? De que forma pode se dar unidade interna ao conjunto de regras da filiação matrimonial a partir dos princípios constitucionais?

Afinal, o que quis o legislador da codificação: proteger a formação do estado de filiação com a enunciação da presunção *pater is est* ou o direito e a honra do marido de desconstituir o vínculo paterno-filial a qualquer tempo? Tais direitos, de filhos e pais, ou seja, de formar e de desconstituir o vínculo da filiação e da paternidade possuem o mesmo peso na ordem constitucional e podem conviver harmonicamente? Este é o audacioso objetivo do presente trabalho, cuja resposta demanda a investigação do que é a paternidade, tema do próximo capítulo.

---

<sup>110</sup> Segundo Pietro Perlingieri “não existem normas, portanto, que não tenham como pressuposto o sistema e que ao mesmo tempo não concorram a formá-lo; não existem normas que sejam inteligíveis no seu efetivo alcance se não inseridas como partes integrantes, em uma totalidade formal (sistema legislativo) e substancial (sistema social). Este resultado postula a superação da exegese considerada exclusivamente como investigação e individuação do significado literal do texto”. (PERLINGIERI, Perfis. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 78).

## 2. CRITÉRIOS JURÍDICOS VIGENTES DE ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE

### 2.1. A presunção legal *pater is est quem nuptiae demonstrant*: sua origem, justificativa e declínio na legislação atual

A presunção de paternidade era o modo normal de admissão do filho na família *proprio iure* romana. A criança nascida em justas núpcias ingressava na família paterna pelo simples fato do nascimento se nascida 182 dias depois de contraído o casamento legítimo por seus pais, ou a que nascesse 300 dias após a dissolução matrimonial, de acordo com Paulo, no Digesto II, 4, 5 pelo qual *quia semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*. Admitia-se a sua destruição, mediante prova de enfermidade, ausência, impotência, dentre outros motivos<sup>111</sup>.

Mesmo diante de sua origem antiquíssima, a presunção foi acolhida nos principais ordenamentos jurídicos do mundo, dentre eles o Código Civil francês (art. 312, alínea 1:L); o BGB (art. 1.591); o Código Civil belga (art. 315); o Código Civil português (art. 1.826, n.1); o Código Civil italiano (art. 231); o Código Civil holandês (art. 197); o Código Civil de Québec (art. 525); o Código Civil japonês (art.772) e entre os latino-americanos, além de nós, o Código Civil argentino (art. 243 com a redação dada pela Lei 23.264/85); o Código Civil do Peru (art. 361); o Código Civil do Paraguai (art. 225) e o de Cuba (Lei 1.289/75, art. 74)<sup>112</sup>.

Segundo María Victoria Famá, a criação romana da presunção *pater is est* se revitaliza no século XIX a partir do surgimento da psicanálise<sup>113</sup>. Com Freud cada homem se descobre como possuidor de um inconsciente, que lhe dirá como se desenvolver, sem nenhum tipo de amarra e opressão por parte dos grupos coletivos, principalmente a família. Os lanços sanguíneos, a raça ou a herança não podem mais tolher-lhe na busca particular de seu destino único.

Em outras palavras, a psicanálise contribuiu para sedimentar o paradigma da família afetiva contemporânea, à medida que acolheu o modo de relação conjugal a partir da *escolha* dos homens e das mulheres e elevou o *desejo* como ponto de partida dos enlaces conjugais. Assim, o legado freudiano “esteve na origem de uma nova concepção da família ocidental capaz de lidar, à luz dos grandes mitos, não apenas com o declínio da soberania do pai, mas

<sup>111</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 612.

<sup>112</sup> VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, p. 52.

<sup>113</sup> FAMÁ, María Victoria. *La filiación: aspectos civiles, procesales y constitucionales*. 1ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 63.



também com o princípio de uma emancipação da subjetividade”<sup>114</sup>, por meio da qual surgiu a família afetiva.

Alçando o desejo a um novo *status*, a psicanálise justificou a monopolização do afeto pelo casamento, tendo a moral passado a exigir que o amor e a paixão, antes reservados aos amantes, fossem assumidos pelos esposos. Não é difícil imaginar o trabalho árduo que o legislador teria para evitar a desorganização familiar que as novas idéias freudianas traziam para o novo contexto social, devendo o desejo, segundo o Estado, ficar restrito aos enlaces conjugais.

A partir da fixação da monogamia sexual e a reprovação moral e legal de tudo o que está fora dela – inclusive os filhos ilegítimos – permitiu-se o aproveitamento da presunção de paternidade do marido, que dentro da lógica reducionista de família identificada apenas com o casamento, serviu a contento este projeto familiar. Na atualidade, porém, vários fatores, como, por exemplo, o exercício da sexualidade fora da vida conjugal e a pluralidade de arranjos familiares voltam a balançar os alicerces desta presunção.

Não menos importante como fator desestruturante da presunção, a possibilidade do mapeamento genético dos homens passou a ter defensores do mito injustificado de que a paternidade real é a ditada pelo vínculo consanguíneo.

No ordenamento jurídico nacional mais abalada ainda restou a presunção, com as interpretações do princípio da igualdade jurídica da filiação e do artigo 27 do ECA, a ponto de Zeno Veloso afirmar que

Com a Constituição de 1988 e as leis infraconstitucionais que vieram regular a matéria relativa à família, o quadro passou por uma revisão, como temos insistentemente alertado. A maioria da doutrina e dos julgados dos tribunais, com base no princípio da igualdade entre os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, vem entendendo que o descendente tem o direito de investigar a sua paternidade, sem limitação ou restrição alguma, pelo quê a presunção *pater is est*, para dizer o mínimo, está bastante enfraquecida, praticamente afastada<sup>115</sup>.

Com acerto o mestre paraense constata o declínio da presunção *pater is est*. No entanto, é preciso investigar, à luz da leitura unitária e sistemática do ordenamento, se debilitar tal presunção está ou não de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e, por consequência, da dignidade da pessoa humana.

Retomem-se, neste ponto, os argumentos favoráveis traçados pela doutrina majoritária para que os filhos dentro do casamento possam a qualquer momento investigar e negar a

---

<sup>114</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Ob. cit., p. 87 e 88.

<sup>115</sup> VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. Ob. cit., p. 75.

paternidade presumida e formada automaticamente com o nascimento do filho, da qual é signatário Gustavo Tepedino:

O fato é que, sob a ótica da Constituição, as ações de estado, expressão processual dos direitos da personalidade, são imprescritíveis. A pessoa humana poderá, a qualquer tempo ajuizar ação de impugnação da paternidade de molde a cancelar a presunção legal e, mediante a ação de investigação de paternidade – que poderá ser cumulada à ação negatória – determinar o vínculo biológico de filiação [...]

No que concerne às causas justificadoras da negação de paternidade, o mesmo raciocínio antes desenvolvido, amparado pelos princípios constitucionais de tutela da pessoa humana e do melhor interesse da criança, bem como na supremacia da pessoa sobre a unidade formal da família, autorizam a ampliação das provas a serem apresentadas em juízo, sendo de aceitar o exame de DNA, desconhecido do legislador do Código Civil mas que hoje não pode ser rejeitado na ação de impugnação de paternidade.

Diante de tais considerações, pode-se afirmar que as restrições do Código Civil não mais se justificam, seja no que tange à legitimação processual do próprio filho para a atribuição insincera da paternidade, seja no que concerne ao prazo para a propositura das respectivas ações, seja finalmente no que respeita ao material probatório a ser oferecido em juízo<sup>116</sup>.

Apesar da forte sedução da linha argumentativa no sentido de que o princípio da igualdade absoluta da filiação trouxe para os havidos na constância do casamento a oportunidade de descartar a presunção *pater is est*, tornando-o, portanto, “iguais”, não se pode entender que desta forma se concretize o melhor interesse da criança.

Em primeiro lugar, antes de tudo, deve-se afastar uma terrível confusão que se propalou entre legitimidade e presunção legal de paternidade. Enquanto legitimidade era a qualidade atribuída a quem fosse concebido na constância do casamento, e, portanto, com forte carga discriminatória na sistemática do Código revogado, pela exclusão dos não legítimos, a presunção de paternidade é uma consequência prevista em lei para, a partir de um fato conhecido – o casamento – se presumir outro desconhecido – a paternidade.

Aliás, nosso sistema jurídico está recheado do uso de presunções legais, como a *pater is est*, – regras de direito – e de presunções comuns (*hominis* ou *facti*) – enunciados do juiz na apreciação da prova –, porque muitas vezes é necessário ser feito um juízo conjectural, com base em indícios, estabelecendo-se o que seja provavelmente a verdade, pela impossibilidade ou indesejada e insegura pesquisa da chamada verdade “real”<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Direito de Família Contemporâneo*: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Ob. cit., p. 559 e 560.

<sup>117</sup> O uso das presunções legais está previsto no artigo 334, IV, do atual Código de Processo Civil: “Não dependem de prova os fatos: IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Consoante Leonardo Greco as presunções podem ser legais ou simples. “Aquelas, resultantes da lei, por sua vez, podem ser absolutas ou relativas. As absolutas geram a certeza incontestável da existência do fato presumido, desde que provada a presunção. As relativas dispensam aqueles que alegam o fato presumido da produção de qualquer outra prova, exceto da própria presunção, mas invertem o ônus da prova, permitindo que o adversário ilida a eficácia da presunção através da produção de prova concreta da inexistência do fato presumido. As presunções simples, humanas ou judiciais, são as ilações ou inferências extraídas com base em raciocínio indutivo a respeito da existência de algum outro fato probando a partir da prova da existência de algum outro fato que com aquele guarda alguma correlação, de acordo com as máximas da experiência comum”. (GRECO,

Isso quer dizer que a ciência jurídica se utiliza de presunções por força de uma necessidade social imperiosa de que a realidade não se capta sempre com a prova direta dos fatos. O juiz, na sua tarefa de apreender e conhecer os fatos que se passam na realidade, é auxiliado pela lei com as presunções de direito e com as regras sobre o ônus probatório, restando ainda um enorme campo de matéria fática a desafiar a busca por provas. No entanto, parte desta realidade já é apreendida em lei por meio do raciocínio e desenvolvimento técnico-científico do homem, que amparado pela lei de causalidade, consegue estabelecer como regras de direito o que normalmente acontece na vida real, simplificando-a. É nesta tarefa de conferir estabilidade, economia e segurança que as presunções legais, dentre elas a de paternidade, auxiliam a ciência jurídica. E não há nisso um descaso com a realidade, mas antes, uma predefinição conjectural do que nela ordinariamente acontece.

Dentre as presunções legais, em que se insere a de paternidade, outra importante classificação se apresenta, com a divisão entre as presunções vencíveis e discutíveis, chamadas por isso de relativas (*iuris tantum*) e as invencíveis e peremptórias (*iuris et de iure*) e, portanto, absolutas, inafastáveis por prova em contrário.

Segundo Orosimbo Nonato, porém,

[...] Com a distinção tradicional entre presunção *iuris tantum* e *iuris et de iure* não se exaure a classificação dessa figura jurídica. Entre umas e outras [...] acham-se as que Pontes de Miranda e Alves Moreira chamam de *intermédias*, porquanto a lei, sem excluir completamente a prova em contrário, só a admite em condições especialmente determinadas<sup>118</sup>.

Eis a hipótese da contestação da legitimidade dos filhos da mulher casada na vigência do Código revogado. Destarte, conforme visto no capítulo 1, além da legitimidade da contestação ser restrita a figura do marido, ela não poderia ter qualquer outro fundamento que não as hipóteses do artigo 340 – impossibilidade física de coabitação nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300 que houvessem precedido ao nascimento e separação legal – o que, tornava a presunção *pater is est* mais do que uma presunção *iuris tantum* e menos do que uma presunção *iuris et de iure*.

Essa severidade na defesa da presunção de paternidade não se manteve na legislação ordinária em vigor. O sistema de causas livres de impugnação da paternidade aliado a

---

Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao Novo Código Civil. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 379).

<sup>118</sup> NONATO, Orosimbo. Presunções e ficções de direito. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* por J.M. de Carvalho Santos. Volume XXXIX. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s.a., p. 136-138.

imprescritibilidade desta ação fez desaparecer sua classificação como intermédia, deslocando-a para o grupo das relativas (*juris tantum*), tornando-a, pois, uma presunção legal mais fraca.

Portanto, claro está que enquanto a paternidade *legítima* era uma qualidade, um *status*, uma posição jurídica privilegiada de filiação, a *presunção*, seja ela qual for, é um meio de prova, que em nada desqualifica quem dela se vale ou quem ela não alcança<sup>119</sup>, sendo os efeitos da filiação independentes da fonte formal (lei, vontade ou sentença) que o direito recorre para estabelecê-la.

Estabelecida a premissa de que legitimidade e presunção são conceitos inconfundíveis, outro engano que precisa ser remediado, em segundo lugar, é o da imprestabilidade da presunção *pater is est* engendradora, de acordo com o discurso recorrente, à serviço da família legítima, preocupada com o expurgo dos filhos havidos fora do casamento, a honra e a paz doméstica e com a perpetuidade da transmissão do patrimônio, dentro da lógica individualista oitocentista.

Ainda que se concorde que o reavivamento da presunção nas Codificações oitocentistas pode ter tido como mira “a paz doméstica” e a honra marital, é preciso atentar que, em última instância, filhos e pais estabelecem seus vínculos, não apenas em razão de um discurso jurídico e institucional, mas porque na maioria das vezes, o marido da mãe é verdadeiramente o pai da criança. Nesse sentido, Zeno Veloso defende a utilidade da preservação da presunção em nosso sistema:

Atente-se para que, na maioria das vezes, em quase todos os casos, o marido da mãe não é o pai só por causa de uma ficção legal, ou em razão de uma regra jurídica que assim proclama. O marido da mãe, quase sempre, é, mesmo, o pai da criança, porque vive, convive, dorme e acorda com a esposa, mantendo com ela relações sexuais, geralmente exclusivas. Além disso tudo, o marido da mãe estabelece um laço psicológico com a criança, tratando-a como filho e este tratando-o, amando-o, respeitando-o como pai.

No marido da mãe, em regra, coincidem a paternidade jurídica, a paternidade biológica e a paternidade sócio-afetiva.

Relativizar, atenuar, moderar o *pater is est* não significa que tal presunção possa ser descartada por qualquer pessoa, a todo o tempo, o por qualquer razão ou motivo, muito menos sem motivo ou razão. Este é um ponto que exige muita circunspeção, cuidados, serenidade, até porque o direito, especialmente o direito de família, não transige com alterações tramadas, simplesmente, pelo gosto das novidades e é infenso a proposições extravagantes, desproporcionais, que deliram na frente do bom senso e da razão<sup>120</sup>.

Com idêntico posicionamento, Heloisa Helena Barboza dá suporte à manutenção da presunção afirmando que “(...) há de se compreender esse efeito não mais no interesse da segurança das relações familiares, da estabilidade da “paz doméstica”, mas sim na

<sup>119</sup> Essa a posição de Heloisa Helena Barboza no trabalho “O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil”. Ob. cit, p. 121 e 122.

<sup>120</sup> VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. Ob. cit, p. 68.

*probabilidade* de ser o marido o autor da fertilização de sua mulher, visto manterem vida em comum, regida por deveres legalmente fixados”<sup>121</sup>

Luiz Edson Fachin também ressalta que a presunção *pater is est* apresenta um sentido técnico, dentro do processo, a favor do filho que não precisa prová-la, cabendo o ônus probatório ao pai que quiser negá-la e outro ideológico, “dirigindo-se no rumo de proteger a criança que, nascida de mulher casada, tem uma paternidade automaticamente estabelecida, gozando dos benefícios daí decorrentes, como é o dever de sustento”<sup>122</sup>.

Por outro lado, se ratificada a teoria de que a presunção *pater is est* é fruto de uma concepção ideológica e axiológica ultrapassada, e, por isso, deve-se proceder ao ser descarte, estar-se-á chancelando a dificuldade para os filhos havidos dentro do casamento, de provar sua paternidade a partir de uma presunção lógica e, que por ser relativa, admite prova em contrário<sup>123</sup>. A presunção relativa de paternidade não é assim, como vulgarizada por muitos, no afã de consolidar, certamente, o princípio da absoluta igualdade entre todos os filhos (ainda que de forma distorcida) uma paternidade hipócrita e irreal<sup>124</sup>.

Por suposto, a família matrimonializada e patriarcal era sim, muitas vezes, hipócrita, porque se respaldava em regras jurídicas que lhe autorizava, como numa espécie de salvo conduto, a não formar outras paternidades. Se era a lei quem definia juridicamente a paternidade, também, destarte, era quem definia a não paternidade, por meio das vedações ao reconhecimento espontâneo e coativo, preocupação central do legislador de 1916. Aí estava o cerne da hipocrisia da família-instituição: a não formação da paternidade em muitos casos – os *não filhos* – e, não, na formação da paternidade havida dentro do casamento.

Essas hipóteses, as de não paternidade do legislador pretérito, que o princípio constitucional da igualdade absoluta da filiação já deu cabo há mais de 20 anos, é que se deve rejeitar. Reversamente, as regras de facilitação e proteção no estabelecimento e segurança da paternidade devem ser mantidas, pois desprezá-las significa contrariar outro princípio vetor do sistema, o do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra da presunção *pater is*

<sup>121</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. Ob. cit., p. 123.

<sup>122</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da paternidade e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 36.

<sup>123</sup> “Não seria razoável dificultar-se a prova para os filhos havidos do casamento, mesmo diante de fatos conhecidos que tornam bastante provável sua paternidade, autorizando a manutenção da presunção legal que, por ser relativa não impede a prova contrária por parte do marido”, BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. Ob. cit., p. 124.

<sup>124</sup> Em sentido oposto, a opinião de Gabriela Tabet: “Não se estará atendendo ao superior interesse da criança e à proteção de sua dignidade com apenas presunções, ficções jurídicas. Deve-se-lhe assegurar o direito de perquirir acerca de sua ascendência, sem o predomínio de verdades somente legais”. TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 6, vol. 22, abril a junho de 2005, p. 89. Sobre a diferença entre formação do estado de filiação e direito ao conhecimento da origem genética permita remeter o leitor ao capítulo 3.2.3 *infra*.

*est*, longe de ser uma hipocrisia, representa na maior parte dos casos o que comumente acontece na vida real. Com assiduidade a paternidade jurídica, biológica e socioafetiva estão reunidas, sendo a fragmentação uma exceção, pelo menos ainda, que não pode tomar o lugar do que é ordinário. Caso contrário, deve-se legislar a partir de exceções.

Poder-se-ia argumentar que a manutenção da presunção legal nas hipóteses de separação de fato prolongada entre a mãe e o marido e, a superveniência de convivência estável entre esta e um terceiro companheiro conduzia a uma paternidade fictícia, principalmente, diante da consolidação da posse de estado de filho por este e os filhos da mãe.

Ora, nestes casos, a hipocrisia da paternidade ocorria porque entre o vínculo matrimonial e a comunhão de vida plena havia um descompasso. Os moldes da presunção legal foram arquitetados e, apenas se justificam, quando vínculo matrimonial e *affectio maritalis* mantêm-se unidos, pois do contrário a presunção de coabitação e de concepção, sobre as quais se ergueu a de paternidade, cai por terra. Assim, a presunção de paternidade está subordinada à convivência marital, que a separação de fato – situação sociológica e não jurídica – ao pôr fim deflagra uma crise na formação do principal parentesco familiar. Com isso, não há na engenharia da presunção legal nenhuma falha que permita seu desprezo, sendo, porém, necessária a intervenção do legislador para estabelecer critérios de sua cessação<sup>125</sup>.

<sup>125</sup> A cessação dos efeitos da presunção legal de paternidade já foi regulada em outros ordenamentos jurídicos, como o português, em que a lei não impõe a presunção legal de paternidade do marido, embora a concepção tenha ocorrido durante a constância formal do casamento em alguns casos estabelecidos nos artigos 1829º e 1832º, conforme doutrina de Guilherme de Oliveira. (*Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 178-215).

Para tanto conferir Código Civil Português:

“Artigo 1829.º (Filhos concebidos depois de finda a coabitação)

1. Cessa a presunção de paternidade se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges, nos termos do número seguinte.

2. Considera-se finda a coabitação dos cônjuges:

a) Na data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento;

b) Na data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosos, ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação;

c) Na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida.

Art. 1832.º. (Não indicação da paternidade do marido)

1. A mulher casada pode fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido.

2. A declaração prevista no número anterior faz cessar a presunção de paternidade.

3. Cessando a presunção de paternidade, no caso previsto no n.º 2, pode, desde logo, ser aceite o reconhecimento voluntário da paternidade.

4. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, não são admissíveis no registo de nascimento menções que contrariem a presunção de paternidade enquanto esta não cessar.

5. Se a mãe fizer a declaração prevista no n.º 1, o poder paternal só caberá ao marido quando for averbada ao registo a menção da sua paternidade.

6. Quando a presunção de paternidade houver cessado nos termos do n.º 2, é aplicável o disposto no artigo 1831.º”.

Disponível em: <http://www.portolegal.com>. Acesso em 18.05.2011.

Também a lei francesa prevê hipótese de cessação dos efeitos da presunção de paternidade no Artigo 313 (Alterado pela Lei n.º 2.009-61 de 16 de janeiro de 2009): “La présomption de paternité est écartée lorsque l’acte de naissance de l’enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l’enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l’homologation de la convention réglant l’ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l’article 250-2, (...)soit de l’ordonnance de

Por outro lado, ainda se pode sustentar que o prazo reduzidíssimo de 02 ou 03 meses para a impugnação da paternidade poderia igualmente cancelar uma situação irreal, nas hipóteses de filiação adulterina *a matre*. Isso porque, conforme conclusão de Guilherme de Oliveira “se a impugnação da paternidade presumida é fácil, a paternidade jurídica tende a coincidir com a paternidade biológica; se a lei restringe o direito de impugnar, então a paternidade jurídica é imposta pelo sistema, embora em alguns casos o marido não seja, provavelmente, o pai real”<sup>126</sup>. A restrição e a dificuldade à impugnação da paternidade podem, ao invés, tornar a paternidade mais verdadeira à medida que se toma consciência de que paternidade e identidade genética não são sinônimos, sendo a chave desta solução a posse de estado de filho, tema a ser apreciado no capítulo 2.3. De forma que, a hipocrisia da paternidade, muitas vezes, está na fixação da paternidade apenas com base no vínculo biológico.

Assim, na esteira da lição de Heloisa Helena Barboza, se o estabelecimento da paternidade e da não paternidade no Código Civil de 1916 estava concatenado a valores outros que não o melhor interesse do filho – o matrimônio, a paz doméstica e a autoridade parental – no Código Civil de 2002, por dever de reflexo da carga axiológica da Constituição Federal, o foco migrou da família-instituição para o filho e, por decorrência, o estabelecimento de sua paternidade, com a qual a presunção coopera e facilita.

Sabe-se que com o estabelecimento automático da paternidade gerado por essa presunção a um só tempo constrói-se à identidade da criança com a aposição do nome de família, protege-se seu estado de vulnerabilidade sob os inúmeros deveres do poder familiar, dentre eles o direito mais primário da vida física de ser alimentado, guardado e cuidado e, também direitos sucessórios, a revelar como os filhos são também pelo aspecto patrimonial a “continuidade” de seus pais.

Ao revés, se se concorda com a eliminação da presunção legal de paternidade ou seu atroz enfraquecimento, também os filhos havidos no casamento passariam a depender do reconhecimento voluntário do marido da mãe ou, ainda pior, do coativo produzido no longo e desconcertante trâmite da investigatória de paternidade. Logicamente, essa posição não pode de nenhuma forma representar para eles o seu melhor interesse. Quanto mais instável e

---

non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation” (tradução livre da autora: A presunção de paternidade é afastada quando a certidão de nascimento da criança não designar o nome do marido como pai. Ainda é afastada, no caso de divórcio ou de separação de corpos, quando a criança nasce após 300 dias contados da data da homologação do acordo regulando as consequências do divórcio ou das medidas provisórias tomadas em conformidade com o artigo 250-2, seja da prescrição de não conciliação, antes de cento e oitenta dias da rejeição definitiva da demanda ou da reconciliação).

<sup>126</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Ob. cit., p. 47.

insegura for a formação do estado de filiação mais distante fica-se do melhor interesse da criança e, por conseqüência, da proteção da dignidade da pessoa humana. Há, sem dúvida, um interesse social de que todos tenham pai, o que se visualiza no caráter público e indisponível das regras da filiação<sup>127</sup>.

No mais, possuírem os filhos havidos no casamento uma presunção legal como facilitadora da formação do *status* filiatório, mesmo porque inexistente outro instrumento que estabeleça automaticamente a paternidade, não significa de forma alguma haver uma hierarquia entre os dois modelos de filiação. Os efeitos produzidos em ambos os modelos são exatamente idênticos. Apenas para os havidos dentro do casamento há um meio mais célere e seguro, cujo desprezo, ao contrário do sustentado por essa doutrina, representa uma violação ao melhor interesse de quem pode nele se inserir.

Nesse ponto, cabe uma digressão sobre o objetivo da Constituição Federal ao consagrar o princípio da igualdade da filiação no artigo 227, §6º: assegurar a paternidade para quem dela estivesse privado, *in casu* os filhos fora do casamento, por séculos desprovidos de amparo jurídico, com quem o ordenamento jurídico estava em pesado débito ou assegurar a pesquisa da paternidade biológica para os filhos presumidos ou ambos?

Crê-se que o constituinte quis de uma vez por todas firmar a igualdade como identidade de oportunidades. Explica-se: tanto os filhos havidos dentro do casamento quanto os filhos havidos fora do casamento, por serem pessoas humanas com igual dignidade, devem ter o mesmo acesso à formação de sua paternidade, não podendo haver regras impeditivas da formação de seus *status* civis. Desta feita, todos, sem distinções, podem desfrutar direitos e posições subjetivas afetos ao estado civil individual, como casar-se, divorciar-se, ter ou ser mãe e pai jurídicos, biológicos ou não, sem restrições baseadas em fatores externos ao sujeito. Essa igualdade nada mais é do que consagração do princípio também fundamental da liberdade de ser e desenvolver sua personalidade e identidade com iguais oportunidades não restringidas por uma ordem legal. De fato, nenhum sistema jurídico pode impedir que cada ser humano, enquanto filho, forme esse estado civil com base em sua particular história de vida, interferindo positiva ou negativamente em seus destinos, concedendo ou retirando-lhes oportunidades, principalmente, quando elas deitam raízes na esfera privada do indivíduo, onde as verdadeiras relações são consolidadas.

---

<sup>127</sup> “A utilidade do princípio é flagrante: suprime a necessidade de o filho de mãe casada investigar sua filiação paternal. A existência do vínculo do casamento com a mãe atribui, de pleno direito, a paternidade ao marido”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 91).



Este foi o sentido da consagração do princípio da igualdade absoluta da filiação: garantir a extensão dos efeitos do livro filiatório a todos os filhos, sem valorar suas histórias de vida e distinguir onde a moral coletiva não mais permitia que houvesse diferenças. No entanto, uma interpretação apressada e deturpada desse princípio, acabou por estender aos filhos presumidos o direito de investigar suas paternidades biológicas com alteração do *status filiae*.

Em severa crítica a essa posição, João Baptista Villela afirma que o transplante do direito de investigar a paternidade à esfera dos filhos agraciados com a presunção *pater is est* é “um dos mais tenazes equívocos na leitura da Constituição”<sup>128</sup>. Segundo o autor o direito de investigar a paternidade cabe a todos que não tenham pais, pois estendê-lo aos filhos havidos dentro do casamento seria rebaixá-los, com desprezo de toda a história de valores e normas que informaram o direito de filiação. Aliás, se este direito fosse estendido aos filhos matrimoniais por que manter a presunção *pater is est* no artigo 1.597 do atual Código Civil? Se igualar significa desprezar as diferenças inafastáveis no estabelecimento da filiação no modelo dos filhos havidos dentro e fora do casamento, admitir-se-á que a Constituição restringiu os direitos de quem já tinha pai, ou seja, permitiu um retrocesso.

Desta forma, retirar a presunção *pater is est* do sistema da filiação, ou fragilizá-la ao ponto de se conferir ao filho presumido o direito de investigar a paternidade a qualquer tempo, não representa igualar os filhos matrimoniais e extramatrimoniais, mas inferiorizar os direitos daqueles em uma retrogradação sem sustento<sup>129</sup>.

Em continuidade, João Baptista Villela sustenta que o modelo constitucional da filiação não expandiu nem restringiu o alcance e a extensão da regra derivada da presunção *pater is est*, até porque a função de delimitar a sua amplitude é do legislador ordinário<sup>130</sup>. Deveras, a Constituição diretamente não cuidou da legitimidade para a impugnação da presunção de paternidade decorrente do matrimônio, dos prazos e das causas para derrubá-la, tarefa, por óbvio, do legislador infraconstitucional.

No entanto, a doutrina majoritária prevalecente entendeu que a Constituição Federal, por sua incidência imediata sobre todo o sistema, enfraqueceu a força da presunção *pater is est*, da qual é emblemática a posição sustentada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A Constituição Federal de 1988 não extinguiu a presunção *pater is est*, tal como estruturada no Código Civil, apenas modificou seu perfil, com a atenuação do absolutismo reservado ao marido quanto à iniciativa para impugnar a filiação, a relativização dos motivos e causas para

<sup>128</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições, Ob. cit., p. 130 e 131.

<sup>129</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições, Ob. cit., p. 130-131.

<sup>130</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 133.

negar a paternidade e, finalmente, alterou – mas não extinguiu os prazos de desconstituição de tal paternidade-filiação. Daí a preservação do modelo peculiar de filiação matrimonial, no que toca ao reconhecimento legal do vínculo parental<sup>131</sup>.

Diante dessas posições, entende-se que com relação à formação do estado de filiação a única leitura constitucional que se pode aceitar do princípio do melhor interesse da criança é a de que tão logo nasça um filho, sua paternidade se estabeleça de pleno direito, por força de lei, a dispensar declaração de vontade ou sentença. A presunção *pater is est* deixa assim seu pedestal de exclusividade do sistema de estabelecimento de filiação, mas isso não significa que se deva desconsiderá-la invariavelmente.

Outro argumento pode ainda confirmar que o princípio da igualdade absoluta da filiação não fragilizou a presunção legal a ponto de todos os filhos matrimoniais poderem investigar, a qualquer tempo, sua paternidade biológica. Isso porque a preponderar essa interpretação formalista e reducionista do princípio da igualdade, não deveria ser aos filhos adotivos também estendido o direito de investigar a paternidade? A resposta é prontamente negativa face ao princípio da irrevogabilidade da adoção! E isso é a prova irrefutável de que o princípio da igualdade absoluta da filiação convive em harmonia com os modelos de filiação a partir do casamento, fora do casamento e através da adoção. É preciso desmistificar que, com o advento do mapeamento do código genético, e, a repulsa sócio jurídica dos valores anacrônicos da paz e honra familiar, a paternidade se tornou um dado biológico e os critérios jurídicos de atribuição de filiação possam ser descartados. Para o predomínio absoluto da verdade biológica seria necessário acabar com a figura milenar do casamento e da adoção, o que levaria o Direito de Família a construir novas bases.

Por outro lado, não se pode ignorar que se a presunção legal é um instrumento, repita-se, o único que forma automaticamente o mais importante vínculo de parentesco do grupo familiar, seu rigor inicial trouxe distorções à medida que a configuração da família se modificava, desafiando os Tribunais, muito antes de a Constituição Federal vigente consagrar o princípio da igualdade absoluta da filiação.

Desde a década de 60 do século passado, em razão de um novo ingrediente nas famílias – a chamada separação de fato ou separação irregular –, houve uma revisão no estado de coisas vigente. Eis um novo desafio na conformação da paternidade: manter ou não a presunção de paternidade do marido quando a esposa separada de fato, em união estável com terceiro, de seu companheiro engravida? Teria o filho o direito de investigar sua paternidade ou apenas o marido, único legitimado, poderia pela via da negatória contestar a paternidade?

---

<sup>131</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação*. Ob. cit., p. 428.

Diante desses novos fatos, em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal, obediente à dogmática legal, não admitiu as investigatórias, sem prévia contestação da paternidade pelo marido, conforme é emblemática a ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº. 36.604 julgado em 11.08.1958:

Adulterino *a matre*. A presunção legal, *pater is est* [...] só se desfaz por iniciativa do marido, ao contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher na constância do casamento. A lei nº. 883, de 21 de outubro de 1949, só autoriza a investigação dos adulterinos *a patre*<sup>132</sup>.

Todavia, em um segundo momento, nas hipóteses de separação de fato prolongada entre a mãe e o marido, foram acolhidas as investigatórias mesmo contra o texto da lei de 1916, conforme se extrai do julgado do Recurso Extraordinário nº. 58.559 julgado em 20.03.1967:

Filiação Adulterina *a matre*. Casal separado, de há muito, ao tempo da concepção. Admissibilidade da investigatória de paternidade, mesmo sem contestação formal do pai presumido. 2)Precedentes: RE 44.532 (1965), RE 46.135 (1962), RE 51.269 (1963), RE 56.161 (1965), RE 56.684 (1964), RE 60.449 (3.4.1967)<sup>133</sup>.

Digno de nota nesses julgados é a observação de que o Supremo Tribunal acolhia as investigatórias não pela ausência de liame genético, mas antes pela inexistência de qualquer vínculo afetivo entre o marido da mãe e seus filhos, ligados afetivamente ao terceiro, pai investigado e pela forte probabilidade de não ser o marido o pai<sup>134</sup>. Assim, a corte superior, mesmo sem previsão da posse de estado de filho no texto de lei, passou a utilizá-la como critério nas ditas investigatórias.

Outro fato que passou a ser considerado para fins de investigação da paternidade – ao lado da separação de fato – foi a omissão pelo marido, na ação de desquite, do nome dos presumidos filhos, considerado pelo Tribunal Superior um forte indício de ausência de paternidade, conforme menciona a ementa do Recurso Extraordinário nº. 86.272

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 36.604/RS. Julgado em 11.8.1958. Em igual sentido conferir também RE 26.535 julgado em 8.11.1954; RE 41.450 julgado em 10.12.1959; RE 42.760 julgado em 29.09.1959; RE 46.838 julgado em 07.08.1961; RE 48.515 julgado em 24.11.1964; RE 54.891 julgado em 24.11.1964. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.05.2011.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 58.559-SP. Julgado em 20.03.1967. Em igual sentido conferir também RE 54.891 julgado em 24.11.1964; RE 56.684 julgado em 10.08.1964; RE 56.892 julgado em 16.6.1965; RE 63.220 julgado em 23.08.1971; RE 64.187 de 05.10.1972; RE 64.445 julgado em 15.09.1965; RE 71.474 julgado em 14.04.1972; RE 72.644 julgado em 3.12.1971; RE 78.877 julgado em 23.08.1974; RE 80.751 julgado em 02.12.1975; RE 80.805 julgado em 24.04.1976. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.05.2011.

<sup>134</sup> Esta observação é de Luiz Edson Fachin que atesta: “A separação de fato, contudo, não se apresenta sozinha; junto com ela se encontra a inexistência de qualquer relação afetiva entre o marido da mãe e o filho desta. Essa ausência de vínculo afetivo é atestada pelo comportamento do pai presumido que revela repúdio da paternidade. Estando os cônjuges separados de fato, o marido da mãe (por não ser o pai verdadeiro da criança, embora seja seu “pai jurídico” por força da presunção *pater is est*), *por atos ou omissões* torna visível a sua não paternidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 124).

Ação de alimentos. Filhos adulterinos a *matre*. Não há razão para exigir-se que o ex-marido da mãe das crianças conteste a paternidade dos alimentados, para que só depois ela possa solicitar alimentos de outrem, como pai dos menores. A contestação do ex-marido não se faz necessária, porque a presunção de paternidade estabelecida no art. 337 do Código Civil resultou afastada pelos registros de nascimento, omissos quanto ao nome do marido da mãe e, bem assim, pela falta de qualquer referência dos alimentandos no desquite. Recurso extraordinário não conhecido. Voto vencido<sup>135</sup>.

Dentro da lógica do sistema clássico da filiação, mesmo nas hipóteses em que a mãe registra seu filho e omite o nome do marido no registro da filiação, por dele já estar separado de fato e saber que o pai é terceiro, em razão da manutenção formal do casamento incide a presunção legal *pater is est*. Tal presunção só pode ser afastada, nos termos da lei de 1916 e de hoje, por iniciativa do marido, o que demonstra um forte descompasso entre a letra da lei e a jurisprudência nacional já solidificada há décadas. Nesse sentido não deveria ter o legislador de 2002 criado uma regra diferenciada para as hipóteses em que a mãe, separada de fato por longo decurso de tempo, omite o nome do pai e marido no registro de nascimento, configurando uma hipótese de cessação da presunção de paternidade legal?<sup>136</sup>

Interessante notar é que o Supremo Tribunal Federal não relativizou as causas do artigo 340 do Código Civil revogado, tampouco ampliou a legitimidade contestatória, mas através de outro caminho, mais simples e direto – as investigatórias –, acabou por amparar as demandas dos filhos adulterinos *a matre*, que chegaram por este atalho ao seu objetivo<sup>137</sup>.

Em outras palavras, não se abrandou diretamente o rigor na verificação do cabimento das negatórias, mas se permitiu que os filhos investigassem suas paternidades, quando em flagrante confronto com a presunção legal. Com desapego à estrutura, o Supremo Tribunal Federal, na jurisprudência consolidada das investigatórias de filhos adulterinos *a matre*, chegou a mesma função na solução de conflito de paternidade. Sem ataque direto à presunção legal, pela via oblíqua da investigatória, a ilidiu. Mas será que um fato diagnosticado pela doutrina e pelos julgados como separação de fato pode por si só substituir uma ação judicial específica, como a negatória de paternidade?

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 86.272-SE. Julgado em 08.11.1967. Em igual sentido conferir também RE 40.488 julgado em 18.12.1958 e RE 63.914 julgado em 19.09.1969. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.05.2011.

<sup>136</sup> A regra do artigo 1.601 do Código Civil como já visto diz competir *privativamente* ao marido a ação negatória de paternidade. Até que ponto não seria conveniente a mãe no momento do registro da maternidade declarar ao oficial do registro a separação de fato prolongada e o nome do pai a fim de se evitar concorrências de paternidade e mais uma ação futura de acerto de paternidade?

<sup>137</sup> No julgamento do RE 105.535 em 30.08.1985 no voto do Ministro Djaci Falcão manteve-se o acórdão recorrido o qual já havia negado provimento a negatória restando consignado que “Esclareço, outrossim, que mesmo que pudesse se ter como alegada a violação do art. 340 do C. Civil, tal argumento não socorreria o recorrente. Isso porque, consoante ponderou ao aresto recorrido na espécie, o autor convivia com a esposa ao tempo da concepção e nascimento da menor repudiada. Essa convivência legal sob o mesmo teto afasta a possibilidade da impugnação de paternidade não amparada nos fatos apontados nesse artigo 340 do Código Civil, cuja enumeração é taxativa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 105.535, julgado em 30.08.1985. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.05.2011.

Luiz Edson Fachin em sua tese de doutoramento defendida em 1992 ao traçar uma análise crítica do critério construído pelo Supremo Tribunal Federal evidencia que a Corte Suprema não distinguiu em seus precedentes as hipóteses de cessação da presunção e o ataque à presunção, bem como não construiu os contornos que permitam extrair com exatidão a noção de posse de estado de filho, adotada em vários de seus julgados, com repúdio da paternidade biológica. Eis sua conclusão crítica sobre esse tema:

Concluiu-se, de qualquer modo, que se rompeu com o sistema de promoção jurídica da não paternidade, previsto no Código Civil, mas sem organizar um novo conjunto de princípios básicos a orientar o afastamento e a cessação da presunção, tanto assim que utilizou-se da via oblíqua da investigação de paternidade e do reconhecimento condicionado de filho havido fora do casamento para atingir equivalente resultado passível de ser obtido através da contestação específica pelo marido. Esse rompimento não foi expressamente assumido. Isso explica porque se faz ordinariamente nos julgamentos referência à contestação de paternidade como se estivesse seguindo sempre o sistema do Código Civil. Essa referência, contudo, reflete uma obediência apenas aparente, uma elegância *iuris*<sup>138</sup>.

Desta forma, “sem organizar um novo conjunto de princípios básicos a orientar o afastamento e a cessação da presunção de paternidade”<sup>139</sup>, o Supremo Tribunal Federal inaugurou o que constituiria o fenômeno do afastamento da presunção legal de paternidade rumo à busca da identidade biológica.

Enfim, diante da possibilidade de os filhos adulterinos *a matre* investigarem sua paternidade, independentemente da contestação do marido – pai presumido – a Suprema Corte “derrogou” o sistema de contestação de paternidade arquitetado pela lei.

Com a transmissão da competência da interpretação de matéria infraconstitucional para o Superior Tribunal de Justiça, esta Corte Superior, admitindo a própria negatória de paternidade fora das hipóteses específicas do artigo 340 do Código Civil revogado, enfraqueceu ainda mais a força da presunção *pater is est*.

No julgamento do REsp 4.987-RJ interposto em ação negatória, o voto do Min. Relator Sálvio de Figueiredo prevaleceu com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal supracitada nas hipóteses de ações investigatórias, nos seguintes termos:

[...] embora os paradigmas não se afeiçoem à inteiras, quanto às bases fáticas, ao caso ora em julgamento, indubitosa se me afigura a semelhança das teses postas em apreciação, particularmente em relação ao paradigma do Supremo Tribunal Federal (RE 80.805-PR, relator o Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 78/534), em cuja ementa se lê: ‘Investigação de paternidade. Adulterino a *matre*. Admitindo-se, em princípio, a investigatória, independentemente de contestação, contenciosa da paternidade pelo pai presumido, é correta a decisão que, consideradas as circunstâncias do caso, entende não se dever trancar a ação no despacho saneador. Votos vencidos. Recurso extraordinário não conhecido’. Consoante naqueles arestos se lê, as teses não eram a mesma versada antes. Mas se evidencia a sua afinidade, especialmente quando aproximam as espécies em torno da busca da verdade real, através de instrução plena a realizar-se nas instâncias ordinárias, recordada a sempre atual

<sup>138</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 146.

<sup>139</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 17.

lição de Lessona, para quem todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, estaria em substituir a verdade ficta pela verdade real. [...] O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpante, à qual o novo Direito de Família prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se<sup>140</sup>. (grifou-se)

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça passou a caracterizar como dissídio jurisprudencial, não entendimentos diversos proferidos em outras ações negatórias de paternidade admitidas fora das causas previstas no artigo 340 – separação judicial e impossibilidade de coabitação física –, mas decisões proferidas em investigatórias de paternidade julgadas pelo Supremo e aqui citadas. Investigatória e negatória de paternidade foram consideradas ações fungíveis. Havia sido dado início a busca da “verdade real” nas ações de estado de filho.

Com o posicionamento de os pais poderem negar a filiação sem mais causas, mas apenas com base na possível ausência de vínculo biológico, por outro lado, os filhos havidos no casamento puderam, através de investigatórias, negar suas paternidades presumidas. Assim estavam abertas as portas do judiciário para o ataque e declínio da força da presunção legal de paternidade seja pelo ajuizamento pelos filhos presumidos de investigatórias seja pelo ajuizamento pelos pais de negatórias.

A partir do princípio da igualdade absoluta da filiação e, por consequência, do direito de investigação ampla de paternidade para os filhos extramatrimoniais, a doutrina e os Tribunais estenderam-na para os filhos presumidos, com base em uma falsa impressão de que a proteção jurídica destes havia restado pior e, mais restrita, do que a dos filhos extramatrimoniais. Os filhos matrimoniais, até então favorecidos, não teriam mais que se “comprazer” com a presunção *pater is est*, correspondesse ela a verdade biológica ou não, parecendo haver uma mudança de ponta a cabeça de possibilidades na formação do estado de filiação.

Essa leitura distorcida se percebe no julgamento do Recurso Especial 119.866 de relatoria do Ministro Waldemar Zveiter que destacou:

Com efeito a evolução do direito de família torna cada vez mais inaceitável a presunção *pater is est*, mormente quando a própria Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram igualdade de filiação de qualquer natureza, certo é que tanto o reconhecimento espontâneo quanto o provocado por iniciativa do interessado são permitidos. Nesses casos, pela própria natureza do direito perseguido a verdade real deve prevalecer sobre a jurídica eis que o que se busca é a verdadeira paternidade, não se admitindo que a mera presunção possa se sobrepor a realidade. [...]

A própria Constituição (Art. 226, §6º), proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, enquanto à Lei 6.015/73 saliente que ‘as questões de filiação legítima ou

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 4.987-RJ. DJ de 28.10.1991. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13.05.2011. Em igual sentido conferir também REsp 195.527 julgado em 10.4.2000; 184.151-SP julgado em 10.11.1997 e REsp 114.589-MG julgado em 15.10.2001.

ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento' (art. 113)

Dessa forma, nada obsta que a ação investigatória prossiga, cujo êxito, obviamente, dependerá da prova produzida.

A doutrina mais moderna ressalta que a dimensão exclusivamente jurídica da paternidade é um conceito aprisionado e ultrapassado pela dinâmica das relações sociais<sup>141</sup>. (grifou-se)

Essa é a tendência que se firmou nas últimas duas décadas e que se retrata hoje na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de forma muito mais abrangente. O fundamento original da questão da separação de fato – utilizado como causa para o afastamento da presunção legal em decisões do Supremo Tribunal Federal – tornou-se desimportante. Cristalizou-se o entendimento de que a investigação da paternidade é um direito de todo filho, mesmo que presumido, da qual a ementa seguinte é paradigmática:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATÓRIA DE FILIAÇÃO. PETIÇÃO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. ECA.

O filho nascido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação para identificar seu verdadeiro ancestral. A restrição contida no Art. 340 do Código Beviláqua foi mitigada pelo advento dos modernos exames de D.N.A.

A ação negatória de paternidade atribuída privativamente ao marido, não exclui a ação de investigação de paternidade proposta pelo filho contra o suposto pai ou seus sucessores.

A ação de investigação de paternidade independe do prévio ajuizamento da ação anulatória de filiação, cujo pedido é apenas consequência lógica da procedência da demanda investigatória.

A regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento, só é aplicável ao filho natural que visa afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação.

É imprescritível a ação de filho, mesmo maior, ajuizar negatória de paternidade. Não se aplica o prazo do Art. 178, § 9º, VI, do Código Beviláqua<sup>142</sup>.

Outro fundamento utilizado para justificar a possibilidade dos filhos matrimoniais investigarem sua paternidade se baseou na expressão “sem qualquer restrição” disposta no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, dessa forma, não teria se limitado aos filhos extramatrimoniais, mas, ao invés, a todos se dirigiria.

Todavia, não se pode concordar que filhos matrimoniais, tendo como causa de pedir possível ausência de vínculo genético, possam a qualquer momento ajuizar investigatórias de paternidade, sem se verificar a questão da posse de estado de filho, critério como já visto utilizado há décadas pelo Supremo em diversos julgados, sob pena de se reduzir a paternidade a um resultado de exame de DNA.

Com efeito, se paternidade e vínculo biológico são a mesma coisa porque a cada nascimento não se faz um exame de DNA? Junto com outros exames de praxe, como o

<sup>141</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 119.866-SP. Julgado em 06.10.1998. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14.05.2011.

<sup>142</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 765479-RJ. Julgado em 07.03. 2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14.05.2011.

conhecido teste do “pezinho”, não poderia o Estado através de mais uma política pública, ainda que não subsidiada para os comprovadamente não pobres, determinar a realização do exame compulsório do mapeamento genético humano? Certamente a resposta a essas indagações é negativa emergindo desta imaginária hipótese de submissão de todos os bebês a identificação da ascendência genética, o aspecto cultural, moral e social em que o homem está mergulhado há séculos e que não se pode ignorar.

Nesse sentido doutrina João Baptista Villela que

“o sujeito das relações jurídicas não é um produto da razão, senão um ser histórico e cultural, enraizado no seu tempo e no seu espaço. [...] O desprezo da misteriosa e complexa realidade antropológica do homem, assim como produziu o teratológico jusnaturalismo de base racionalista, ameaça substituir ao sentido cultural e axiológico da relação entre pais e filhos uma tecnicista paternidade biogenética”<sup>143</sup>.

Em suma, concorde-se ou não com a posição atual do Superior Tribunal de Justiça, o declínio da presunção *pater is est* em nosso ordenamento é patente. Apesar de o atual Código Civil na regra do artigo 1.601 ter reproduzido o monopólio da contestação da paternidade nas mãos do marido – ignorando toda a jurisprudência produzida ao longo de décadas pelas Cortes Superiores, que através da via transversal da investigatória deixou a confirmação da paternidade presumida ao talante da iniciativa dos filhos – sua aplicabilidade é reduzida, se justamente por meio de sua ação inversa, é obtido o mesmo objetivo de desconstituição da paternidade.

Some-se a isso a novidade da imprescritibilidade da negatória de paternidade prevista também no artigo 1.601, em sua parte final, e a crise de valores e de certezas acerca do que constitui verdadeiramente a paternidade.

O legislador perdeu quando do advento do Código Civil de 2002, apesar dos conclamos da doutrina<sup>144</sup>, uma grande e indispensável oportunidade de trazer de novo a ordem, com a racionalização da matéria da filiação, da qual se pudesse compreender qual o modelo e sistema regente nessa matéria. Mas, contrariamente, dissociado da jurisprudência e das novas configurações sociológicas da família, repetiu regras e se omitiu quanto a lacunas importantes, como a situação da posse de estado de filho.

---

<sup>143</sup> VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 26.

<sup>144</sup> “Porém, quanto a presunção *pater is est* – revela-se nossa insistência quanto a isto – embora ela se ache combatida, enfraquecida, não foi elidida, não foi abolida de nosso sistema a nosso ver. O novo direito brasileiro da filiação não chegou a tanto – e nem deveria –, mas a questão está carecendo de um ordenamento legislativo”. (VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da filiação e paternidade*. Ob. cit., p. 100).



Talvez também tenha o legislador do novo código se deixado influenciar por uma tendência mundial revelada pelas reformas na França, Alemanha, Itália e em Portugal de se enfraquecer a presunção de paternidade e se ampliar a pesquisa da paternidade biológica, como diz Luiz Roldão de Freitas Gomes:

Desse entendimento não decorre, entretanto, haja desaparecido a presunção. Apenas, *iuris tantum*, alargou-se o campo de sua contrariedade, que pode dar-se mediante declaração da própria mãe ou reconhecimento do pai verdadeiro. Esta orientação, conquanto de súbito ampliada, corresponde à tendência universal, já retratada em legislações de outros povos, máxime nos de tradição germânica, de emprestar papel predominante, em tema de filiação, à pesquisa da verdade biológica, propiciada pelo avanço de métodos técnicos e científicos<sup>145</sup>.

Na realidade, a dificuldade maior na positivação de regras gerais e abstratas está na falta de precisão e convenção do que verdadeiramente constitui a paternidade, tema sobre o qual ainda os espíritos se encontram cambiantes.

Para além do critério institucional, o aspecto biológico e sociológico são os outros dois pesos na determinação do pai, razão pela qual se detém em cada um desses, nos próximos subcapítulos.

## 2.2. A verdade biológica: panaceia ou retrocesso?

O reducionismo do direito aos parâmetros da ciência positiva, vício em que incorre a paternidade sustentada nas sequências genéticas, importa afastá-lo de seu ambiente próprio, fora do qual os achados são equívocos e as propostas erráticas.  
João Baptista Villela.

A todo tempo a ciência jurídica carece de autoafirmação diante das dúvidas que as ciências da natureza trazem no confronto com suas regras. Assim como no terreno das ciências exatas e naturais, se espera das regras da ciência jurídica uma validade universal e, de preferência atemporal, na elaboração de suas normas, o que é obviamente impossível de se obter.

No campo da filiação, ao contrário dessa pretensão, a presunção legal de paternidade foi utilizada como regra jurídica apesar de poder ou não corresponder com os dados da natureza.

<sup>145</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A presunção *pater is est* e a Constituição Brasileira de 1988. In: GLANZ, Semy e GUSMÃO, Paulo Dourando de (Org). *O Direito na década de 1990: novos aspectos – estudos em homenagem ao professor Arnaldo Wald*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 124.

Isso se tornou mais evidente com a situação dos filhos extramatrimoniais, para quem as Codificações que se inspiraram na Napoleônica de 1804, assentadas em valores morais, fizeram o dado natural não se transformar em vínculo de parentesco e, portanto, em regra de direito.

Disto se pode concluir que durante muito tempo a filiação do ponto de vista natural podia ou não estar em acordo com a filiação do ponto de vista jurídico, já que os conceitos jurídicos e biológicos de filiação não tinham, e não devem mesmo ter, significado de estrita igualdade. Tal se justifica porque a ciência jurídica quando retira um *fato* da realidade social, por meio de um filtro *axiológico* o transforma em regra legal ou simplesmente o ignora<sup>146</sup>.

Com acuidade María Victoria Famá descreve essa independência da esfera do que é jurídico e do que é natural:

*La paternidad que posibilita la función identificatoria la ejerce quien porta la ley en tanto límite, en tanto principio diferenciador y separador. El padre de esta función es de esencia francamente jurídico-institucional. El principio genealógico no es biológico sino un principio jurídico cuyo eje, precisamente, es la función paterna. El padre y hijo, en última instancia, son “hijos” de un discurso, el discurso jurídico. El elemento biológico sólo resulta relevante si tiene soporte institucional<sup>147</sup>.*

Nessa ordem de idéias, Guilherme de Oliveira afirma que o critério jurídico da paternidade era um *critério nupcialista* e não um critério *biologista*<sup>148</sup> e Luiz Edson Fachin define pai como “aquele que o sistema jurídico define como tal. Nem sempre coincidem as figuras do pai biológico com a do pai jurídico. Sobre a verdade biológica, faz o sistema prevalecer a verdade jurídica”<sup>149</sup>.

Evidência dessa autonomia era a regra do artigo 339 do Código Civil revogado, que em nome do princípio do *favor filii*, impedia o marido de contestar a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 dias se, antes de casar, estivesse ciente da gravidez de sua mulher, ou se houvesse assistido, pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho.

Na legislação atual também é visível tal autonomia na manutenção da presunção *pater is est*, e na regra do inciso V do artigo 1.597 pela qual os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, ou seja, com material genético de terceiro, são presumidos do marido, se havidos na constância do casamento e com sua prévia autorização. Isso sem falar no milenar instituto da adoção, por meio do qual é nítido que a família não tem compromisso social com

<sup>146</sup> Sobre o sentido e estrutura da regra jurídica conferir: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 21-70.

<sup>147</sup> FAMÁ, María Victoria. *La Filiación: régimen constitucional, civil y procesal*. Ob. cit, p. 64.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Ob. cit, p. 62-63.

<sup>149</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit, p. 22.

a descendência natural ou consanguínea. Todos esses exemplos atestam que o *jurídico*, antes do *natural*, aprecia e acolhe o que é *cultural*<sup>150</sup>.

Se de outra forma fosse, a imposição estatal de compromisso biológico familiar consistiria em absurda e antidemocrática interferência na vida privada dos indivíduos. O Estado não tem legitimidade para investigar ou negar a paternidade oficiosamente contra as vontades dos interessados<sup>151</sup>. Com este espírito, João Baptista Villela afirma:

No processo de refinamento cultural do matrimônio constitui traço fundamental o encapsulamento da vida íntima na esfera interna da família. Assim, atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma derivação biológica. Se significasse e, sendo falsa a proclamação, seria correto concluir-se pela hipocrisia. Mas não é o que na linha histórico-cultural acontece. A família não tem deveres de exatidão biológica perante a sociedade<sup>152</sup>.

Mas a possibilidade dos filhos havidos fora do casamento identificar seus pais biológicos a partir do mapeamento do genoma humano questionou essa emancipação que a ciência jurídica, no campo da filiação, guarda sobre o dado natural. Sob o discurso da busca da verdade e do estabelecimento da paternidade real – ignorando-se que verdade e realidade são conceitos indeterminados no campo sociológico e axiológico – fortificou-se uma tendência de se investigar e negar paternidades para os filhos presumidos, como se o estabelecimento da paternidade fosse “um direito permanente de conteúdo variável”<sup>153</sup>.

A composição dos interesses na falta de identidade entre a paternidade biológica e jurídica apenas reafirma que as relações paterno-filiais têm a possibilidade de ser ajustadas na esfera íntima em que se encerram, mesmo porque o direito de família e a paternidade se contentam com a verdade formal, própria das ciências humanas, e não com a verdade real, característica das ciências exatas, até mesmo porque qual o critério preponderante que define a paternidade? Se a mulher trai e nasce um filho que biologicamente não é do marido, isso é

<sup>150</sup> Em conferência realizada em 1979, mas cujos ensinamentos se mantêm pertinentes mais de 30 (trinta) anos depois doutrina João Baptista Villela: “E se a história da cultura é, em larga medida, a história da superação dos determinismos, convém não esquecer que é também, talvez de modo mais profundo e mais extenso, a história das técnicas de com eles se compor. A composição se processa em dois níveis: no da matéria, como quando, por exemplo, o homem, ao invés de se abrigar da chuva ou do sol, utiliza-os para fazer crescer as suas sementes, e no nível do espírito, como quando se estabelecem regras sociais e valores sobre fenômenos da causalidade física”. (VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº. 21, maio de 1979, p. 401).

<sup>151</sup> Assinale-se que a averiguação oficiosa de paternidade pelo Ministério Público – regulada pela Lei 8.560/1992 –, pressupõe a ausência de paternidade jurídica, e sua constitucionalidade se assenta no direito indisponível à formação do estado de filho, direito este de ordem pública, mesmo assim a depender, segundo muitos doutrinadores, do consentimento materno do início do procedimento, que não se confunde de forma alguma com a hipótese decorrente do adultério *a matre*, quando paternidade jurídica e biológica se dissociam.

<sup>152</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 128.

<sup>153</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 134.

uma questão a ser resolvida na seara interna da família, pois pode ser um problema relevante ou não<sup>154</sup>.

Sobre a falsa ilusão de que o critério biológico pode determinar a paternidade sem mais erros e ficções a partir da comprovação exata da ascendência genética, encerrando-se de uma vez por todas a dificuldade do sistema jurídico no estabelecimento da paternidade, Luiz Edson Fachin conclui que “na certeza da prova, diminui-se o risco do erro, e essa redução operada pode acabar sendo a configuração do próprio equívoco. Afinal, quem define o vínculo da filiação quando o Tribunal se afasta do sistema codificado? Quais são os pressupostos desta definição? Onde e como encontrá-los?”<sup>155</sup>

Contudo, afora todas as incongruências levadas a cabo para os filhos matrimoniais, não se pode negar a importância do critério biológico para os filhos extramatrimoniais, que não gozam do favor da presunção legal de paternidade, e se não reconhecidos voluntariamente, dependem de uma sentença a estabelecer-lhes a paternidade.

Na difícil tarefa do estabelecimento da paternidade dos filhos extramatrimoniais, em um primeiro momento socorreu-se o Judiciário dos exames hematológicos através de diversos métodos (ABO, RH, Kell, Duffy, entre outros), que senão confirmavam peremptoriamente a paternidade, ao menos, podiam precisar as hipóteses de *não paternidade*. Até que com o teste conhecido como o do “ácido desoxirribonucleico” – DNA, tanto na exclusão como na determinação de paternidade atingiu-se um grau superior a 98,999999999% de certeza, o que parecia revolucionar o microcosmo do direito de filiação<sup>156</sup>. A clássica e, muitas vezes, leviana defesa dos investigados e possíveis pais assentada sobre a “*exceptio plurium concubentium*” diante da prova pericial do DNA tornou-se vazia.

<sup>154</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 128.

<sup>155</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*; relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 76.

<sup>156</sup> Com efeito, em abstrato, a confiabilidade do exame de DNA na confirmação da paternidade biológica monta ao percentual de 98,99%. “No entanto, a verdade é que os índices abstratos de acerto do teste de DNA, para que se reflitam em uma prova técnica realizada em um processo judicial, dependem da confiabilidade *in concreto* do método científico realizado pelo laboratório especificamente designado pelo magistrado para a feitura do exame. No direito norte-americano, por exemplo, há propostas concretas de submissão de todos os laboratórios que realizam o exame de DNA a uma comissão de controle de qualidade, tal como sugerido pelo Conselho Nacional de Pesquisas dos EUA. E isso se justifica pelo risco de falhas no resultado do exame em função (i) da inadequação do recipiente para armazenamento do material coletado – sangue, pele, raiz de cabelo, espermatozoide, células da boca, urina ou cromossomo sexual –; (ii) da identificação correta do titular dos dados; (iii) de reagentes químicos eventualmente deteriorados; (iv) de excesso de temperatura no processamento, etc. Em outras palavras, para que o exame de DNA seja admissível em um processo civil cercado por todas as garantias fundamentais previstas na Constituição, não basta que, na teoria, o método científico seja dotado de tal ou qual grau de confiabilidade. É preciso que o perito responsável pela realização do exame, no caso concreto, explicita o índice de acerto de que são dotados os seus particulares instrumentos e materiais técnicos utilizados na produção da prova, a exemplo das condições dos laboratórios – públicos ou privados – e da capacitação pessoal dos agentes envolvidos na interpretação dos resultados”. Trecho do voto-vista do Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 366.889/DF, julgado em 02.06.2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE363889LF.pdf>. Acesso em 04.06.2011. Pela delimitação do tema, conferir na doutrina processualística as advertências com relação à produção da prova pericial de DNA, a qual se remete o leitor: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 221-238 e BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial – uma revisão crítica. In: *Revista dos Tribunais*, volume 714, p. 290-297.

Mas muito prontamente, parte da doutrina percebeu que a complexidade sociocultural da filiação humana era um tema pelo qual a simplicidade da engenharia genética não conseguiria responder satisfatoriamente, em que pese ainda a existência de inúmeros julgados prestigiando o vínculo biológico. Segundo Eduardo de Oliveira Leite prova disso

É o fato de que a maioria esmagadora dos homens julgados pais (especialmente após o advento da Lei 8.560/92 e obrigados a assumir a paternidade), dentro da idéia de paternidade responsável perseguida pelo novo texto constitucional brasileiro, embora condenados a reconhecer a criança dando-lhe nome e pagamento alimentos, desconhecem a existência da criança, não a visitam, não manifestam qualquer vínculo afetivo e se negam (na maioria esmagadora das vezes) a encarar o próprio filho<sup>157</sup>.

Afora a constatação de que muitas vezes se produzem “filhos do laudo”<sup>158</sup>, no curso destas demandas investigatórias novas e desafiadoras questões no campo da prova surgiram, como a licitude ou não da recusa do investigado em se submeter ao exame de mapeamento genético.

Em 1994, o tema foi debatido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 71.373-4-RS, relator original o Ministro Francisco Rezek, no qual por maioria restou decidido pela impossibilidade de condução “debaixo de vara” do investigado para realização de exame sob o fundamento do princípio da inviolabilidade do corpo e de sua integridade física, cuja ementa bem sintetizou:

Discrepa a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas, da preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer, provimento judicial que, em ação de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório “debaixo de vara”, para a coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos<sup>159</sup>.

Passada, ou não, a discussão sobre a possibilidade da condução coativa ou o respeito à recusa e a inviolabilidade física, mas cujos limites deste trabalho não permitem um

<sup>157</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). *Repertório de doutrina sobre o direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 193. Segundo este autor pode-se agrupar três fases de evolução da prova pericial no âmbito da prestação jurisdicional nacional: “1ª fase) predominância do sistema HLA; 2ª fase) predominância do DNA; e 3ª fase) dúvidas e indagações sobre o absolutismo do exame de DNA”, (LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA. Ob. cit., p. 205).

<sup>158</sup> A expressão é de Luiz Edson Fachin na obra *Da paternidade*; relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 74.

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373-4-RS. Relator p/ acórdão: Marco Aurélio de Melo. Julgado em 10 de novembro de 1994. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15.05.2011. No julgamento do HC 71374-4 restaram vencidos os Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Esse julgado mereceu severas críticas doutrinárias, entre elas a de Maria Celina Bodin de Moraes. In: Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. Ob. cit., p. 169-182.

aprofundamento da questão, decidindo o Supremo Tribunal pelo não comprometimento da integridade do pai, ingressou-se no debate sobre as consequências jurídicas da recusa. Em outras palavras, diante da recusa se perguntou se poderia o juiz presumir, portanto, através do uso de uma *presunção hominis*, a paternidade do investigado? No sentido afirmativo a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes:

Vigora, nestes casos, a rigor a *presunção hominis* de que quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de o provar. Irrecusável, a propósito, parece ser a concepção, proveniente do senso comum, de que o indivíduo ético, diligente e responsável tem interesse em esclarecer tão relevante questão, pois que, estando de boa-fé, aspira ele próprio a conhecer a verdade<sup>160</sup>.

Assentada por maioria a defesa da intangibilidade física do investigado, outra não foi a solução senão se valer das presunções. Diferentemente da *presunção pater is est*, cuja fonte é legal, o Judiciário passou a utilizar uma *presunção comum (hominis)* para o investigado recalitrante na recusa à realização do exame.

Tal entendimento foi objeto do enunciado da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA induz *presunção ‘juris tantum’* de paternidade”<sup>161</sup>.

Novamente o Direito de Família se viu diante do uso de uma *presunção* no terreno do estabelecimento da paternidade, mas agora como se se tratasse de uma confissão ficta, sem alusão às demais provas produzidas nos autos, poderia estabelecer o Poder Judiciário a paternidade apenas com base em uma recusa, o que foi objeto de graves críticas doutrinárias<sup>162</sup>.

Aliás, não apenas nas ações investigatórias de paternidade, apesar da Súmula 301 expressamente a elas se referir, mas também nas negatórias de paternidade, a recusa do réu – filho registral – ou da mãe – nas hipóteses dos filhos menores e representados –, em se submeter ao exame de DNA, também passou a produzir efeitos, nesses casos, para desconstituir a paternidade<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. Ob. cit., p. 176.

<sup>161</sup> A súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça foi publicada no Diário de Justiça de 22.11.2004 e teve como precedentes os julgados no REsp 460.302-PR; REsp 498.398-MG; REsp 409.285-PR; REsp 256.161-DF; REsp 141.689-AM; REsp 135.361-MG e REsp 55.958-RS. Inúmeras críticas foram a ela direcionadas. O exame dos julgados precedentes citados mostra que todos dizem respeito a casos em que se aplicou a *presunção hominis* e não *presunção legal*. Ora, por ditar o enunciado uma *presunção judicial e, não legal, não poderia ela ser nem relativa (juris tantum)*, nem absoluta (*jure et jure*), subespécies próprias das *presunções legais*.

<sup>162</sup> Neste sentido conferir: LÔBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 54, nº. 339, janeiro de 2006, p. 45-56.

<sup>163</sup> É o que se extrai do julgamento do Recurso Especial nº 460.302-PR em 28 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16.05.2011.

Atento às diferenças entre investigatórias e negatórias de paternidade e contra a incidência da Súmula 301 nestas últimas, o Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial 786.321-RJ destacou:

[...] Além disso, mesmo em se tratando de teste de DNA, para que incida o teor da Súmula, é indispensável que a recusa tenha sido do pai, e em ação específica de investigação de paternidade, pois os motivos ensejadores da recusa do suposto genitor na investigatória são totalmente opostos aos da recusa do filho em ação negatória de paternidade de que trata os autos<sup>164</sup>.

Divergências doutrinárias e jurisprudenciais à parte, a Lei 12.004, de 29.07.2009, acabou por introduzir o artigo 2º-A a Lei 8.560/1992 prescrevendo que “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”<sup>165</sup>.

Da leitura da primeira parte da regra do artigo 2º-A se infere que o legislador transformou o que era uma presunção simples (*hominis*) em legal, o que certamente aumentaria sua força, mas, ao se ler a segunda parte – “a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório” –, se percebe seu recuo no regramento da presunção, ao condicionar seu uso à análise de todo o conjunto probatório, o que traz ela novamente ao campo das presunções *hominis*.

Em suma, preceituou o legislador: a recusa, por si só, do investigado em se submeter ao exame de DNA não autoriza o juiz a declarar a paternidade, devendo ele ficar atento à direção sinalizada pelas outras provas. Ora, qual a finalidade de se positivar uma presunção que na verdade representa um exercício de convicção do juiz, que ele já está autorizado a

“Civil e processual civil. Ação negatória de paternidade. Preliminares de ilegitimidade passiva e coisa julgada apreciadas em agravo de instrumento transitado em julgado. Recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA. Presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Recurso Especial. Ausência de impugnação. Fundamento suficiente. Súmula 283/STF.

I – Improsperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do enunciado nº. 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

II – Segundo a jurisprudência desta Corte, a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria. Recurso Especial não conhecido”.

No mesmo sentido o Ministro Aldir Passarinho Júnior no julgamento do Recurso Especial 786.312-RJ, para quem: ‘A questão da prova do DNA tem mão dupla, ou seja, tanto a recusa do investigado serve como elemento probatório no sentido de servir como prova substancial à demonstração da paternidade, como também, trazidos aos autos determinados elementos que revelem uma possibilidade de o pai registral não ser o genitor biológico da criança, como a recusa da mãe em submeter o menor ao exame de DNA, tal produz o efeito contrário. Parece-me ser uma questão de isonomia em relação à busca da verdade real e à investigação sobre uma condição de estado das pessoas”.

Sobre a recusa do filho ao exame de DNA conferir na doutrina: SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade*: a recusa do filho ao exame de DNA. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

<sup>164</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 786.312-RJ. Relator p/ acórdão: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 21.05.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16.05.2011.

<sup>165</sup> O artigo 2º-A da Lei 8.560/92 prevê no campo da filiação extramatrimonial o que já era regra na parte geral do Código Civil, nos artigos 231 e 232, respectivamente:

CC/2002, art. 231: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

CC/2002, art. 232: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

fazer? A mesma crítica, que já se dirigia à regra do artigo 232 do Código Civil, voltou-se à regra trazida pela Lei 12.004 de 2009.

Portanto, o que se tem hoje em matéria de recusa são apenas presunções simples (*hominis*) seja pelo enunciado da Súmula 301 ou pela regra do artigo 232 do Código Civil ou pelo recente artigo 2º-A da Lei 8.560/1992, o que permite a afirmação de que a recusa não pode isoladamente gerar a presunção de paternidade, muito menos desconstituir o estado de filiação já formado, sem o cotejo do conjunto fático-probatório<sup>166</sup>.

A grande questão é: e se não houver outras provas, ou se do conjunto probatório existente não puder, com convicção, se informar a respeito da paternidade?<sup>167</sup> Deve o juiz julgar improcedente o pedido contido na investigatória, prestigiando o abuso do direito do investigado de colaborar com a verdade dos fatos e impedindo a formação do estado de filiação do autor? Se a resposta mais lógica parece ser negativa, volta-se, como em um círculo vicioso, a questão inicial: pode ou não o investigado ser conduzido coativamente à realização do exame genético?

Outra grande discussão traçada também no terreno das provas, com o surgimento do DNA, foi a possibilidade de relativizar a coisa julgada de ações investigatórias anteriores a existência desta técnica. Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça, através da Segunda Seção, unificou o entendimento segundo o qual se a improcedência da demanda ocorreu por falta de provas – e não porque as provas produzidas ao longo da instrução demonstraram a inexistência de vínculo servindo de base para a convicção da decisão – é possível reabrir a questão, mantendo-se no mais a coisa julgada.

Assim, mesmo diante da perspectiva de se obter um exame de DNA, o Superior Tribunal de Justiça delimitou os contornos de reabertura das lides investigatórias e fortaleceu o primado da coisa julgada material, que, em seu entender, não pode ser atacada a cada nova descoberta científica, impactando negativamente a estabilidade das relações sociais<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Neste sentido trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial 786.312-RJ: “Por todas essas razões, o fato de as instâncias ordinárias haverem concluído, na ação desconstitutiva de paternidade, que a recusa da mãe em submeter o filho ao teste de DNA foi insuficiente para o acolhimento do pedido, diante do suporte fático-probatório delineado nos autos, não viola o artigo 232 do CC”.

<sup>167</sup> Consoante doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da Gama “na eventualidade de não existir outro elemento de prova, será fundamental realizar a devida ponderação, no caso concreto e, desse modo, será possível reconhecer o abuso do direito para o fim de ser possível a condução coercitiva do réu para se submeter a perícia”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Recusa do réu à submissão ao exame do DNA e Lei nº. 12.004/09. In: EHRHARDT Júnior, Marcos; ALVES, Leonardo, Barreto Moreira (Org). *Leituras Complementares de Direito Civil: Direito das Famílias*. 1 ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 1, p. 331.

<sup>168</sup> “Processo Civil. Investigação de paternidade. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a moderna utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 706.987-SP julgado em 14.05.2008 pela Segunda Seção. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16.05.2011. A tese preponderante baseada no princípio da segurança jurídica foi utilizada em julgados



Porém, em recentíssimo julgado, por maioria, o pleno do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário para cassar acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que havia extinguido sem resolução do mérito ação de investigação de paternidade com base em coisa julgada anterior<sup>169</sup>.

A peculiaridade deste caso reside não apenas na oposição entre a garantia fundamental da coisa julgada material e o direito igualmente fundamental à filiação, mas também na garantia da assistência jurídica integral aos desamparados. À época do julgamento da primeira ação, a prova pericial de DNA não foi realizada, apesar de já existente a técnica, pelo alto valor a ser dispendido na década de 1980, qual seja US\$ 1.500,00 (mil e quinhentos dólares), não havendo previsão legal de custeamento pelo Poder Público. Esta circunstância foi destacada pela sentença transitada em julgado em 1992 e, portanto, fundamento jurídico para o ajuizamento da segunda ação investigatória e para o voto-vista do Ministro Luiz Fux:

Com efeito, na realidade a eternização, *in casu*, do resultado da demanda anterior traduziria também uma quebra do direito fundamental à *assistência jurídica aos necessitados*, dever constitucionalmente imposto ao Estado brasileiro por força do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e sem o qual se mostra irrealizável a concretização igualitária, do ponto de vista material, e não apenas formal, da garantia do acesso à *tutela jurisdicional efetiva* (CF, art. 5º, XXXV). É que o resultado da demanda anterior, como realçado pelo próprio magistrado sentenciante e não contestado por qualquer das partes, foi consequência da impossibilidade financeira de realização do exame de DNA. Não houve, assim, desídia ou culpa da parte autora na conclusão, que lhe foi desfavorável, do julgamento anterior de improcedência por insuficiência de provas; ao contrário, tal cenário foi fruto da inadequação do sistema estatal até então em vigor de amparo aos necessitados quando em juízo, que jamais poderiam ter, à luz do que prega a Constituição, a sorte de seus direitos pré-definida em função da carência e da hipossuficiência financeira em que se encontram<sup>170</sup>.

Com relação ao sempre difícil embate entre a preponderância da coisa julgada e o direito à formação do estado de filiação, mais a frente o voto-vista do Ministro Luiz Fux em exercício de ponderação afirmou:

Não é possível negar, como se assentou mais acima, que também a coisa julgada guarda relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que concretiza o princípio da segurança jurídica, assegurando estabilidade e paz social. Porém, tal conexão apresenta-se em grau distinto, mais tênue e, portanto, *mais afastada do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana* do que o peso axiológico que, somados, ostentam os direitos fundamentais à filiação (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e a garantia fundamental da assistência jurídica aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV). 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.

---

posteriores: REsp 960.805-RS, DJe 18.05.2009; AgRg no REsp 646.140, DJe 14.09.2009; AgRg no REsp 363.558, DJe 22.02.2010; AgRg no REsp 895.545, DJe 07.06.2010; AgRg no REsp 899.981-MG, DJe 01.09.2010.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 363.889-DF. Julgado em 02.06.2011. O acórdão do recurso extraordinário ainda não se encontra disponível, mas apenas o seu resultado disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04.06.2011.

<sup>170</sup> O voto-vista do Ministro Luiz Fux se encontra disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE363889LF.pdf>. Acesso em 04.06.2011.

Desta forma, parece ter havido uma ampliação pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade de se rediscutir as decisões transitadas em julgado também quando a insuficiência na produção das provas, em especial do DNA, se deu por questões financeiras, apesar das provas orais e documentais produzidas terem sido desconsideradas para a formação do vínculo.

No entanto, como ainda adverte o Ministro, nada garante que nesta segunda ação, na qual já relativizada a coisa julgada, se obterá com certeza técnica que o réu é o pai ou não do autor, porque caso ele se recuse à realização do exame, ainda que contra ele se aplique a presunção de paternidade, a sentença se baseará em uma verdade formal. Em outras palavras, tanto a primeira quanto a segunda sentença, pela improcedência ou procedência do pedido, terá como premissa a aplicação das regras processuais e materiais colocadas à disposição do julgador e não com a dita chamada verdade real, que se passou a buscar com o advento do DNA e a primazia concedida ao direito à formação do estado de filiação.

Todas essas questões mostram quanto é falha a ilusão de que o critério biológico a partir da produção do DNA simplificaria o estabelecimento da filiação e reconduziria o sistema a “verdade real” acerca da paternidade<sup>171</sup>. Pelo contrário, se esse critério, não sem dificuldades, veio ao encontro da pretensão daqueles que não tinham o estado de filiação formado, o equívoco de uma possível supremacia do biológico sobre os demais critérios ajudou na desconstrução das bases do modelo para os filhos havidos no casamento.

De fato, o alargamento da possibilidade de os filhos, que já possuem paternidade jurídica, investigar sua paternidade, vem resultando em demandas apenas de caráter patrimonial, o que representa uma verdadeira caça a pais ricos ou “pais bons partidos”, na feliz expressão de João Baptista Villela<sup>172</sup>.

Em ação investigatória de paternidade cumulada com petição de herança e anulação de registro civil proposta por filha em face de seu suposto pai biológico e seu pai jurídico, o trecho seguinte da sentença revela este caráter eminentemente patrimonial da demanda:

[...] Ora, qual seria a razão para que a Sra. (*omissis*) somente fizesse a revelação à autora após a morte de seu suposto pai biológico? Nem se diga que seria para manter a integridade e a dignidade de ambas as famílias envolvidas, eis que tais características haveriam de ser observadas mesmo após o passamento do de *cujus*. Inegável reconhecer, como salientou o 1º

---

<sup>171</sup> Em reflexão sobre a dificuldade na produção das provas observa Leonardo Greco: “Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito. Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável”. GRECO, Leonardo. O Conceito de prova. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 423.

<sup>172</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 138.

réu (*omissis*) em sua contestação e o próprio órgão ministerial em seu parecer final, que o interesse da autora no deslinde da presente reveste-se tão somente de caráter patrimonial, haja vista que o falecido (*omissis*), suposto pai biológico, era pessoa de muitas posses, sendo um dos donos da rede de hotéis (*omissis*). Esclarecedora a resposta dada pela autora ao questionamento deduzido pelo patrono do 1º réu (*omissis*) em perguntá-la se ingressaria com a mesma demanda caso a situação patrimonial do sr. (*omissis*) fosse diferente: “teria que viver a situação”. Patente a contradição nos relatos da própria autora, pois a despeito de não ter certeza do ajuizamento da demanda caso o suposto pai fosse pessoa de poucos recursos, logo em seguida afirmou que pretende é ser registrada “pelo seu verdadeiro pai”. Ora, independentemente da condição de fortuna do suposto pai biológico, caso a intenção da autora fosse apenas moral, de ver reconhecida sua real paternidade, isto não poderia gerar a dúvida no ajuizamento da demanda se o falecido fosse pobre. Assim, o que resta evidenciado é que tal demanda tem cunho exclusivamente material, ou seja, quer a autora parte dos bens que seu suposto pai biológico falecido deixou quando da abertura da sucessão, esquecendo-se por completo de quem lhe criou, educou, levou ao altar e a tratou e a tratará como filha por quase 50 (cinquenta) anos, que foi o 2º réu (*omissis*) [...] <sup>173</sup>

E não há como se argumentar que a sentença acima ignorou o possível vínculo biológico existente entre a autora e o investigado (na verdade, seu possível irmão foi quem se recusou à realização do exame de DNA), o que por si só justificaria a procedência da demanda. Como já visto vínculo biológico e paternidade não são causa e efeito. O sistema deve garantir é o direito da personalidade de conhecimento da ascendência genética que não se confunde com estado de filiação.

Sobre essa possibilidade de desvirtuamento das ações filiatórias, em especial da ação de investigação de paternidade cumulada com a anulação do registro civil do pai presumido com fundamento no direito à “verdade real”, já advertiu Paulo Luiz Netto Lôbo:

É incabível o fundamento da investigação da paternidade biológica, para contraditar a paternidade socioafetiva já existente, no princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é uma construção cultural e não um dado da natureza. Aliás, a contradição é evidente quando se maneja o princípio da dignidade humana com intuito de assegurar a uma pessoa o direito à herança deixada pelo pretenso genitor, pois como disse IMMANUEL KANT em *Fundamentação da metafísica dos costumes* a dignidade é tudo aquilo que não tem preço <sup>174</sup>.

Por isso muito bem restou decidido na sentença acima, não se dando primazia à possível paternidade biológica, mas ao invés à socioafetiva. Não há que se fazer mesmo confusão entre genitor e pai ou que se dar primazia à paternidade biológica. Aliás, não há nada na lei, ou melhor, no sistema jurídico que autorize a superioridade do critério biológico, a não ser que dignidade humana, como ressaltou Paulo Lôbo, se identifique apenas com direito sucessório.

<sup>173</sup> Sentença proferida nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança e anulação de registro civil nº. 2001.001.030234-8 pelo juízo da 8ª vara de família do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Outro caso, noticiado amplamente pela mídia, é a investigação de paternidade cumulada com anulação do registro civil ajuizada por Álvaro Catão Filho, cinquenta anos depois de seu nascimento, em face dos herdeiros de Francisco Catão, seu tio milionário, que lhe revelou a paternidade biológica pouco antes de morrer, posteriormente, confirmada por sua mãe. O próprio autor já confirmou que não pode deixar a fortuna construída por seu avô nas mãos de quem não é da família.

<sup>174</sup> LÔBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. Ob. cit., p. 48.

Veja-se. A própria lei veda expressamente no parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil a perfilhação posterior ao falecimento na hipótese de o filho não deixar descendentes<sup>175</sup>. A fim de evitar que o ato de perfilhação tenha ânimo meramente econômico, o legislador simplesmente proíbe a formação póstuma do estado de filiação. Após a morte, o núcleo fundamental da paternidade não poderá ser mesmo efetivado pela impossibilidade de consolidação de laços. Por analogia, se o pai não pode reconhecer a paternidade depois da morte do filho, salvo se ele houver deixado descendentes, pode o filho, já acolhido jurídica e socioafetivamente por outro homem, investigar sua paternidade biológica depois da morte de seu genitor, quando este deixou bens? Sob pena de o ordenamento ter dois pesos e duas medidas, Rolf Madaleno sobre essa questão concluiu:

A pesquisa do parentesco sucessório só tem o constrangedor propósito econômico, porque não mais visa qualquer forma de relacionamento pessoal que nunca existiu entre duas pessoas que em vida nunca se aproximaram e portanto, jamais estreitaram vínculos, que evidentemente desapareceram com a morte do ascendente biológico. Sua movimentação processual cinge-se a pedir um quinhão hereditário por corolário da sua matriz biológica e, portanto, se apresenta moralmente inadmissível considerar a eventual procedência desta estranha e tardia reivindicação parental, que ousa sepultar só no processo, nunca na sua versão axiológica, uma preexistente paternidade ou maternidade de efetiva relação de filiação, fruto do amor sincero e incondicional, obra da interação de pais e filhos aproximados pelo afeto e não pela identificação genética<sup>176</sup>.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite a investigação de paternidade permite resgatar o pai de origem, o pai biológico “inicial”<sup>177</sup>. No entanto, o pai “inicial” não necessariamente tem que ser o pai jurídico porque, insista-se, biologia e Direito possuem regras e valores diferentes. Com o mapeamento genético tentou-se transformar o velho brocardo romano em “*pater et mater certa sunt*”, mas isso, apesar do fascínio que provoca, longe de simplificar, pode desvirtuar as diretrizes do plano Constitucional traçado pelo princípio maior da dignidade humana.

Também para os Tribunais parece ser mais fácil e seguro determinar a paternidade utilizando-se somente do critério biológico. Recebida a ação investigatória ou negatória, a seguir somente pelo critério biológico, após apresentada a contestação, com o início da instrução deve o juiz determinar a produção da prova pericial e com base no resultado

<sup>175</sup> CC/2002, art. 1.609: “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular; III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. Com idêntica redação o parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>176</sup> MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 96-97.

<sup>177</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. Ob. cit., p. 217.

positivo ou negativo do DNA “acertar” a paternidade do autor na investigatória ou réu na hipótese de negatória. Até mesmo a prova oral pode ser dispensada.

Convenientemente e afastando-se do fantasma do “erro” no estabelecimento da filiação, dispensam-se as provas orais, os estudos sociais e psicológicos, muito mais complexos e subjetivos que o resultado impresso objetivamente em um laudo de DNA. Descartam-se as histórias e projetos de vida, nomes, laços, expectativas, enfim, coisas menos importantes, com a servidão da paternidade aos exames de laboratório<sup>178</sup>.

Todo o desprestígio da paternidade jurídica – não apenas da presumida por lei – levou inclusive a serem admitidas ações investigatórias para filhos adotivos. No julgamento do Recurso Especial nº. 220.623-SP, em que pese a primeira e a segunda instâncias terem extinguido a ação sem resolução do mérito com base na impossibilidade jurídica do pedido, o Superior Tribunal de Justiça mais uma vez, com base no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiu que o filho adotivo investigue sua paternidade e peça alimentos com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. FILHO ADOTIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AFASTAMENTO.

1. A “possibilidade jurídica do pedido consiste na admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional”. (REsp 254.417/MG, DJ de 02.02.2009).
2. Consoante o comando inserto no art. 27 do ECA, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, mesmo em se tratando, como na espécie, de autor adotado por parentes.
3. As disposições constantes dos arts. 41 e 48 (*rectius*, 49) do ECA – relativas à irrevogabilidade da adoção e ao desligamento do adotado de qualquer vínculo com pais e parentes – não podem determinar restrição ao mencionado direito de reconhecimento de estado de filiação. Precedentes.
4. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Retorno dos autos à primeira instância.
5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido<sup>179</sup>.

Ora se os filhos adotivos, ao lado dos presumidos, podem investigar sua paternidade, não há mais necessidade de se manter modelos diferentes de filiação diante do absolutismo reinante do critério biológico da paternidade e da supremacia do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente sempre a legitimar e autorizar todas as demandas investigatórias, convertido em verdadeiro dogma da filiação!

<sup>178</sup> Nesse sentido João Baptista Villela: “Não há dúvida de que é bem cômodo pedir a uma sequência de reações químicas que nos aponte quem é pai ou quem é mãe. Muito menos complexo e inseguro, decerto, que situar a questão em termos de amor, serviço, devotamento. Estes *componentes* escapam à leitura e à mensuração. Não cabem nas análises laboratoriais. Nem há *software* que os controle. Também aqui – está-se vendo –, o conflito é um embate entre segurança e liberdade. Preferir a primeira à segunda, é preferir o caminho confortável da sujeição. A paternidade pelo DNA – não há dúvida – é uma paternidade de sujeição”. (VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. Ob cit., p. 28).

<sup>179</sup> BRASIL. Recurso Especial nº. 220623-SP. Julgado em 03.09.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16.05.2011.

O julgado acima transcrito agride todo o sistema filiatório traçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para os filhos adotivos. Na adoção, assim como na filiação natural, matrimonial ou extramatrimonial, não é possível dispor do estado de filiação formado porque a lei, agasalhando esse instituto milenar de inserção de pessoas não consanguíneas na família, proibiu, justamente para manter essas relações seguras e firmes, sua revogação e disposição<sup>180</sup>. Em um sistema em que os filhos não podem ser descartados como coisas, a lei não autoriza pais adotantes a dispor de suas maternidades e paternidades, tampouco os pais biológicos a reavê-las após o completo desligamento jurídico. Veja-se que a proteção moldada para esses filhos passa a ser pelos próprios – ou seus representantes legais – rejeitada, na busca por questões patrimoniais.

O Superior Tribunal de Justiça possibilitou com esse julgado que o filho adotivo dispusesse de sua paternidade formada via adoção para alterá-la pela biológica (*in casu*, sua mãe biológica faleceu no parto e seu pai biológico nunca o reconheceu, razão pela qual foi o autor adotado por seus tios). Caso o pedido na ação investigatória de paternidade seja julgado procedente, qual não será a esdrúxula situação deste autor, que manterá como vínculo materno sua tia biológica e mãe adotiva, e como vínculo paterno, no lugar do marido de sua tia, seu pai biológico. A configuração de sua maternidade e paternidade será *sui generis* porque sua mãe adotiva e seu pai biológico nunca formaram um casal<sup>181</sup>.

Igualmente extravagante será a situação no julgado do Recurso Especial nº. 813.604, em que uma criança, originariamente apenas registrada por sua mãe biológica e, após, adotada por uma viúva, ajuizou ação de investigação de paternidade, bem como uma medida cautelar incidental à investigatória, onde foram fixados alimentos provisórios, revogados por acórdão do Tribunal local, sob o fundamento de que com a adoção cessam os deveres do pai biológico. No julgamento do apelo especial, porém, foi dado provimento ao recurso para reconhecer o direito da autora aos alimentos a serem prestados pelo pai biológico. Quando do trânsito em julgado da investigatória de paternidade, se procedente o pedido, constará em seu assento o vínculo de maternidade com a mãe adotiva e o vínculo de paternidade com o pai biológico, que nunca formaram um casal<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Lei 8.069/90, art. 41: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Lei 8.069/90, art. 49: “A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais”.

<sup>181</sup> Em razão do instituto da adoção imitar a família natural a adoção em conjunto pressupõe que os adotantes sejam casados ou companheiros em união estável, daí a redação do §2º do artigo 42 do ECA: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”

<sup>182</sup> BRASIL. Recurso Especial nº. 813.604-SC. Julgado em 16.08.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 17.05.2011.

Poderia ainda em defesa do posicionamento final destes julgados ser apresentada a regra do §1º do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pela qual: “Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes”. Mas esse artigo, ao contrário do que permitem ambos os julgados analisados, não dispensa a existência de um casal, pelo menos em algum momento.

Também não se está com isso a dizer que não é permitida a adoção por pessoas solteiras. Absolutamente não. A lei não impõe qualquer modelo de estado civil para candidatos a adoção. Solteiros, separados, divorciados e viúvos podem e devem adotar. Mas quando mulheres e homens sozinhos adotam isso não quer dizer que o laço com a mãe biológica – no caso da adoção pelo homem sozinho – e com o pai biológico – no caso da adoção pela mulher sozinha – também não tenham sido desfeitos, ou se nunca se fizeram, que sejam suscetíveis de um dia se formar. Quando o legislador viabilizou em sua política a adoção apenas por uma pessoa, igualmente, rompeu os laços jurídicos com ambos os pais biológicos, sob pena de, caso contrário, não haver candidatos à mães e pais adotivos que um dia poderiam se ver constrangidos a dividir o poder familiar com estranhos.

A propósito, se tudo está a correr para a preponderância do critério biológico, já que os filhos havidos no casamento e os adotivos podem investigar suas paternidades, por que também, com base no artigo 27 do ECA, não poderiam os filhos havidos de reprodução assistida heteróloga investigar as suas ou, inversamente, seus pais as negarem?

Sobre o tema da fecundação heteróloga e a negatória de paternidade a Corte Constitucional italiana já teve oportunidade de se manifestar conforme comentário jurisprudencial realizado por Giovanni Sciancalepore<sup>183</sup>, decidindo pela manutenção da paternidade quando o pai, após ter expressamente consentido na utilização de reprodução assistida com material de terceiro, ao se separar da mãe, ajuizou ação para impugnar a paternidade pela ausência do vínculo biológico que sempre soube inexistir.

Na doutrina, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, mesmo na ausência de proibição expressa no âmbito legislativo de impugnação de paternidade do marido na hipótese de reprodução assistida heteróloga, opina pela sua impossibilidade:

Não há dúvida de que a proibição da impugnação da paternidade pelo marido, nos casos de procriação assistida heteróloga, representa o reconhecimento da *dimensão cultural da paternidade*, já que o sistema jurídico prioriza a vontade manifestada, no bojo do projeto parental implementado pelo homem e pela mulher, em detrimento da consanguinidade, tal

---

<sup>183</sup> SCIANCALEPORE, Giovanni. La fecondazione eterologa e la tematica del disconoscimento di paternità. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol.3, jul/set 2000, p. 139-155.

como ocorre na adoção nesse particular. [...] Tal como o homem que manteve relação sexual com a mulher que veio a engravidar por ocasião do fato jurídico, o homem que manifestou sua vontade, ínsita ao projeto parental constituído com sua esposa (ou companheira), e acompanhou a concepção e o início da gravidez, não poderá retroagir no tempo para desconsiderar a relação sexual (na procriação carnal) ou a vontade (na procriação assistida). Os princípios e deveres da boa-fé e do respeito, ínsitos à dignidade da pessoa humana do cônjuge, e principalmente da futura criança também podem ser considerados como reforço da impossibilidade da impugnação da paternidade, como também se encontra na literatura jurídica estrangeira<sup>184</sup>.

Situação ainda mais grave e dolorosa, a sinalizar porque o critério biológico não é a panaceia do sistema de filiação, foi recentemente relatada pela imprensa nacional. Trata-se de inúmeros casais que se socorreram de técnicas de reprodução assistida, e tiveram embriões formados a partir de material genético de terceiros, com o óvulo de uma mulher desconhecida e o sêmen de um homem desconhecido, sem, no entanto, saberem da exclusão proposital de seus gametas. Em alguns deles, inclusive, por meio de manipulação genética – conhecida como turbinamento de óvulos, no qual material genético de duas mulheres é misturado – nasceram crianças com material genético de 03 (três) pessoas diferentes, ou seja, duas mulheres e um homem<sup>185</sup>. É claro que se filhos e pais envolvidos nessas práticas quiserem constatar seus vínculos biológicos através de investigatórias e negatórias o *status filiae* não deverá ceder ao resultado do exame de DNA. Por outro lado, o direito à ascendência genética deve ser preservado, ainda que as condições para tanto sejam difíceis.

Todas essas colocações sobre filhos presumidos e adotivos que investigam suas paternidades remetem inclusive a uma seguinte indagação: há abuso do direito do filho em investigar a paternidade biológica tendendo a torná-la jurídica a despeito desta já existir e coincidir com a socioafetiva? Haveria também violação à boa-fé objetiva? De forma inversa: abusa o pai que nega sua paternidade jurídica quando existente a socioafetiva pela inexistência do liame biológico?

O que se pode concluir é que não se quer um Direito de Família autoritário e determinista como aquele no qual o critério biológico de paternidade, a par de todo o caldo cultural em que a família está inserida, firma uma paternidade com base exclusivamente em uma sequência genética, relegando a paternidade decorrente dos fatos da vida.

<sup>184</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. Ob. cit, p. 838. Igualmente o enunciado 258 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários, do Conselho da Justiça Federal: “Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do artigo 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em 16.05.2011.

<sup>185</sup> Revista Época nº. 678 de 16 de maio de 2011, p. 88-100. Disponível em: [www.epoca.com.br](http://www.epoca.com.br). Na reportagem um ex-colaborador da clínica de Roger Abdelmassih afirma que “a sociedade precisa investigar essas paternidades”. Registre-se que as maternidades e paternidades podem ser investigadas para fins de conhecimento da ascendência genética, mas não para a alteração do estado de filiação.



A nova regra do artigo 1.601 do Código Civil ao abraçar a imprescritibilidade da negatória de paternidade apenas concedeu mais prestígio ao critério biológico da paternidade, eternizando a possibilidade do exame de DNA influir na conformação do estado de filiação, a despeito da existência ou não da posse de estado de filho ou paternidade sociológica, cujo critério passa a ser analisado.

### **2.3. A paternidade social: a posse de estado de filho e seus elementos caracterizadores.**

A paternidade se constrói; não é apenas um *dado*: ela se faz.

Luiz Edson Fachin.

Além dos critérios jurídicos da presunção legal e biológico, outro fundamento para o estabelecimento da paternidade é o social ou socioafetivo.

Este modo não é novo e já na Codificação revogada o artigo 349 trazia a seguinte regra:

Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:

- I. Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente.
- II. Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Este artigo, reproduzido no atual artigo 1.605 apenas com a subtração da qualificação “legítima”, traz o critério sociológico da paternidade quando anuncia que a prova da filiação pode se basear em veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Esses fatos já certos, e objeto de tutela jurídica, configuram a situação de posse de estado. Não apenas as coisas são suscetíveis de posse, mas também o estado das pessoas. “Possuir um estado é ter aparentemente a situação jurídica própria desse estado, comportando-se como se tivesse tal estado”<sup>186</sup>.

A doutrina identificou três elementos para configurar a posse de estado. O primeiro – *nomen* – é o fato de o filho fazer uso do nome de família daquele que o trata como pai; o

<sup>186</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 241. Além da posse de estado de filho, a lei contempla também a figura da posse de estado de casados no artigo 1.545 do Código Civil de 2002, antigo artigo 203 do Código revogado: “O casamento de pessoas que, na posse de estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado”.

segundo – *tractatus* – é o tratamento dispensado pelo pai ao seu filho através do cuidado, da educação, do sustento e do afeto, materializando no convívio diário uma relação de pai e filho, e o terceiro – *reputatio* – é a aparência da posse de estado de filho, isto é, sua publicidade no meio social que permite evidenciar a relação de pai e filho.

Segundo J. M. Carvalho Santos, nos Comentários aos artigos do Código de 1916, para a situação decorrente da posse de estado estabelecer a filiação é necessário prova apta que:

- a) seja certa, isto é, bem demonstrada, não deixando dúvida sobre a sua existência, prova que pode ser feita por testemunhas ou por um escrito qualquer;
- b) seja constante, vale dizer, tenha sido seguida sem interrupção e sem lacunas, a partir do nascimento do filho até o momento em que se procura prová-la;
- c) seja simultaneamente existente, tanto em relação ao pai, como em relação à mãe, o que importa em dizer que a pessoa tenha sido tratada pelos dois esposos como um filho legítimo; de outra forma, não se poderá dizer que tem estado na posse de estado de filho na família e na sociedade<sup>187</sup>.

Apesar de sua previsão em lei nos dois Códigos Civis nacionais, a posse de estado de filho possui um caráter nitidamente subsidiário na formação do estado de filiação. Com efeito, o legislador apenas a contemplou como um meio de prova na falta ou defeito do termo. Enquanto, a princípio, o critério da presunção legal estabelece a filiação dos havidos no casamento e o critério biológico a filiação dos havidos fora do casamento, o social, no plano legal, não estabelece nenhuma paternidade, a não ser na hipótese rara de ausência ou deficiência do registro. Deveria a posse de estado de filho gerar uma presunção legal relativa de paternidade? De acordo com Luiz Edson Fachin “não há dúvida que, formada por fatos, ela seja, num primeiro momento, um fato social do qual se extraem consequências jurídicas. Entretanto, ao se impor perante o Direito, a posse de estado assume o caráter de uma verdadeira presunção”<sup>188</sup>.

Não obstante tal subsidiariedade no plano legal, esse critério, como visto no item 2.1 *supra*, ganhou importância quando a presunção *pater is est* perdeu a sua base fática da coabitação nas hipóteses de separação irregular. Com timidez, ou melhor, não admitida expressamente pelos nossos Tribunais até bem pouco tempo, a posse de estado de filho tornou-se um demarcador importante nas decisões difíceis de conflito de paternidade. Nesse sentido Luiz Edson Fachin afirmou, com assento em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a posse de estado de filho era um conceito não assumido pela

<sup>187</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 382.

<sup>188</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 157.

jurisprudência, mas utilizado nos pronunciamentos daquele Tribunal, sendo seu desconhecimento apenas aparente<sup>189</sup>.

Essa omissão, todavia, não retirou a importância axiológica do critério social no estabelecimento da filiação atual, ainda que de forma implícita, em outros dispositivos legais. Veja-se: o artigo 1.614 do Código Civil, reproduzindo o artigo 362 do Código Civil de 1916, traz a afirmação de que “o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”<sup>190</sup>. A concessão deste direito de impedir a formação do estado de filho se maior, ou impugná-lo se menor, assenta raízes no critério sociológico da paternidade. Se não foi essa a *mens legislatoris*, qual intenção estaria por detrás do direito de o perfilhado a não formação do estado de filiação?

Esse artigo e toda sua polêmica trazem à luz a sempre inquietante questão de se determinar qual o papel da vontade na formação do estado de filiação. Nesses casos, ainda que o perfilhante seja o pai biológico, a lei autoriza o perfilhado a recusar o dado genético e impedir a transmutação do fato natural em jurídico. Sobre o papel da vontade na formação do estado da pessoa, J. M. Carvalho Santos ao comentar esta regra doutrina:

Embora não lhe convenha, o seu estado é aquele de filho natural do perfilhante. E se esse é o seu estado, não pode ficar a seu alvedrio aceitar ou não aquele estado, mesmo porque os preceitos referentes ao estado da pessoa são de ordem pública, não estando sujeitos a modificações impostas pela vontade dos interessados<sup>191</sup>.

Isso leva a outra indagação: o fato de o perfilhado poder recusar a sua paternidade deveria também ser estendido aos filhos matrimoniais? A resposta parece ser negativa. Com acerto Carvalho Santos diz que as questões de formação de estado não são passíveis de escolha pela pessoa, ao menos no que diz ao *status filiae*, de ordem pública. Tanto que a ninguém é dado ceder ou renunciar a seu estado, nem transigir ou fazer concessões sobre ele. As normas que regem as questões de estado são cogentes, não admitindo manifestação de vontade em contrário. Por que então a concessão deste direito pela lei?

Para responder a essas indagações é preciso ter em mente as diferenças que pontuam o modelo de filiação dos havidos dentro e fora do casamento. Uma situação é aquela em que com o nascimento se forma automaticamente o vínculo paterno-filial e desde que se inicia a

<sup>189</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 154-155.

<sup>190</sup> No mesmo sentido o artigo 4º da Lei 8.560/1992: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento”.

<sup>191</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume V. Ob. cit., p. 470.

compreensão de mundo o indivíduo constata que aquele homem – a seu contento ou não – é seu pai, formando a partir desse dado, sua própria identidade, a de filho.

Completamente diferente é a conjuntura em que passados mais de 18 (dezoito) anos, por exemplo, seja pelo motivo que for, alguém se apresenta como sendo seu pai, querendo formalizar uma relação que de fato nunca existiu. Os efeitos do tempo na relação paterno filial não devem ser desprezados e por isso a lei, com base no critério social, concede ao perfilhado o poder de recusar um estado civil que abruptamente lhe querem impor, podendo inclusive, em seu sentir, o descaracterizar e violar sua identidade. E isso tanto mais forte será se o perfilhado tiver desfrutado da posse de estado de filho com um terceiro.

Assim, o filho matrimonial não pode ao seu alvedrio impugnar sua paternidade simplesmente por não lhe convir (ainda que alguns por motivos nitidamente patrimoniais nos casos de filiação adúlterina *a matre* o tenham feito), porque ele não desfruta de uma faculdade jurídica de escolher ou trocar de pai.

Dessemelhante a situação do filho extramatrimonial cuja identidade, ao menos quanto à relação paterno-filial, não se formou durante toda a infância e adolescência, querendo se impor no início da vida adulta, inesperadamente, como se o decurso do tempo e a consolidação da situação de fato que ele provoca fossem irrelevantes.

Desentendimentos à parte, por trás da regra do artigo 1.614 do Código Civil revela-se a intenção do legislador em proteger o filho, que desfrutando da posse de estado por outrem, não se identifica com a perfilhação do pai somente biológico<sup>192</sup>.

Outro artigo do Código Civil de 2002 que alude ao critério social, também sem menção expressa à posse de estado de filho, é o artigo 1.593 ao preceituar que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”. Nessa esteira, na I e III Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foram aprovados, respectivamente, os seguintes enunciados:

Enunciado 103 – O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental decorrente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Enunciado 256 – A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil<sup>193</sup>.

<sup>192</sup> Nessa linha Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “No caso, a despeito da presença do vínculo biológico entre o filho reconhecido e o genitor que o reconheceu, a lei autoriza a desconstituição do vínculo de parentesco motivada pela ausência de vínculo de afetividade entre os dois. A idéia é permitir transplantar para o mundo jurídico a realidade da *distância afetiva* que existe entre pai e filho, ou mãe e filho”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Artigos 1.607 a 1.617. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org). *Código das Famílias Comentado*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey & IBDFAM, 2009, v. 1, p. 285.

<sup>193</sup> Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em 16.05.2011.

Diferentemente do nosso sistema, em 1972 o legislador francês contemplou a posse de estado de filho expressamente como forma de estabelecimento da paternidade ao lado da lei e do reconhecimento voluntário<sup>194</sup>. Seu conceito, os principais fatos configuradores e características foram assim descritos:

Art. 311-1. *La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.*

*Les principaux de ces faits sont:*

1° *Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents;*

2° *Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation;*

3° *Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille;*

4° *Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique;*

5° *Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.*

Art. 311-2. *La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque*<sup>195</sup>.

Enquanto a lei não acolhe expressamente este critério, a fim de se dirimir conflitos de paternidade cada vez mais numerosos, o papel da doutrina será fundamental para eliminar, ou atenuar, incertezas que circundam a noção de posse de estado de filho, dentre elas: (i) os elementos fáticos classicamente invocados (nome, trato e fama) para configurar a posse de estado de filho são suficientes ou é necessário também determinar um decurso de tempo para sua verificação? (ii) em sendo afirmativa a resposta anterior, qual seria esse tempo? (iii) a

<sup>194</sup> Art. 310-1. *“La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété”*. (Em tradução livre da autora: A filiação é legalmente estabelecida, conforme previsto no Capítulo II deste título, por força de lei, pelo reconhecimento voluntário ou por posse de estado constatada por um ato de notoriedade).

Art. 310-3. *“La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état”*. (Em tradução livre da autora: A filiação se prova pelo ato de nascimento da criança, pelo ato de reconhecimento ou por ato de notoriedade decorrente da posse de estado).

Art. 317. *“Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.* (Em tradução livre da autora: Cada um dos pais ou a criança pode demandar ao Juiz que lhe seja emitido um ato de notoriedade que atestará a posse de estado até prova em contrário).

L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et, si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1. (Em tradução livre da autora: O ato de reconhecimento é estabelecido com base em declarações de três testemunhas e, se o juiz considerar necessário, qualquer outro documento que ateste uma reunião suficiente dos fatos, na acepção do artigo 311-1).

La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance. (Em tradução livre da autora: A emissão do ato de notoriedade pode ser solicitada no período de cinco anos após a cessação da alegada posse de estado ou da morte do suposto pai, mesmo quando este morreu antes do registro de nascimento).

La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. (Em tradução livre da autora: A filiação estabelecida pela possessão d' estado constatada no ato de notoriedade é mencionado na margem da certidão de nascimento da criança).

Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours. (Em tradução livre da autora: Nem o ato de notoriedade nem a recusa na sua emissão estão sujeitas a recurso). Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 18.05.2011.

<sup>195</sup> Em tradução livre da autora: Art.311-1. A posse de estado se estabelece por uma reunião suficiente de fatos que indiquem a relação de filiação e de parentesco entre um indivíduo e a família que se diz pertencer. Os principais fatos são: 1° que esta pessoa foi tratada por aquela ou aquelas indicadas como seu filho e que ela os tratou como seus pais; 2° que eles têm, nesta qualidade, fornecido a sua educação, sua manutenção ou a moradia; 3° que esta pessoa é reconhecida como seu filho na sociedade e na família; 4° que é considerado como tal pela autoridade pública; 5° que porta o nome da pessoa ou pessoas que assim se dizem. Art. 311-2. A posse de estado deve ser contínua, pacífica, pública e inequívoca. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 18.05.2011.

posse de estado pode sofrer interrupção ou há de ser constante? (iv) quando deve começar a posse de estado? há de ser obrigatoriamente do nascimento da criança? (v) a posse de estado tem que ser atual? (vi) como se prova a posse de estado? (vii) qual a validade de uma escritura declaratória de posse de estado?

Com relação a esses questionamentos ensaiam-se algumas ponderações. No que pertine aos pontos (i) e (ii) tal como ocorre na união estável, realidade sociológica à semelhança marcada pela informalidade, não há atualmente um mínimo de lapso temporal como requisito objetivo configurador, não obstante já tenha sido opção do legislador em momentos pretéritos – Lei 8.971/94 e 9.278/96 – a inclusão do fator tempo. É claro que a reunião dos elementos – nome, trato e fama – demanda um certo decurso de tempo, mas por ser variável de uma realidade para outra, dificulta seu arbitramento pelo legislador, que poderia engessar e acabar por favorecer mais injustiças pela imposição do critério temporal, que, em si, não traduz o âmago da posse de estado. O tratamento dispensado e a publicidade do trato de pai e de filho são o conteúdo primordial e indispensável da posse de estado de filho.

No que tange ao ponto (iii), Carvalho Santos já dizia que a posse de estado deve ser constante, assim como também prescreveu o legislador francês. Aliás, toda posse como uma realidade fática, seja no Direito de Família, pela posse do estado de casados ou pela posse do estado de filhos, seja nos Direitos Reais, pela posse de bem móvel ou imóvel, para se converter em realidade jurídica precisa ser ininterrupta, sob pena de não demonstrar o grau de precisão fundamental para sua conversão. Dessa característica, portanto, não pode a posse de estado de filho escapar.

Sobre o início da posse de estado de filho – ponto (iv) – não há de ser obrigatoriamente do nascimento da criança. Aliás, durante o processo de adoção, segundo a sistemática legal, é obrigatório no processo constitutivo deste estado de filiação um período chamado “estágio de convivência” em prazo a ser estipulado pelo juiz, em que o filho adotivo desfruta da situação de posse de estado de filho, independentemente de sua idade, não sendo requisito, por óbvio, que seu início se dê a partir do nascimento. A aproximação entre adotante(s) e adotado é crucial, sendo relevada apenas se o adotando já desfrutava – nas hipóteses de guarda e tutela prévias – dessa situação anteriormente<sup>196</sup>. Portanto, a posse de

---

<sup>196</sup> Lei 8.069/90, art. 46: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso. §1º. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo”.

estado de filho não guarda correspondência com o nascimento do sujeito, nem apresenta, até a maioridade, limite mínimo de idade como requisito configurador.

O ponto (v) – a posse de estado tem que ser atual? – é sem dúvida a mais polêmica e controvertida questão envolvendo o tema. Com efeito, na filiação adulterina *a matre*, em geral, quando o pai presumido nega a paternidade em juízo nada mais faz do que materializar o fim da relação de afeto. Por isso já decidiu o Tribunal de Justiça deste Estado, invocando até mesmo os interesses da criança, que o fato de ter, antes da revelação do adultério comprovada pelo DNA em juízo, desfrutado da posse de estado de filho não é empecilho à procedência da negatória:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Eventual existência de posse de estado de filho, fundada em vício de vontade por parte do genitor, não é óbice à procedência da negatória, uma vez que não atende aos interesses da criança a manutenção de uma paternidade exclusivamente jurídica, permeada por sentimentos de rejeição, traição e mágoa. Não há qualquer benefício para a criança em mantê-la juridicamente vinculada a um pai que, embora a tenha criado nos primeiros anos de vida, desde o ano de 2001 o tem como materialização do adultério, com todos os sentimentos negativos que a situação envolve<sup>197</sup>. (grifou-se).

O mesmo critério, e notadamente sua atualidade, já serviu de base para a improcedência em outra ação negatória de paternidade julgada pelo mesmo Tribunal:

Apelação Cível. Direito de Família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo para a paternidade. Irrelevância diante das contundentes provas no sentido da existência de paternidade socioafetiva, como o exercício do poder familiar, o carinho, o sustento, dentre outros, mesmo após o conhecimento do resultado do exame. Fatos que estão a desautorizar o afastamento da paternidade, posto que configuraria enorme e injusto prejuízo à menor. Sentença prolatada nesse sentido, em sintonia com os pronunciamentos ministeriais, que se revela correta. É de se atribuir credibilidade às afirmações da apelada, já que robustamente provada, no sentido de que o apelante, mesmo após a ciência do exame de DNA (dando conta de que não era o seu pai biológico), continuou se portando como pai tanto no sentido material quanto no sentido afetivo, exercendo o poder familiar, oferecendo apoio afetivo e financeiro, em conduta que se assemelha a uma verdadeira adoção socioafetiva, devendo receber o mesmo tratamento de irrevogabilidade atribuído às adoções em geral. Desprovimento do Recurso<sup>198</sup>. (grifou-se)

No Superior Tribunal de Justiça, tal como no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a par do critério sociológico vir sendo utilizado nos conflitos de paternidade, a posse de estado de filho deve se manter presente ou ter existido – no caso de pai falecido – sob pena de o critério biológico preponderar. Por meio de ação declaratória de nulidade de parentesco ajuizada por tia em face de sua sobrinha, a Corte Superior julgou o pleito improcedente diante da paternidade socioafetiva durante a vida do pai e irmão da autora:

<sup>197</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2007.001.00559. Julgada em 01 de agosto de 2007. Disponível em <http://www.tj.jus.br>. Acesso em 20 de abril de 2011.

<sup>198</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 0005850-36.2005.8.19.0202. Julgada em 22 de junho de 2010. Disponível em <http://www.tj.jus.br>. Acesso em 20 de abril de 2011.

Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Irrelevância do vínculo sócio-afetivo.

- [...] Omissis.

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Recurso conhecido e provido<sup>199</sup>. (grifou-se)

Na ementa supracitada merece destaque a observação de que o critério da posse de estado de filho tem que ser atual no momento do julgamento do litígio, caso contrário, em conflito com o biológico, é por esse sobrepujado. No julgado em referência tal critério apenas prevaleceu porque tendo as instâncias ordinárias reconhecido que a filha do *de cujus* foi por ele criada até seus últimos dias, a posse de estado de filho não havia se extinto, ou como disse a ministra relatora “tem-se aqui um pai que quis reconhecer a filha como se sua fosse e uma filha que aceitou tal filiação. Não houve dissenso entre pai e filha que conviveram, juntamente com a mãe, até o falecimento”.

A *contrario sensu*, o que é possível deduzir é que quando os critérios biológico e sociológico se chocam, o Superior Tribunal dá prevalência àquele pela não atualidade deste.

Com divergência, Luiz Edson Fachin doutrina que a posse de estado de filho deve ser contínua, “e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade”<sup>200</sup>. Até mesmo porque se demonstra excessiva a necessidade de que a posse de estado de filho se revele atual e eterna, eis que como fato social que é depende dos ânimos, maturidade e equilíbrio emocional dos homens.

Também Heloisa Helena Barboza dispensa a atualidade da posse de estado de filho, invocando os efeitos já decorrentes desta situação, que não podem ser desprezados:

Observe-se que, mesmo que cessado o afeto que o originou, suas repercussões sociais se mantêm, podendo sua eventual reversão causar danos morais, se não patrimoniais, aos envolvidos. Cite-se como exemplo a alteração do nome, que pode comprometer irreversivelmente a identidade da pessoa<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 878.941. Julgado em 21 de agosto de 2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 20 de abril de 2011. No mesmo sentido conferir o Recurso Especial nº. 1.018.538-SE, julgado em 24 de junho de 2010.

<sup>200</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*; relação biológica e afetiva. Ob. cit, p. 70.

<sup>201</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 11, n.09 (abr/maio 2009). Porto Alegre: Magister, p. 33.



Mas a questão da atualidade da posse de estado de filho está tão enraizada no Superior Tribunal de Justiça que, em outro julgado, em razão do falecimento do filho, no curso da ação, a Corte deu provimento ao apelo especial interposto em ação negatória de paternidade ajuizada pelos irmãos unilaterais do réu para, desta forma, romper a paternidade reconhecida pelo pai, pré-morto:

Direito civil e da criança. Negatória de paternidade socioafetiva voluntariamente reconhecida proposta pelos filhos do primeiro casamento. Falecimento do pai antes da citação. Fato superveniente. Morte da criança.

1. A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança.
2. A superveniência do fato jurídico representado pela morte da criança, ocorrido após a interposição do recurso especial, impõe o emprego da norma contida no art. 426 do CPC, porque faz fenecer o direito, que tão somente à criança pertencia, de ser abrigada pela filiação socioafetiva.
3. Recurso especial provido<sup>202</sup>.

Nesta contestação da paternidade, os autores, filhos do primeiro casamento, se insurgiram contra o reconhecimento voluntário do réu lavrado em escritura pública, averbada no assento de registro, pelo pai em comum, taxando-o de falso. O acompanhamento das decisões proferidas desde a primeira instância, aliás, demonstra como também os julgadores encontram-se carentes de critérios e certezas, em total desencontro. Veja-se.

A começar pelos pareceres do Ministério Público, em primeiro e segunda instâncias, ambos desacolhidos, opinando pela extinção do feito sem julgamento do mérito por ausência de legitimidade ativa dos irmãos unilaterais. Entende-se que esta seria a decisão correta, retornando o tema da legitimidade do direito de contestar a paternidade no item 3.4 *infra*.

Em primeira instância, ultrapassada a questão preliminar de ilegitimidade, o pedido negatório foi julgado improcedente ante a vontade livre, válida e sem vícios de se reconhecer como filho criança que assim se considera, e ainda o melhor interesse do menor.

Em segunda instância, o apelo dos autores foi provido para julgar procedente o pedido da ação desconstitutiva, com base na prova testemunhal indicativa de que o réu não seria filho biológico do pai em comum e, na recusa do réu, representado por sua mãe, em realizar o exame de DNA, constituindo, de acordo com o Tribunal local, indício relevante contra a verdade de suas alegações. Ainda, nesta instância, em julgamento de embargos infringentes, decisão em novo sentido foi proferida pelo Tribunal do Rio Grande do Sul ao dar provimento a este recurso, por prevalecer o entendimento de que “não ofende a verdade o registro de

---

<sup>202</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 450.566-RS. Julgado em 03.05.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de maio de 2011.

nascimento que espelha a verdade socioafetiva, mesmo que não corresponda à paternidade biológica”.

Admitido o especial interposto pelos autores, o Superior Tribunal de Justiça, após uma longa fundamentação a favor da filiação socioafetiva, inclusive com remissão a outros julgados da Corte em que este critério foi eleito preponderante na solução dos conflitos de paternidade, ao final, com base no falecimento do réu menor do curso da ação, deu-se, inexplicavelmente, provimento ao recurso para acolher o pedido de anulação do registro civil.

A prevalecer este entendimento, todas as paternidades passíveis de não coincidir com o dado biológico, formadas a partir da vontade dos perfilhantes e da posse de estado de filho, poderão, após a morte dos titulares da relação paterno-filial, ser desconstituídas! No entender do Superior Tribunal de Justiça a posse de estado de filho se encerrou com a morte do filho, único interessado em gozar deste estado. Justamente por isso, seu estado de filho não poderia ser alterado, vez que já havia adentrado definitivamente em sua esfera jurídica. Para efeito de comparação: se o perfilhado tivesse sido regularmente adotado e falecesse no curso da ação, o “fim” da atualidade da posse de estado de filho seria motivo para o acolhimento da negatória?

Por isso, a Corte Superior não tem julgado bem a questão da posse de estado de filho. Com efeito, é melhor manter incólume a identidade adquirida pelo filho, que teve por certo período de tempo estampado o nome de quem o reconheceu como pai, bem como as lembranças de uma relação paterno-filial, do que uma identidade e um passado que “precisam” ser apagados<sup>203</sup>.

Na verdade, a exigência da atualidade da noção de posse de estado de filho se faz por um terrível equívoco entre seu conceito e o de afetividade, este tão largamente utilizado pela doutrina e pelos Tribunais na última década, mas que não se confundem. Aliás, afeto, afetividade e socioafetividade são expressões corriqueiras, cujo uso explodiu nos últimos anos, sem qualquer sistematização e precisão do que querem exatamente exprimir, mas que é preciso extremar.

Afeto na linguagem comum significa adoração, afeição, amizade, amor, apego, carinho, dedicação, dileção, estima, meiguice, (ben)querença, simpatia, ternura<sup>204</sup>. Nem sempre esses sentimentos estão dentro do que o homem, como ser cultural que é, identificou como família. Muitos casamentos se realizaram, se realizam e ainda se realizarão sem existir

---

<sup>203</sup> Na revista *Época* de 10.04.2008 foi publicada notícia em que o Superior Tribunal de Justiça no julgado do REsp 742.137/RJ concedeu o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ao marido traído em ação reparatória. Em razão da infidelidade da esposa revelada vinte anos mais tarde, os dois filhos criados pelo casal não eram biologicamente filhos do autor da ação, que segundo a reportagem, continua a se referir aos jovens como meus filhos.

<sup>204</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss*: sinônimos e antônimos. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 31.

afeto. É claro que os casamentos por razões de ordem sócio-política-econômica decaíram na modernidade. No lugar dos casamentos arranjados submergiu a lógica do afeto e do romantismo. O casamento por escolha e por amor transformou a família em um espaço de autoajuda e proteção de interesses estritamente privados. A família perdeu antigos papéis, dentre eles a de unidade de produção, na medida em que trabalho e lar ganharam autonomia. Mas isso não quer dizer que toda e qualquer família é formada por pessoas que nutrem entre si um sentimento de afeto. Isso até pode ser o ideal, mas não é real, tampouco obrigatório. Um casal em que um não nutre mais afeto pelo outro, mas que continua junto, de fato e de direito, continua a ser, do ponto de vista jurídico, um casal. Um pai e um filho em que o sentimento de afeto não existe mais, ou mesmo que nunca tenha existido, não deixam de ser pai e filho. Dois irmãos podem durante toda a vida jamais terem nutrido sentimento de afeição, mas não deixam de ser parentes colaterais e, portanto, família. Amigos por toda uma vida, sempre com enorme benquerença no trato de suas relações, apesar do afeto não são família. Esses pequenos exemplos mostram como o campo do afeto e do Direito são completamente diferentes. À ciência jurídica não compete, até mesmo pela extrema dificuldade desta tarefa, assimilar o conteúdo de família pelas estritas relações de afeto, por natureza não quantificáveis. Ao invés, pode apreender situações concretas como a posse de estado de filho.

Na tarefa de assinalar a diferença entre afetividade como princípio jurídico e afeto Paulo Luiz Netto Lôbo adverte:

Por outro lado, a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Assim pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade. Além dos fundamentos contidos nos artigos 226 e seguintes da Constituição, ressalta o dever de solidariedade entre os membros da família (art. 3º, I, da Constituição), reciprocamente entre pais e filho (art. 229) e todos em relação aos idosos (art. 230). A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade<sup>205</sup>.

Posto isto não é jurídico dizer que, a partir do ajuizamento de uma ação investigatória por quem já possui paternidade jurídica ou negatória de paternidade, tendo acabado o afeto, a afetividade, a socioafetividade, ou o termo que for a deflagrar esse fato psicológico ou anímico, não há mais família. Não! É preciso perscrutar a existência da posse de estado de filho, conceito que com o afeto não se confunde, e que como já visto, além do trato, alia nome

---

<sup>205</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 54, n. 339, janeiro de 2006, p. 47.

e reputação. Igualar afeto e posse de estado de filho é desconsiderar dois dos elementos deste critério sociológico, nomeadamente o nome e a fama, como se eles fossem alternativos.

Portanto, a posse de estado de filho – *fato social* – pode não mais existir no momento da ação judicial, mas a falta de atualidade não tem o condão de descaracterizar sua existência. O mesmo se dá com dois ex-companheiros que propõem uma ação de constituição e desconstituição de união estável. O fato desta realidade sociológica não mais existir no momento em que chega aos Tribunais não apaga a situação anterior de gozo da posse de estado de casados.

Para que não fique dúvida é preciso esclarecer que não se está a afirmar que relações de afetuosidade são desimportantes para o Direito de Família. Pelo contrário, o *afeto*, denominação que como já visto não é a mais adequada, é relevantíssimo, mas desde que por *afeto* leia-se, no terreno da filiação, posse de estado de filho. No conflito entre a paternidade jurídica e a biológica, seja pela defectibilidade da presunção *pater is est*, seja pelo erro ou dolo a que incorreu o perfilhante, na presença da posse de estado, que, repita-se não precisa ser atual, é a jurídica que deve prevalecer.

A ambiguidade do uso do conceito *afeto* e do princípio da afetividade no Direito de Família crê-se que ocorre por seu uso indistinto nas relações conjugais e nas relações paterno-filiais.

A partir do ocaso da averiguação da *culpa* na dissolução das sociedades conjugais e sua conseqüente objetivação pelos Tribunais, a requisitar tão somente a falência do enlace afetivo, difundiu-se a vaga doutrina de que é o afeto, e somente ele, o termômetro identificador das famílias. Por conseqüência, presente o afeto reputa-se a existência real e fática de uma família. Ausente o afeto não há mais que se falar em família.

Ora, essa doutrina pode ter inteira validade no campo psicológico, mas não no âmbito jurídico, cujo papel não é mapear e tratar as relações humanas a partir de suas emoções e sentimentos. Se na relação horizontal homem-mulher, findo o afeto – elemento anímico –, pode o Direito agasalhar o encerramento do vínculo jurídico do casamento ou da união estável, o mesmo não se dá na relação vertical pai-filho menor. É aqui que se torna perceptível como o estado de filiação não é uma *escolha* como é o estado marital. Existem regras culturais e jurídicas para além do afeto na relação paterno-filial. Isso se torna bem evidente na imposição coativa de paternidade em ações que investigam e constituem este vínculo e na imposição do dever alimentar entre familiares, nas quais não se pesquisa a existência de *afeto* ou vontades.

O próximo e sexto ponto concerne à prova da posse de estado de filho. Luiz Edson Fachin ensina que “a prova pode ser produzida por todos os meios em direito admitidos, como a testemunhal e a documental”<sup>206</sup>. A prova oral, se existente a posse de estado, poderá confirmar em especial a notoriedade – *fama* – que o critério impõe e a documental – através de cartas, cartões, fotos e outros – poderá evidenciar o trato. O trabalho de assistentes sociais e psicólogos, auxiliares do juízo, pode ser fundamental na formação da convicção da existência deste estado, sem, no entanto, autorizar a dispensa do contato pessoal do julgador com as partes.

Com vistas à facilidade da produção dessa prova, a reforma francesa de 1972 disponibilizou o instrumento da pré-constituição da posse de estado de filho, através do que chamou de *l'acte de notoriété*<sup>207</sup>.

Na lacuna da lei nacional, qual seria a validade de uma escritura declaratória de posse de estado de filho? A mesma da declaratória de união estável? A diferença que sobressai entre uma declaratória de posse de estado de filho e de companheirismo é que nesta ambos os declarantes gozam de plena capacidade, enquanto naquela os declarantes, pai e filho menor, não, dependendo este da representação (se absolutamente incapaz) ou assistência (se relativamente incapaz) de sua mãe ou de quem exercer o poder familiar. A seguir a tendência da Lei 11.441/2007, que proibiu a escrituração de divórcio, separação e inventários extrajudiciais na existência de menores, difícil será a acolhida pelo ordenamento pátrio da figura ou instituto similar do *acte de notoriété*.

*De lege ferenda* no projeto de Lei 2.285/07, conhecido como Estatuto das Famílias e em trâmite no Congresso Nacional, há previsão da prova da filiação, além do registro de nascimento, se fazer também pela posse de estado de filho, bem como impedir a procedência da negatória de paternidade pelo marido caso se caracterize a posse de estado de filho<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*; relação biológica e afetiva. Ob. cit., p. 70.

<sup>207</sup> Definição de *Acte de notoriété*: “*Document par lequel un officier public recueille des témoignages en vue de d'établir une circonstance ou un fait matériel qu'un grand nombre de personnes ont pu constater. . dont ils ont pu avoir connaissance ou qui leur ont semblé avérés. (...) L'acte de notoriété est ainsi utilisé en matière de filiation*”. (Tradução livre da autora: “Documento emitido por um funcionário público que recolhe testemunhos para estabelecer um fato material ou circunstância de que muitas pessoas têm notado, tenham conhecimento ou que parecia comprovada. [...]. O ato de reconhecimento é, portanto, usado para filiação”). Disponível em <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/acte-de-notoriete.php>. Acesso em 28.05.2011.

<sup>208</sup> Art. 71. A filiação prova-se pelo registro de nascimento.

§2º. Também se prova a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando houver posse de estado de filho.

Art. 76. Cabe ao marido, ao convivente ou à mulher o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil.

§2º. Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade:

II – caso fique caracterizada a posse de estado de filho.

Da mesma forma o enunciado 130 do Conselho da Justiça Federal da I Jornada de Direito Civil traz para o artigo 1.601 do Código Civil a seguinte redação: “Art. 1.601: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

§1º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse de estado de filho.

Mesmo assim ainda é parca a dedicação no âmbito legal de maiores definições sobre o conceito e os efeitos jurídicos da posse de estado de filho, apesar de utilizado largamente pelos Tribunais para o estabelecimento da paternidade, o que patenteia a dissintonia entre lei e jurisprudência.

Importa esmiuçar em quais situações e conflitos o critério socioafetivo vem sendo utilizado pelos Tribunais e quando está sendo dispensado.

## 2.4. A jurisprudência dos Tribunais nacionais diante dos conflitos de paternidade

### 2.4.1. Nos adultérios a matre

O primeiro conflito dos critérios de paternidade a ser analisado é o proveniente de adultério *a matre*. No conflito entre a paternidade jurídica e registral do marido com a paternidade biológica de terceiro estranho ao casamento, a jurisprudência tem dado preferência ao critério biológico.

Representativo deste posicionamento é o julgamento do Recurso Especial nº. 878.954-RS:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.

- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.

- A realização do exame pelo método de DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

- A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção de paternidade.

- *Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.*

- *E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas<sup>209</sup>.*

Nesta negatória de paternidade dois pontos do acórdão merecem ser comentados. O primeiro deles é que a Corte Superior valorizou a verdade “real” advinda do exame de DNA, sem perquirir sobre a posse de estado de filho identificada pelo Tribunal de origem, aliás,

---

§2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”. Disponível em <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em 16.05.2011.

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 878.954-RS. Julgado em 07.05.2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18.05.2011.

fundamento utilizado pela instância *a quo* para manter a paternidade e julgar improcedente o pedido contido na negatória.

Eis o motivo ventilado pelo Superior Tribunal de Justiça no voto condutor para o não exame do critério da posse de estado de filho:

[...] Prosseguindo na análise da temática desenvolvida no acórdão impugnado, sem adentrar na esfera da existência ou não da paternidade sócio-afetiva, inviável de análise pela incidência da Súmula 7/STJ, tem-se perfeitamente demonstrado, ao contrário do que afirma o Tribunal de origem, o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o recorrente, porquanto induzido em erro ao proceder o registro da criança, acreditando se tratar de sua filha biológica. Passível, portanto, de anulação, o ato de reconhecimento de paternidade, por vício de consentimento [...]. (grifou-se)

Uma questão importantíssima que exsurge então é definir se a posse de estado de filho é questão de fato ou de direito, sob pena de o Tribunal competente para unificar a matéria de direito civil não se manifestar nunca sobre o critério socioafetivo, reduzindo-se os conflitos de filiação a dualidade: verdade registral *versus* verdade biológica.

Não há dúvida que a posse de estado de filho é um fato. No entanto, extraindo-se deste fato provado consequências jurídicas, entre elas a fixação da relação paterno-filial no conflito de paternidades, indubitavelmente, deve o Superior Tribunal de Justiça examiná-lo, tal como sucede nas divergências jurídicas a serem pacificadas, por exemplo, nas uniões estáveis, igualmente realidade sociológica. O que a Súmula 07 impede é o revolvimento da matéria fática a partir do reexame das provas<sup>210</sup>. Os fatos desta negatória – ausência de vínculo biológico e posse de estado de filho – já haviam sido deduzidos pelas partes e provados nas instâncias ordinárias. Cabia ao Superior Tribunal diante destas circunstâncias definir a paternidade – questão de direito –, sem desprezar um fato já provado e relevante no deslinde da lide. A posse de estado de filho é tão fato quanto o vínculo biológico. Ambos são objeto de prova. A qualificação e valoração jurídica destes fatos é que constitui questão de direito. Não prestigiar o fato – posse de estado de filho – significa desconfiar do resultado obtido pela instância *a quo* em sua qualificação das provas ou dirigir o resultado do julgado com a simplificação do conflito. Certamente é mais fácil decidir com base apenas na dicotomia verdade biológica *versus* “vício de consentimento”<sup>211</sup>, ignorando a variável da posse de

<sup>210</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18.05.2011.

<sup>211</sup> Diante dos conflitos de paternidade dos filhos havidos no casamento provocados por adultério *a matre* é equivocado mencionar o vício de consentimento do pai e marido, haja vista que a paternidade não depende de um ato de sua vontade, mas decorre da presunção legal *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Apesar de os julgados correntemente apresentarem tais conflitos na fórmula simplificada “vício de consentimento” x “verdade biológica”, o correto é apresentá-los como o entrosamento entre a presunção *pater is est* do artigo 1.597 do Código Civil e a paternidade biológica. O vício de consentimento apenas deve ser usado nos casos de perfilhação. Sobre a inexactidão e imprecisão terminológica no direito de filiação, confira-se o item 3.4 *infra*.

estado de filho. Mas a posse de estado de filho é tanto uma questão de direito que em diversos outros julgados a mesma Corte Superior a utilizou como fundamento determinante para a prolação de seus julgados<sup>212</sup>.

No tocante à possibilidade mencionada pelo acórdão de investigação da paternidade a qualquer tempo, o que driblaria eventual prejuízo ao melhor interesse da criança, que poderá ainda ir em busca de sua paternidade “real”, repita-se que não é através de uma sentença e de um registro que vínculos parentais reais se formam, mas do desempenho de funções e da construção diária de laços afetivos. A artificialidade deste fundamento esbarra na posse de estado de filho, identificada pelo Tribunal de origem uma vez que a criança e ré da negatória chamava, reconhecia e era tratada pelo autor da ação como filha, desfrutando deste estado.

Em crítica ao uso indiscriminado do exame de DNA e dos efeitos da produção desta prova e de sua máxima valoração nas ações desconstitutivas, assinala Leila Maria Torraca de Brito:

[...] se a nova tecnologia possibilita – por meio da investigação de paternidade – acrescentar o nome do pai em registros de crianças antes vistas como filhos de pais desconhecidos, o uso exclusivo do critério biológico para desconstituir paternidades facilita aqueles que sempre conheceram o pai a passarem, agora, a ser filhos de um pai que lhes é desconhecido<sup>213</sup>.

Portanto, para aquelas hipóteses de desmembramento da paternidade institucional-jurídica e biológica decorrente de adultério praticado pela mãe casada, a posse de estado de filho deve confirmar a presunção legal ou não, servindo, mais do que um meio de prova supletiva, como verdadeiro critério a confirmar a paternidade. Inclusive se o pai biológico – *genitor* – quiser impor sua paternidade sobre a do pai jurídico e socioafetivo. Nesse sentido Heloisa Helena Barboza:

O reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva, gerando o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil, se legitima no interesse do filho. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de “segunda classe”. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos, eis que fundamento do vínculo de parentesco, qualquer que seja o critério adotado. Eventuais limitações do parentesco dependem de lei, que deve harmonizar-se com as diretrizes constitucionais.

Pelos mesmos motivos acima, o critério da socioafetividade deve prevalecer na hipótese de confronto com o biológico. Uma vez reconhecido por sentença o parentesco socioafetivo, seus efeitos permanecem indefinidamente, à evidência ressalvada a desconstituição judicial do vínculo<sup>214</sup>.

<sup>212</sup> Neste sentido conferir o julgamento dos Recursos Especiais 932.692-DF; 1.000.356-SP e 1.067.438-RS. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18.05.2011.

<sup>213</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 08, n. 36, jun/jul, 2006, p. 14.

<sup>214</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. Ob. cit, p. 32 e 33.



A prevalecer a decisão trazida a discussão, com preponderância do direito de o marido negar a paternidade porque traído, mais uma vez serão os filhos a pagar a conta da infidelidade dos pais. Se antes da Constituição e da consagração dos princípios da dignidade humana e da igualdade absoluta entre todos os filhos, o adultério *a patre* era suportado unicamente pelo filho bastardo, inexistente para o direito, que lhe negava a formação do seu estado de filiação e, conseqüentemente, de sua própria identidade, atualmente, com a possibilidade a qualquer tempo de negação da paternidade e o mapeamento genético através do DNA, o adultério *a matre* será também suportado pelo filho extraconjugal, com a desconstituição de sua paternidade. Novamente o Direito de Família recai no desacerto de transplantar para os filhos as conseqüências da infração de deveres legais de seus pais. A revelação dos dados genéticos não deve ser usada contra quem não infringiu nenhum dever jurídico.

A fim de evitar este tipo de decisão o legislador francês, diante do conflito entre a paternidade presumida e a paternidade biológica, ponderou que a presença da posse de estado de filho confirma aquela:

Article 333 - Modifié par LOI n°2009-61 du 16 janvier 2009 - art. 1

Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté.

Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement<sup>215</sup>.

Com relação ao sistema de filiação belga, Luiz Edson Fachin pontua o destaque dado à posse de estado de filho:

Por outro lado, a posse de estado assume especial papel nesse contexto, revelando a importância da verdade sócio-afetiva no estabelecimento da filiação. Se a presunção de paternidade não é corroborada pela posse do estado em relação ao pai e salvo reunião de fato entre os pais e ao tempo da concepção, aquele que propõe a contestação [no sistema belga a legitimidade contestatória é do marido, da mãe e do próprio filho] está dispensado de provar a não paternidade do marido. Uma vez que a posse de estado diante do pai presumido prova a filiação, a ausência de posse de estado constitui circunstância que faz presumir a não paternidade. É interessante notar que, existindo posse de estado, não poderá o filho contestar a paternidade, salvo circunstâncias excepcionais, como consta expressamente do art. 332 do Código Civil belga. Nesse caso, a intenção do legislador foi impedir a contestação de paternidade de um homem que tenha tratado o filho como seu<sup>216</sup>.

<sup>215</sup> Artigo 333 Alterado pela Lei n. ° 2.009-61 de 16 de janeiro de 2009 - art. 1

Quando a posse de estado está em conformidade com o título, só a criança, seu pai, sua mãe ou alguém que afirma ser o pai verdadeiro podem agir. A ação prescreve em cinco anos a contar da data em que a posse de estado cessou ou da morte do pai, cuja paternidade é disputada.

Ninguém, exceto o Ministério Público, pode contestar a filiação, quando a posse de estado conforme o título durou pelo menos cinco anos desde o nascimento ou do reconhecimento, se for feito posteriormente. (tradução livre da autora).

<sup>216</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Ob. cit., p. 97 e 98.

Enfim, com exceção das hipóteses de separação de fato prolongada<sup>217</sup>, a presunção *pater is est* deve ser mantida, apesar de o adultério praticado pela mãe casada destacar o vínculo biológico da paternidade, se presente o critério da posse de estado de filho.

#### 2.4.2. Nas “adoções à brasileira”

Adoção à brasileira é a perfilhação por pai ciente da ausência de vínculo biológico, com supressão do processo formal de adoção e prática de falsidade ideológica. O Código Penal, no capítulo dos crimes contra o estado de filiação, tipifica como ilícito penal o registro de filho de outrem como seu, reconhecendo, no entanto, a possibilidade do juiz deixar de aplicar a pena quando a perfilhação falsa é praticada por motivo de reconhecida nobreza<sup>218</sup>.

Os números de casos de adoção à brasileira são desconhecidos, mas diante da enormidade de julgados que chegam aos Tribunais, tudo leva a crer que se trata de uma realidade nacional. Na verdade, não se sabe quantos pais e porque reais motivos reconhecem como seus, filhos, sabidamente de terceiro. No entanto, o fenômeno da adoção à brasileira também evidencia que a perfilhação não é um evento de identidade biológica, mas, antes de tudo, uma declaração de vontade que com a genética pode ou não coincidir. O oficial do cartório do registro civil de pessoas naturais não tem como atribuição registrar dados biológicos, mas puramente declarações de vontade<sup>219</sup>.

Um dos motivos reincidentes relatado nos julgados das ações negatórias de paternidade é o pedido encarecido da mãe solteira, ao então companheiro, para que a criança de leite anterior, “abandonada” pelo pai biológico não permaneça sem pai jurídico. Quando a união conjugal – seja casamento ou união estável – termina, esses falsos perfilhantes negam em juízo a paternidade. Instala-se assim mais uma hipótese de conflito de paternidade.

<sup>217</sup> Luiz Edson Fachin informa que no julgamento dos recursos extraordinários nº. 46.135, 58.287, 78.165 e 83.936 admitiu-se o reconhecimento voluntário de filho de mulher casada mas separada de fato por homem solteiro, vislumbrando-se os elementos da posse de estado de filho. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit. *passim*).

<sup>218</sup> Código Penal, art. 242 (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981): “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. Segundo Luís Paulo Cotrim Guimarães a jurisprudência nacional é uníssona em conceder a absolvição criminal àqueles que burlam o processo formal de adoção imbuídos de boa-fé. (GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. In: *A paternidade presumida no Direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136).

<sup>219</sup> Assim também como não tem o oficial do cartório de notas que se certificar na escrituração de testamento público do dado biológico do perfilhante. O oficial autentica e atribui fé pública ao ato de manifestação de vontade, e não a identidade genética, aliás, vontade esta irrevogável, mesmo se, posteriormente, o negócio jurídico de última vontade for revogado em sua totalidade, vide art. 1.610 do Código Civil de 2002: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

A jurisprudência, no entanto, em matéria de adoção à brasileira tem se mantido firme no propósito de desacolher os pedidos negatórios de quem sempre soube inexistir vínculo biológico, como demonstra a ementa do recurso especial 1.003.628/DF:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso Especial. Ação negatória de paternidade c.c declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido.

- O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.

- Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real<sup>220</sup>, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais.

- O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que “o pai registral” foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, tenha sido coagido a tanto.

- Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se a ambivalência presente nas recusas de paternidade tão particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.

- A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto<sup>221</sup>. (grifou-se)

Destaque-se que no voto deste julgado há o registro de que o casamento do autor da negatória de paternidade com a mãe da criança perfilhada teve o curto lapso temporal de 06 (seis) meses e, ainda assim, corretamente, o pedido desconstitutivo contido na ação foi julgado improcedente em razão da impossibilidade da revogação da adoção ainda que irregular.

Louvável o destaque do acórdão de que a instabilidade dos laços dos cônjuges não pode contaminar as relações paterno-filiais:

Se os relacionamentos entre casais passam pela senda da fugacidade, a efemeridade acometeria também o vínculo paterno-filial? A incerteza e a volatilidade instalar-se-iam

<sup>220</sup> O que constitui a verdade real em matéria de filiação? Apesar do mérito do voto condutor ao julgar improcedente o pedido de desconstituição da paternidade, não se pode concordar que a verdade real seja a biológica, como posto na ementa do julgado, mas ao invés, que seja o espelho da genuína relação paterno-filial consagrada pela posse de estado de filho. Nesse sentido Paulo Luiz Netto Lôbo: “A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, de que emerge o estado de filiação efetivamente constituído”. (LÔBO, Paulo Luis Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. Ob. cit., p. 149)

<sup>221</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.003.628-DF. Julgado em 14.10.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 20.05.2011.

também no porto que deveria trazer segurança ao menor, fazendo soçobrar o laço afetivo que certa vez unia pai e filho?

A servir de fundamento ao provimento do especial apelo, o acórdão analisado destaca contrariedade ao artigo 1.604 do Código Civil, pelo qual “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

Apesar de bem decidir a Corte Superior ao julgar improcedente o pedido negatório de paternidade, João Baptista Villela doutrina a diferença entre o erro substancial do declarante, que se soubesse da realidade (ausência de vínculo genético) não praticaria o ato de perfilhação – erro este a viciar o consentimento válido e a justificar sua permanência – e a falsidade do registro por erro cartorário:

Constitui fonte de graves equívocos pensar o registro fora de seu ambiente “semântico” próprio. O falso na semântica do registro é o que não corresponde à realidade da operação que nele se assenta. Não o que material ou ideologicamente divirja do declarado. Assim, se alguém comparece no registro e declara a outrem como filho seu, por supor, equivocadamente, tê-lo gerado, não faz surgir um assentamento falso. O assento é, ao contrário, verdadeiro e produzirá efeitos jurídicos típicos até que sejam desconstituídos. Se depois o declarante, de posse da informação de que o filho tem outra procedência genética, quiser invalidar o registro, não lhe basta isso para o desconstituir. Terá, sim, que demonstrar haver incidido em erro, de que a desinformação é um dos elementos, mas não toda a *fattispecie*. O equívoco em que laborou só será hábil ao propósito de desfazimento se tiver atuado no seu espírito de modo a ter-se constituído em causa determinante de sua conduta. Do mesmo modo que é válida, perfeitamente válida, a aquisição de um quadro falso. Para que se possa desfazer o negócio jurídico impõe-se que a falsidade não só fosse desconhecida do adquirente como também que tenha para ele tal peso e valor que não praticaria o ato ou só o praticaria em condições sensivelmente diversas, dela soubesse anteriormente. Por isso é que a um reconhecimento de filho, formalmente correto, mas que tenha sido efetuado por equivocada suposição do declarante, não se combate com o manejo da ação de *falsidade* do registro, senão com ação de nulidade por erro na declaração unilateral não-receptícia de vontade. Filigrana? Parece, mas não é. Competência do juízo, provas a produzir, objeto, etc. não são os mesmos para uma e outra ação<sup>222</sup>.

Portanto, há que se extremarem três situações distintas. A primeira – adoção à brasileira – é aquela em que o perfilhante, sem laborar em erro ou coação no ato de manifestação de vontade, possui ciência da inexistência do vínculo biológico, como o pai do acórdão em comento. Nas hipóteses de adoção à brasileira não há produção de um registro falso porque o assento condiz com a operação realizada, com a vontade externada pelo adotante.

A segunda refere-se àqueles que reconhecem voluntariamente a paternidade, acreditando ser o pai genético, incidindo em erro substancial, pois, ao desconhecer a verdade biológica, manifestam-se na produção de um ato jurídico que, se informados, provavelmente

<sup>222</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições, p. 140.

não efetivariam. Tampouco há como se taxar, nestas perfilhações, o registro de falso ou errado, porque ele reflete exatamente o que o declarante manifestou. O erro é do ato de manifestação de vontade e não do ato registral.

Finalmente, a terceira situação, muito mais rara, condiz com aquelas hipóteses em que o assento do registro de nascimento é falso por erro cartorário. Eis a hipótese prevista, segundo João Baptista Villela, na regra do artigo 1.604 do Código Civil, a possibilitar a contestação do registro civil, salvo da qual o estado civil é insindicável.

Por outro lado, se com relativa uniformidade os Tribunais impedem as negativas de paternidade nos casos de adoção à brasileira, a mesma solução não vem sendo dada nas demandas de investigação de paternidade por filhos adotivos “irregulares”.

Conquanto diante de uma estável posse de estado de filho por mais de 50 (cinquenta) anos a fio, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 833.712-RS, acolheu a investigação de maternidade e paternidade, forte no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do direito à formação do estado de filiação<sup>223</sup>, o que demonstra quão vacilante são ainda os julgados, ora a preponderar a socioafetividade, ora o vínculo biológico.

#### 2.4.3. Nas famílias reconstituídas

<sup>223</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 833.712-RS. Julgado em 17.05.2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 20.05.2011

“Direito Civil. Família. Recurso Especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.

- A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento de origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido”.

Família reconstituída, recomposta, ensamblada, mosaico, *stepfamily* ou *blended family* são denominações para identificar a estrutura familiar formada a partir de um novo enlace conjugal, seja um casamento ou uma união estável, em que existam filho(s) de leito anterior. Em outras palavras, são as famílias formadas por madrastas e/ou padrastos e seus enteados com ou sem filhos comuns.

Waldyr Grisard Filho, com base em estatísticas do IBGE acerca de divórcios, separações e casamentos, tanto primeiras quanto segundas núpcias, informa que a formação de famílias reconstituídas é uma realidade crescente<sup>224</sup>.

Realmente o controle social externo incidente sobre a família institucionalista contemporânea à legislação de 1916 dificultava a prática das segundas núpcias, que ocorriam em geral quando o homem ou a mulher enviuvavam. Com a explosão do divórcio e o enfraquecimento dos laços conjugais, muitas famílias passaram a se reorganizar a partir de novos enlaces conjugais com filhos precedentes e comuns, formando as famílias reconstituídas<sup>225</sup>.

Nas famílias reconstituídas, diferentemente das famílias primárias e tradicionais, novos laços socioafetivos surgem, duplicando-se os papéis de pai, mãe, avós, tios, primos e irmãos. Dentro desta estrutura complexa, frequentes são os conflitos que se desencadeiam pela inexistência de funções, poderes, direitos e deveres dos novos e antigos integrantes.

O legislativo não se ocupou das famílias reconstituídas, com exceção da previsão de impedimentos para as segundas núpcias, hoje causas suspensivas, prevista no artigo 1.523, incisos I e III, do Código Civil, pelo qual não devem casar “o viúvo ou viúva, que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros” e “o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”. A consequência da inobservância destas causas suspensivas é a obrigatoriedade do regime da separação de bens a reger as relações patrimoniais do segundo enlace, conforme preceitua o inciso I do artigo 1.641 do Código Civil<sup>226</sup>.

No mais, a lei se dedica ao tema apenas quanto à manutenção dos direitos e deveres dos pais divorciados em relação aos filhos, desvinculando a relação conjugal finda da relação

---

<sup>224</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-85.

<sup>225</sup> Sobre a fragilidade dos laços conjugais, comenta João Baptista Villela: “A descompressão da família, porém, não se fez sem custos. Sob a estrutura institucionalista, o controle social externo proporcionava garantia contra o exercício arbitrário do poder no interior do grupo. Restituída a si própria, a família passou a ter seu equilíbrio dependendo da capacidade de autocomposição de seus membros. Fragilizados, os laços ganharam em poder de expressão afetiva, mas perderam em capacidade de sustentação (...)” (VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. Ob. cit, p. 19).

<sup>226</sup> CC/2002, art. 1.641: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento”.

paterno-filial e na formação do parentesco por afinidade entre padrasto e madrasta e seus enteados, o que constitui impedimento para o casamento<sup>227</sup>.

Ainda em 2007, através da Lei 11.924, o legislador modificou a Lei nº. 6.015, de 13 de julho de 1973, para autorizar a averbação do nome de família do padrasto ou da madrasta no registro de nascimento do enteado, a depender do consentimento expresso destes e de autorização judicial<sup>228</sup>. É o reconhecimento, ainda que tão somente pelo aspecto do nome, das famílias reconstituídas e da dimensão socioafetiva das relações paterno-filiais.

Afora essas disposições pontuais, inexistente um regramento sistemático a normatizar as relações dos membros da família reconstituída. Entre a benevolência da omissão e lacuna legislativa, e mesmo diante do temor de se formalizar uma família de segunda classe, e a incerteza e insegurança da total ausência de regras, a doutrina se divide, posicionando-se Waldyr Grisard Filho:

Entretanto, a família, como grupo social, desde o modelo arcaico, requer pautas de conduta que definam e compatibilizem as regras entre seus integrantes, sem as quais não se pode conceber seu funcionamento. De uma maneira mais crescente, as famílias reconstituídas vivem seu cotidiano no espaço privado e à margem da lei, com pautas institucionais somente para alguns de seus integrantes. Por inexistirem normas externas, são seus próprios integrantes que as criam. Para isto, exige-se o intercâmbio e a concordância de todos os membros da família, como meio de legitimar as regras que não são institucionalizadas. A falta de legitimação enraíza o medo e com ele as rivalidades, os interesses extremados e as chantagens afetivas. Ao direito cabe legitimar as eleições individuais ou grupais, afirmar certas responsabilidades originadas nas funções familiares, instituir regras para impedir descumprimentos das funções conjugais e parentais<sup>229</sup>.

A letargia do legislativo, no entanto, não impediu que o Poder Judiciário passasse a fixar algumas diretrizes com relação à guarda e visitação dos filhos que vivem em famílias reconstituídas, já tendo sido reconhecido aos padrastos e madrastas o direito de manter a convivência com seus enteados<sup>230</sup>.

<sup>227</sup> CC/2002, art. 1.579: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único: Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

CC/2002, art. 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. §1º. O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

CC/2002, art. 1.521: Não podem casar:

II – os afins em linha reta”.

<sup>228</sup> Lei 11.924 de 17.04.2007:

Art. 1º Esta Lei modifica a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, em todo o território nacional.

Art. 2º O art. 57 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:

“Art. 57. ....

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.” (NR)

<sup>229</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*: novas uniões depois da separação. Ob. cit., p. 107.

<sup>230</sup> Sobre o tema conferir: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI 0047146.86.2010.8.19.0000 julgado em 28.02.2011; AI 0019872.55.2007.8.19.0000 julgado em 27.05.2008; AC 0043191.91.2003.8.19.0000 julgada em

Com relação ao tema da formação do estado de filiação nas famílias reconstituídas, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.106.637, considerou o padrasto legitimado para pedido em ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar em face do pai biológico:

Criança e Adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.

O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de *legítimo interesse*, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, §1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o *legítimo interesse* para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à *socioafetividade*, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735).

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.

Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana. (apud Pereira, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 58)

Com fundamento na paternidade responsável, “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores” e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, “o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção” (Principes de Droit Civil Français, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente.

Sob a tónica do *legítimo interesse* amparado na *socioafetividade*, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, §1º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar – que devem estar sobejamente comprovadas – são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c/c art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delinham no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no



princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal da adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA.

Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destitutivo, em procedimento contraditório.

Recurso especial não provido<sup>231</sup>.

O pedido de adoção por padrasto ou madrastra tem substrato na regra do §1º do artigo 41 do ECA, pelo qual “se um dos cônjuges ou concubinos adotar o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes”. É a adoção unilateral permitida excepcionalmente em lei justamente com base na socioafetividade do padrasto ou madrastra e seu enteado. Apesar de ser unilateral não deixa por isso de ser plena, constituindo um novo estado de filiação e rompendo os vínculos jurídicos com o pai ou a mãe biológica.

A princípio, a leitura da permissão legal da adoção unilateral parece ser dirigida àqueles filhos cujos pais e/ou mães biológicos não juridicizaram suas relações ou para as hipóteses de órfãos em uma das linhas parentais. A partir do novo enlace do pai ou mãe solteiro(a) ou viúvo(a) passariam esses filhos a desfrutar da posse de estado de filho em relação à companheira ou companheiro. Para estas hipóteses, o ECA abre uma exceção à regra de que a adoção rompe definitiva e irrevogavelmente com a família de origem, mantendo o parentesco biológico e jurídico com a linha paterna ou materna. É natural que filhos de leito anterior, órfãos em tenra idade, por exemplo, no gozo da posse de estado de filho desejem se sentir plenamente integrados à família construída a partir das segundas núpcias e que o padrasto, de fato *pai*, a fim de proteger seu *filho não biológico* o queira adotá-lo. Entretanto, mesmo para essas hipóteses é importante a oitiva do adotando, que mesmo no gozo da posse de estado de filho, pode desejar manter incólume sua historicidade e seu sobrenome de origem. Registre-se que a morte do pai/mãe ou a não perfilhação dispensam a prévia destituição do poder familiar no procedimento de adoção unilateral.

Situação diferente é aquela em que filho de pai ou mãe vivos e com o vínculo jurídico estabelecido, paralelamente goza da posse de estado de filho em relação ao padrasto/madrastra. Esta é a hipótese descrita no julgado supracitado, cuja ementa consigna a necessidade de

<sup>231</sup> BRASIL. Recurso Especial nº. 1.106.637. Julgado em 01.10.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10.04.2011.

destituição do poder familiar do pai, réu da ação de adoção, com observância das causas taxativamente previstas em lei. A advertência é salutar na medida em que o pai não pode ser desconsiderado simplesmente por não ter, por exemplo, a guarda do filho, com reformulação de seu estado de filiação. Até porque as segundas núpcias ou nova união estável podem também terminar, o que mostra que as relações paterno-filiais não podem ficar à reboque da estabilidade das relações conjugais.

A fim de evitar hipóteses como a do julgado supracitado, o Código Civil Francês, na redação do artigo 345, I, proibiu a adoção plena do filho do companheiro, salvo na hipótese de inexistência de filiação legalmente estabelecida<sup>232</sup>.

Apesar de a lei e a doutrina sempre terem repisado que o poder familiar é indisponível e irrenunciável, na prática, em muitas famílias reconstituídas, a autoridade parental – criação, educação e assistência, inclusive o sustento material dos menores – é de *fato* exercida por madrastas e padrastos. Não obstante exista regra enunciada no artigo 1.636 do Código Civil no sentido de que “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”<sup>233</sup>, na vida real, por um sem número de razões, não é sempre isso que ocorre.

No espaço entre o *dever ser* e o *ser* do exercício da autoridade parental, tem o direito se encontrado perdido, ora oscilando pela imposição coativa dos deveres de visitação e cuidado, com a imposição de *astreintes* e reparação de danos morais por abandono e não exercício do poder familiar, ora sucumbindo a difícil, senão impossível, tarefa de coagir e exigir o dever pessoal de serviço e cuidado. E a razão desta alternância, não pode ter outra explicação, que a imprecisão do domínio da moral e do direito<sup>234</sup>. Não raro esses âmbitos se superpõem e isso acontece nas relações paterno-filiais.

A moral da sociedade em que se insere o ordenamento jurídico nacional censura o pai que, após o divórcio, deixa de exercer a autoridade parental, descumprindo seus deveres de sustento, criação e educação, guarda, companhia e afeto. O Direito censura o pai que não

<sup>232</sup> Article 345-1 Modifié par Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 - art. 4 JORF 6 juillet 1996

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint; (Em tradução livre da autora: “A adoção plena do filho do companheiro é permitida: 1° - Quando o filho tiver filiação legalmente estabelecida apenas em relação ao companheiro).

<sup>233</sup> CC/2002, art. 1.636: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteira que casarem ou estabelecerem união estável”.

<sup>234</sup> A teoria mais simples e difundida entre Direito e moral os diferencia asseverando que, as regras jurídicas exigem apenas um comportamento exterior, com total indiferença aos motivos e razões de foro íntimo das condutas, enquanto a moral, contrariamente, não exige qualquer tipo de conduta externa padrão, mas apenas a boa vontade e a correção das intenções.

exerce mais a autoridade parental, deixando o filho em abandono, inclusive elencando-o como causa para a perda do poder familiar e, não aquele, que não possui mais afeto. Nesse sentido impõe coativamente o pagamento de alimentos, inclusive por meio de prisão civil, e o dever de visitação e guarda, tudo sempre com observância do que constitui o melhor interesse da criança. Mas não pode o Direito censurar, como faz a moral coletiva, a falta de amor e afeto, impondo-os, sob pena de sanções jurídicas.

Por isso é válida a transcrição da diferenciação, mais uma vez, da posse de estado de filho verificável através do exercício da autoridade parental e do afeto, na visão de Ana Carolina Brochado Teixeira:

[...] o que verdadeiramente determina a paternidade e a maternidade é o exercício da autoridade parental. Pai e mãe são definidos a partir desta conduta, que é fonte de responsabilidade e de deveres para o Direito de família. A adoção deste critério como definidor do parentesco socioafetivo mostra-se como uma alternativa bastante objetiva de se comprovar e reconhecer a existência de vínculos dessa natureza, sobretudo, porque afasta o reconhecimento da socioafetividade na necessidade de critérios metafísicos, anímicos e subjetivos como a existência de afeto<sup>235</sup>.

Portanto é perigosa a abertura jurisprudencial de reconhecimento de legitimidade do padrasto para adotar filho de pai vivo, cujo estado de abandono não esteja fortemente caracterizado, de molde a ensejar a destituição do poder familiar e, conseqüentemente, a adoção. O exercício em conjunto da função de pai e, na prática, da autoridade parental, por este e o padrasto não viabiliza por si só a alteração do estado de filiação. No mais, se o poder familiar é um complexo de direitos e deveres instituídos em favor do menor, ele, no caso em comento, representado ou assistido por sua mãe, é quem a princípio teria legitimidade para requerer tal destituição e não o seu padrasto. Uma vez destituído o pai registral e biológico do poder familiar, poderia, então, o padrasto ingressar com ação de adoção, assim como pode nas hipóteses de não perfilhação e de viuvez da companheira/esposa.

---

<sup>235</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 11, n. 10, jun-jul 2009, p. 41.

### 3. O VÍNCULO DE PATERNIDADE EM FACE DO TEMPO

#### 3.1. A filiação como elemento do *status*

Inicialmente é preciso delimitar o que significa um estado, para que sua acepção não se confunda com outras situações jurídicas subjetivas, como o direito subjetivo, o direito potestativo, as faculdades, o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.

Doutrina San Tiago Dantas que o estado civil “é uma qualidade jurídica, isto é, uma posição permanente em que o homem se encontra no seio da ordem jurídica e que o torna capaz de certos direitos, capaz de certas obrigações e continuamente vinculado a algumas delas, que são atributos do seu estado”<sup>236</sup>. Caio Mário da Silva Pereira afirma que os *status* “são atributos que fixam a condição do indivíduo na sociedade, e se por um lado constituem fonte de direitos e de obrigações, por outro lado fornecem os característicos personativos, pelos quais se identifica a pessoa, ou, como diria Savatier, fornecem a ‘classificação que a sociedade faz do indivíduo’”<sup>237</sup>. Sem dever correlato, os *status* não se confundem com a concepção de direito subjetivo.

É no Direito Romano que se tem o primeiro registro do que seja um estado. Na Antiguidade, os *status civilis* eram utilizados mais do que para qualificar e “etiquetar” posições jurídicas, mas para definir a própria personalidade. Três eram os requisitos da personalidade segundo o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*, respectivamente, a relação do indivíduo com a liberdade ou a servidão, a cidade e a família.

Contrariamente, na Modernidade, todo ser humano, pelo simples fato de ser pessoa, tornou-se apto a titularizar quaisquer direitos e obrigações, em uma conquista da igualdade absoluta de todos perante a lei. Ninguém depende mais de *status* para ser capaz de ter direitos subjetivos e assumir obrigações porque isso é inerente à própria condição humana<sup>238</sup>.

Se a noção do *status libertatis* tornou-se desimportante e mera reminiscência histórica, já que todos são livres por possuírem igual dignidade e consideração, os *status civitatis* e *status familiae* continuam na pós-modernidade sendo diferenciadores na posição jurídica do homem na comunidade e no grupo familiar de que faz parte. O tamanho da importância

<sup>236</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 143.

<sup>237</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 217.

<sup>238</sup> Georges Ripert comentando o Código Civil de 1804 captou essa transformação de paradigma, e afirmou terem sido seus redatores fiéis ao ideal de igualdade política revolucionário: “Os homens nascem iguais; toda pessoa humana é uma pessoa jurídica; todas as pessoas jurídicas devem ter os mesmos direitos; todo francês disfrutará dos direitos civis (art. 8º); a capacidade é a regra (art. 1123); as incapacidades legais não são, na maior parte, relativas ao gozo, mas simplesmente ao exercício dos direitos; a igualdade hereditária é assegurada”. (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o Direito Civil moderno*. Saraiva & Companhia Editores. s.a., p. 93).

dessas duas qualificações pode ser medido na necessidade de registro civil dos fatos jurídicos formadores e transformadores destes dois *status*.

Importante também o registro de que houve tempos em que as posições assumidas dentro do grupo familiar representavam restrição da capacidade, como a situação da mulher casada antes de 1962, considerada por lei relativamente incapaz. Pior ainda era a situação dos filhos havidos em uniões livres (hoje uniões estáveis), cuja própria formação do estado de filiação era impedida como penalidade pelo não casamento ou o adultério dos pais. Com o princípio da igualdade jurídica a incidir também no grupo social da família foram eliminadas tanto as hierarquias entre homens e mulheres no exercício da sociedade conjugal como entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais. O *status* civil de casada deixou de ser fator de redução da capacidade da esposa. O *status* civil dos pais deixou de ser determinante na formação do *status* jurídico dos filhos.

Além do *status civitatis* e do *status familiae*, também hoje menciona a doutrina<sup>239</sup> o *status personae*, posição jurídica individual do homem em uma comunidade, podendo a pessoa ser identificada por outros atributos como gênero (sexo masculino ou feminino), idade (maior ou menor), capacidade (plenamente capaz, absoluta ou relativamente incapaz), tendo influência na capacidade de fato apenas o fator idade e saúde, não mais o sexo.

Segundo Pietro Perlingieri o *status personae* “tem função de garantia expressa por uma cláusula geral de tutela”, como a de professar livremente a fé religiosa e o pensamento; agir em juízo para a tutela dos direitos; não ser privado da capacidade de direito, do nome e da liberdade pessoal; o juiz natural e a irretroatividade da norma penal, etc<sup>240</sup>. O *status personae* e a autonomia privada de se autorregulamentar são dimensões do princípio fundante da ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, os *status personae* ganharam na pós-modernidade grande força e visibilidade à medida que se difundiu que uma teoria da justiça não deve apenas se pautar em políticas redistributivas de recursos e bens, mas também em políticas de reconhecimento. Isto é: políticas de identidade que pretendem eliminar inferiorizações nos padrões sociais de representação por meio de uma transformação cultural e simbólica passaram a integrar o conteúdo do ideal de justiça. A regulação das situações subjetivas das crianças e dos adolescentes e dos idosos, por exemplo, é fruto destas políticas de reconhecimento<sup>241</sup>. Outras

---

<sup>239</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Ob. cit., p. 238; CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 275-278.

<sup>240</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 706-708.

<sup>241</sup> Em geral a doutrina apresenta como exemplos destas políticas de reconhecimento as questões de gênero, as questões raciais e de exercício da sexualidade, mas, também as crianças e adolescentes foram, por longo tempo, consideradas culturalmente pessoas inferiores. Cada vez mais as demandas atuais são por reconhecimento e não por redistribuição social.

minorias clamam por reconhecimento como os homossexuais, cuja bandeira, após a conquista de assumir livremente uma opção sexual minoritária, é o ingresso no Direito de Família, no *status familiae*, deixando o terreno do Direito das Obrigações. Esses movimentos de reconhecimento baseados no direito de ter uma identidade própria e de se autodeterminar, portanto, no âmbito do *status personae* produzem efeitos no *status familiae*, demandando do ordenamento jurídico soluções e posições a serem tomadas.

Aliás, segundo Elisabeth Roudinesco, todas as políticas de reconhecimento pela obtenção de um *status familiae* na atual ordem jurídica demonstram um grande paradoxo da pós-modernidade:

[...] Afinal, por que homossexuais, homens e mulheres, manifestam o desejo de se “normalizar”, e por que reivindicam o direito ao casamento, à adoção e à procriação assistida? O que aconteceu nos últimos trinta anos na sociedade ocidental para que antigas minorias perseguidas desejem ser reconhecidas não mais negando ou rompendo com a ordem familiar que tanto contribuiu para seu infortúnio, mas, ao contrário, procurando nela integrar-se?<sup>242</sup>

Uma possível resposta ao diagnóstico do paradoxo da família na pós-modernidade é, para Luc Ferry, a substituição de entidades verticais superiores ao homem, como Deus, a Pátria e a República, onde, em outras épocas, se situava o *sagrado*, para o próprio homem e no cuidado que se tem um com outro dentro dos grupos familiares:

[...] é a emergência progressiva de uma verdadeira *divinização do humano* que, sob o efeito das evoluções da família moderna, vai dar corpo à idéia de uma transcendência horizontal, de um sagrado encarnado no coração da humanidade e não mais, como antes, em entidades verticais, superiores e externas a ela. Daí, como vamos ver, a completa reviravolta das relações entre política e vida privada a que assistimos atualmente e que precisamos considerar. Para além das aparências enganadoras, a verdade revelada ultimamente pelos nossos melhores historiadores das mentalidades é que o único laço social que nos últimos dois séculos se aprofundou, intensificou e enriqueceu foi o que une as gerações no seio da família. Frequentemente decomposta, situada fora do casamento ou sem dúvida recomposta, no entanto menos hipócrita, mais autêntica e atraente do que nunca na história: é esse o paradoxo da família moderna. É nela, e talvez apenas aí, que subsistem e até se aprofundam formas de solidariedade de que o restante da sociedade, dominado quase exclusivamente pelos imperativos da competição e da concorrência, quase não tem mais conhecimento. É diante dos nossos próximos, daqueles que amamos e, sem dúvida por extensão, diante dos demais humanos que espontaneamente nos disponibilizamos a “sair de nós mesmos”, a recuperar a transcendência e o sentido em uma sociedade que mobiliza o tempo todo tendências contrárias<sup>243</sup>.

---

Isso quer dizer que as políticas de reconhecimento – de mulher, crianças e adolescentes, idosos, deficientes físicos, homossexuais, transexuais – eclipsaram as políticas de redistribuição socioeconômica. Para uma compreensão aprofundada das medidas redistributivas e de reconhecimento como dimensões de uma teoria da justiça, conferir o texto FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-189.

<sup>242</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Ob. cit., p.10.

<sup>243</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Ob. cit., p. 89.

Evidência, portanto, de que a família continua sendo o porto seguro do indivíduo na pós-modernidade é que ninguém quer abrir mão de ter uma, sedo prova disso os movimentos políticos que clamam por reconhecimento, não apenas social, mas também jurídico. Antes criticada, a família ocidental de hoje é reclamada e desejada pelos indivíduos.

Se por um lado, nas últimas décadas, viu-se um individualismo exacerbado e laços familiares desfeitos, por outro se assistiu a imprescindibilidade da família e sua revalorização, inclusive, pelos grupos que juridicamente ainda não conseguiram penetrar em seu modelo legal. O *status familiae*, por mais ilógico que possa parecer, é objeto de anseio.

Isso mostra como a família não é – e não pode ser –, como o mercado e outros valores individualistas induzem, descartável e fugaz. A família é ainda o principal ponto de referência do indivíduo e um motivo – talvez o único – pelo qual se transcende. Ninguém pode negar que a ambivalência entre a cultura individualista e o apogeu do ego não tenham balançado as estruturas familiares, mas ao mesmo tempo quem está disposto a abrir mão de sua família?

Por isso, não se pode aceitar a banalidade que se imprime às tutelas modificativas do *status filiae*. Neste ponto se denuncia também um contrassenso total entre o estágio atual do Direito de Família e o tratamento dispensado aos *status* de filho. Por uma mão se avança no sentido de incluir outras entidades familiares na tutela da norma jurídica, e por outra se superficializa a proteção do *status* de filho. Afinal o que quer o Direito de Família?

Seguindo na dogmática jurídica dos *status*, outros rumos contraditórios apresentam-se comumente em suas características: indivisibilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. É preciso verificar o que representa cada uma dessas características e onde se situam suas incoerências.

A indivisibilidade do estado significa que a posição jurídica da pessoa é una, o que representa no grupo familiar, a partir da filiação, a formação de outros vínculos de parentesco, como a relação avoenga na linha reta, e na colateral a relação entre tios e sobrinhos, primos, etc. É impossível formar o estado de filiação e não formar automaticamente o parentesco colateral entre os irmãos, por exemplo, dada esta característica da indivisibilidade. Portanto, seja pela atuação da presunção legal de paternidade, pelo reconhecimento voluntário ou por sentença judicial o filho o é *erga omnes*, isto é, contra todos os membros do grupo familiar.

Quanto à indisponibilidade do estado civil se quer afirmar por esta característica que a ninguém é dado renunciá-lo, cedê-lo ou transacioná-lo, faculdades próprias das situações subjetivas patrimoniais. Mas a conceituação corriqueira da característica da indisponibilidade

pelo viés negativo, do que não pode ser feito, não parece lhe imprimir um contorno preciso e isento de dúvidas<sup>244</sup>.

Sabe-se que os *status*, como direitos fundamentais que são, sofrem a incidência de normas jurídicas cogentes por disciplinarem questões de ordem pública. Mas em que consiste afirmar que uma questão é de ordem pública? Significa dizer que a situação jurídica paterno-filial interessa não só as partes envolvidas, mas a toda a sociedade. De fato, não é permitido a um pai renunciar a esta qualidade, cedê-la ou transacioná-la. O poder de autorregulamentação de todo pai, nesta qualidade, sofre uma severa limitação da ordem jurídica – fator externo regulador das condutas humanas –, em razão da intersubjetividade da relação jurídica paterno-filial e da importância capital que ela assume em qualquer sociedade<sup>245</sup>.

Essa visão permite entender que a indisponibilidade que caracteriza os estados civis “não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito”<sup>246</sup>. Portanto, quando um interesse é regulado por uma norma de ordem pública, chamada imperativa ou cogente, diz-se que este interesse é indisponível porque não depende, com exclusividade, da vontade de seu titular, mas, ao contrário, fica vinculado a uma utilidade maior, que se convencionou chamar utilidade pública. Assim, pode-se conceituar direito individual indisponível como “aquele que a sociedade por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz

<sup>244</sup> Luís Roberto Barroso igualmente assinala as complexidades e sutilezas que a característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade guarda. Para o autor, “os direitos fundamentais são, em princípio, disponíveis, haja vista que a liberdade é a regra e a disposição, em muitos casos, é uma forma de exercer o direito”. No entanto, “isso não significa que algumas posições jurídicas de direito fundamental não possam ser consideradas indisponíveis pelo sistema jurídico”. (BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 17 e 18. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page\\_id=47](http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=47). Acesso em 27.06.2011).

<sup>245</sup> A percepção de que os estados familiares são questão de ordem pública é assinalada por Helen Wilkinson, que estudou a repercussão do grupo familiar nos temas de políticas públicas. Segundo a autora, a relação privado/público nas últimas décadas foi literalmente transformada, sendo apontado como fenômeno histórico mais importante desses últimos anos a passagem das famílias a serviço da política (como foi por ocasião de todas as guerras) a uma política a serviço das famílias. Deveras, a pauta das políticas públicas de hoje estão recheadas de temas como educação, segurança, saúde, habitação, transporte e outros, que apesar do tratamento coletivo, provêm da intimidade das pessoas e das famílias, tornando-se a esfera do privado um grande negócio público. Em outras palavras, os problemas dos indivíduos são os mesmos e por isso, longe de serem apenas problemas da esfera privada de cada um, são questões universais e, portanto, temas de políticas públicas. Aliás, não apenas esses temas - simultaneamente individuais e coletivos - são de interesse do Estado, mas as próprias famílias, enquanto união de indivíduos, interessam a agenda política. Isso porque famílias debilitadas e desestruturadas custam muito mais ao Estado, tanto direta como indiretamente, o que patenteia o interesse público em fortalecê-las. Além disso, o interesse público pelas famílias não se dá apenas pelos possíveis custos, mas porque é nesta célula social que se aprendem os valores morais e, assim, se forma o capital social, ou seja, a massa de indivíduos e trabalhadores cujas sociedades dependem. Resumidamente a autora afirma que ruptura familiar gera perda de capital social e, conseqüentemente, uma disfunção social bem mais ampla. (WILKINSON, Helen. *A via da família: seguindo uma terceira via na política familiar*. In: GIDDENS, Anthony (Organizador). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 317-328).

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 248.869. Julgado em 07.08.2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10.04.2011. Trecho do voto proferido pelo Ministro Maurício Côrrea, página 06.



social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal<sup>247</sup>.

Também a doutrina é farta em identificar esse cerceamento à autonomia da vontade de filhos e pais, como possibilidade de se autodeterminar, em vários institutos do plano processual nas ações que discutem *status*. O autor de uma ação de investigação de paternidade, por exemplo, pode desistir da demanda, mas não pode renunciar ao seu estado de filho, assim como os herdeiros réus da ação de investigação de paternidade não podem confessar a paternidade alheia, dela dispondo. A transação está fora das ações de filiação porque os estados civis e as suas questões não têm valor econômico, mas, ao invés, referem-se a um direito essencialmente moral. Nestes pontos parece haver uma concordância geral.

O problema reside, no entanto, quando um filho beneficiado pela presunção *pater is est* ajuíza uma ação de investigação de paternidade cumulada com anulação do registro civil. Não estará ele dispondo de seu estado? Imagine que o pedido contido na ação de investigação de paternidade contra o suposto pai seja julgado improcedente e o pedido anulatório do registro civil procedente, com o exame de DNA a confirmar a ausência de vínculo biológico entre o filho e o pai registral. Resultado da demanda: disposição do estado *familiae* de filho. O mesmo desponta quando o marido e pai presumido nega a sua paternidade a qualquer tempo. Também aqui haverá recusa e disposição do estado familiar de pai e de filho, com o desaparecimento desses estados. Como nestes casos pode-se afirmar com precisão que o estado civil de pai e de filho são indisponíveis, se é a própria vontade, no exercício da liberdade destes sujeitos, que dá impulso a essas ações de estado? Deve o Estado restringir essas possibilidades? Ou melhor, possui o Estado legitimidade para tolher à liberdade do indivíduo de escolher um pai (negando sua paternidade presumida e investigando sua paternidade biológica) ou de um pai negar sua paternidade?

O raciocínio dialético imediatamente traz o entendimento de que não se pode alegar que é a vontade do filho ou do pai que impulsiona a disposição deste estado familiar, mas a falta de identidade genética, critério jurídico de paternidade, que confere substrato a estes tipos de pleito.

Mas à medida que o Estado não pode de ofício alterar as questões de estado, percebe-se que é mesmo a vontade do marido e pai e do filho presumido que proporciona a disposição do *status*. Por isso Zeno Veloso, com apoio em Arnaldo Medeiros da Fonseca, afirmou que a vontade do indivíduo pode dar causa a alteração do *status*, mas não é eficaz para negá-lo:

---

<sup>247</sup> Ibidem, página 07.

Já ensinava Arnaldo Medeiros da Fonseca (*Investigação de Paternidade* cit., n. 268, p.344), escrevendo muito antes das transformações por que passou nosso direito de família, que, como situação jurídica que interessa à ordem pública, o estado de pessoas é, em princípio, indisponível, não tendo a vontade da pessoa humana eficácia para desconhecê-lo ou negá-lo. A vontade privada, de acordo com a lei, contribui às vezes, para alteração do estado das pessoas, diz o mestre. Entretanto, é ineficaz para negá-lo ou desconhecê-lo, uma vez estabelecido, e nisso consiste a *indisponibilidade do estado*, como regra geralmente acolhida<sup>248</sup>.

De acordo com o supracitado autor pode-se então afirmar que a vontade pode alterar o *status* que, se comumente é apresentado como indisponível, não é imodificável<sup>249</sup>. É realmente a vontade do filho não reconhecido ao ajuizar uma investigatória de paternidade que modifica seu *status*. Mas se esse filho jamais propuser tal ação terá ele, no exercício de sua liberdade assegurada, disposto ou renunciado a este estado? Claro que sim. Isso se dá porque é legítimo que o titular de um direito fundamental, voluntariamente, abra mão de certas posições jurídicas, inclusive a de ser filho e a de ter pai. Essas situações evidenciam como a característica generalizante da indisponibilidade dos estados civis é inexata.

Outro caso que desafia a repetição irrefletida da característica da indisponibilidade das questões de estado por toda doutrina é a utilização dos métodos de reprodução assistida por pessoa solteira, com material genético doado por terceiro sob o manto do anonimato, cujo vínculo de maternidade e/ou paternidade jamais poderá se formar. Com efeito, o pai ou a mãe que resolvem sozinhos ocupar as funções parentais, utilizando apenas material genético de terceiro desconhecido, estão *ab initio* retirando de seus filhos a possibilidade futura de formação de um vínculo importantíssimo. Essa prática aniquila o direito à formação do estado de filho bilateral, ou seja, da dupla filiação na linha materna e paterna<sup>250</sup>.

É claro que se pode argumentar que o direito de procriar é um direito fundamental do indivíduo, que integra a sua personalidade e o poder de se autodeterminar, sendo mesmo proibitiva a interferência do Estado no livre planejamento familiar. Nesse sentido não deve o Estado restringir o uso das técnicas de reprodução assistida para aqueles que, por meio natural, não conseguem procriar. A incontestabilidade do direito de procriar utilizando-se de meios artificiais, no entanto, não significa que os interessados possam escolher os diversos modos de efetivá-lo, sendo o exemplo da eugenia correntemente usado para dar visibilidade a esses limites.

<sup>248</sup> VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. Ob. cit., p. 99-100.

<sup>249</sup> Francisco Amaral doutrina que a indisponibilidade não significa imutabilidade, podendo o estado alterar-se na forma prevista em lei. Assim é a hipótese do solteiro que casa e depois se divorcia e torna a casar. (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Ob. cit., p. 238).

<sup>250</sup> Sobre o tema, em posição oposta a aqui defendida, cfr. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 153-177.

O direito de procriar pode, porém, encontrar formas de limitação em outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes, no qual se insere o direito do filho à biparentalidade. A mãe ou o pai que se utiliza de material genético de doador anônimo, na verdade, dispõe de direito que não lhe pertence. Na procriação natural, a mãe ou o pai não pode dispor de uma das linhas parentais de seus filhos, que poderão a qualquer tempo investigá-la, e somente eles poderão manter-se inertes, abrindo mão do estado de filho. Por que na reprodução medicamente assistida poderia ser diferente? Não há aí uma violação ao princípio basilar da igualdade absoluta dos filhos? Há porque os efeitos são diferentes: para os filhos havidos por reprodução carnal o sistema jurídico concede o direito à biparentalidade. Já para os filhos havidos por reprodução medicamente assistida o sistema se omite.

A percepção de que a liberdade de dispor do direito fundamental de ter pai ou mãe é do filho, e não dos genitores, revela o equívoco com o qual o ordenamento jurídico nacional vem sendo complacente. Frise-se que esta posição dúbia do Direito não se choca com a proteção da identidade secreta do doador do material genético, mas na disposição não autorizada da biparentalidade do filho pela mãe ou pelo pai. Por isso outra é a situação do casal que se utiliza de material genético de terceiro.

O direito da personalidade da mulher e do homem à procriação esbarra no também direito da personalidade do filho ter um pai ou uma mãe. A advertência de que o direito à procriação não é absoluto e deve ser temperado por outros direitos de igual relevância é feita por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem o melhor interesse da criança não se aplica apenas as crianças presentes, mas também as futuras:

Deve, no entanto, ser aqui realçado que a dignidade da pessoa humana, tal como prevista no dispositivo constitucional relativo ao planejamento familiar, é também aquela da futura pessoa, ou seja, o fruto da decisão do casal no sentido de procriar ou, como visto, de assumir os riscos das práticas sexuais e reprodutivas. Tal circunstância é demonstrativa de que a dignidade da pessoa humana daqueles que exercem o direito ao planejamento familiar – voluntariamente ou com base no risco – não configura princípio absoluto, pois a ele se contrapõe a dignidade da pessoa humana do filho concebido e nascido em virtude da procriação daquele casal. Há, desse modo, o conflito de dignidades da pessoa humana, que, em regra, deve ser solucionado em favor daquela que poderá vir a nascer. Dessa forma, considerando o princípio do melhor interesse da criança, tal como visto, resta evidenciado que o interesse a ser protegido é o da criança, e não de seus pais. Assim, o direito fundamental à reprodução humana, com efeito, não tem caráter absoluto, como nenhum outro direito, inclusive a própria dignidade da pessoa humana<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de direito privado*, nº 18, abr/jun., 2004, p. 38-39.

Igualmente, o direito de o pai em negar uma paternidade não biológica colide com o direito de o filho em manter sua paternidade que a posse de estado e o tempo consolidaram em sua identidade pessoal, como será mais a frente abordado.

Em suma, mais que nunca a indisponibilidade das questões de estado precisa ser discutida e os seus contornos delimitados. É fundamental questionar a possibilidade do Direito acolher a vontade de ter/ser pai ou não pai e de mudar de pai. É impossível continuar a se reproduzir que o estado das pessoas se caracteriza pela indisponibilidade, quando, de fato, o Direito convive com uma variedade de casos que, ainda sem nenhum tipo de reflexão, o tornaram bem menos indisponível.

Por último, caracteriza-se o estado das pessoas como imprescritível no sentido de que ninguém pode adquirir ou perder um estado pelo simples decurso do tempo. O Direito não prevê a necessidade do transcurso de tempo para se consolidar a situação de filho, nem mesmo para a consolidação da posse de estado – aparência do estado de filho –, tampouco seu decurso pode desconstituir o estado de uma pessoa. Diferentemente de um credor, um devedor, um proprietário, um herdeiro, uma pessoa casada ou uma mãe e seu filho não têm essa qualidade jurídica alterada pelo decurso do tempo. As obrigações civis convertem-se pelo tempo em obrigações naturais. Os *status familiae* mantêm-se incólumes. É nesse sentido que deve ser lida a característica da imprescritibilidade nas questões de estado<sup>252</sup>.

No entanto, tal característica tem sido transportada acriticamente para o exercício das ações de filiação, como se em conjunto todas fossem imprescritíveis, o que é uma inverdade. Apenas para exemplificar, Pietro Perlingieri, referindo-se ao sistema italiano, afirma quanto à imprescritibilidade:

[...] as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra, são imprescritíveis quando a pessoa age para afirmar a veracidade do próprio *status* (arts. 248, §2, 249, §2, 270, §1, Cód. Civ.; não assim o art. 244, §§ 2 e 3, Cód. Civ.) e são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem<sup>253</sup>.

No sistema nacional, porém, tem vigorado o raciocínio silogístico de que se o estado de pessoa é imprescritível (premissa maior); se a ação de investigação de paternidade, ação de estado, é imprescritível (premissa menor), logo toda ação referente a um *status* é também

<sup>252</sup> É preciso ressaltar que as repercussões patrimoniais advindas da formação do estado com o seu conteúdo não se confundem. De um estado, podem ou não advir vantagens pecuniárias. O seu núcleo reside no direito à dignidade humana, especificamente, no direito à identidade. Tanto o direito à formação do estado e suas consequências econômicas são distintas que a imprescritibilidade é característica somente deste direito existencial, sujeitando-se os direitos patrimoniais aos efeitos advindos do decurso do tempo. Por isso o direito de investigar a paternidade não se limita no tempo, mas a petição de herança sim.

<sup>253</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Ob. cit., p. 711.

imprescritível (conclusão), como se o processo de compreensão fosse linear, lógico e matemático, sempre em uma única direção.<sup>254</sup> Esse raciocínio é incorreto.

Nem todas as ações de estado são imprescritíveis. Vejam-se exemplos. As ações de anulação de matrimônio por incapacidade de consentir, por incompetência da autoridade celebrante, por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge ou por coação são ações de modificação do estado civil de casado para solteiro e estão sujeitas aos prazos previstos no artigo 1.560 do Código Civil<sup>255</sup>. O direito de impugnação do filho reconhecido previsto no artigo 1.614 do Código Civil decai em 04 (quatro) anos. Seriam exceções à regra da imprescritibilidade das ações de estado? Não. São apenas questões que guardam relação com a autonomia privada do cônjuge e do filho e não com a ordem pública, por isso sujeitam-se a prazos decadenciais de, no máximo, quatro anos.

No entanto, com apelo ao obscuro atributo da indisponibilidade e da imprescritibilidade têm-se admitido inúmeras pretensões relativas ao estado das pessoas, inclusive na negação dos estados familiares, como se a ordem jurídica não tivesse mais legitimidade para instituir restrições expressas para proteger direitos de terceiros. Vive-se a era do dogma do artigo 27 do ECA e da leitura equivocada dessas características. Mesmo a regra do prazo decadencial de 04 (quatro) anos previsto no artigo 1.614 do Código Civil de 2002, portanto, elaborada após a regra do artigo 27 do ECA, para o filho menor impugnar o ato de perfilhação é descartado por farta doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça sob a afirmação de que qualquer ação relativa ao estado de pessoa, que é emanção do direito da personalidade, é imprescritível. Nesse sentido doutrina, entre tantos, José Maria Rocha Tesheiner:

Interpreto esse dispositivo no sentido de que o prazo decadencial de quatro anos é para a desconstituição do ato de reconhecimento, por mera declaração de vontade, não se vedando a ação anulatória, fundada na falsidade do registro, dada a imprescritibilidade das ações de estado<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> “O processo de compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em *uma* direção, linearmente, como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objetivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objectivo de uma segurança)”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 287.

<sup>255</sup> CC/2002, art. 1.560 CC: “O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: I – cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550; II – dois anos, se incompetente a autoridade celebrante; III – três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557; IV – quatro anos, se houver coação”.

<sup>256</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Notas sobre as Ações de Família à luz do Novo Código Civil. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 51, nº. 311, setembro de 2003, p. 57.

Luiz Edson Fachin, em comentário à regra do artigo 1.601 do Código Civil, afirma que a regra da imprescritibilidade reflete a melhor orientação doutrinária e que não é de agora, que este entendimento já disseminado, merecia amparo legislativo<sup>257</sup>.

Se à primeira vista o raciocínio de que todas as questões de estado são imprescritíveis parece correto, na verdade, seu estudo aprofundado denuncia e patenteia um desconhecimento das distinções entre as questões de estado e as ações de estado. De fato, as questões de estado são imprescritíveis no sentido de que o elemento tempo não faz com que alguém adquira ou perca um estado civil (à dessemelhança do possuidor e do proprietário na prescrição aquisitiva ou usucapião), mas as ações de estado podem ou não ser imprescritíveis, tudo a depender da legitimidade do Estado em restringir ou não a liberdade do homem quando em conflito com o direito de terceiro.

A identificação dessas circunstâncias que permitem a restrição ao exercício da liberdade de uma pessoa a fim de que outra, na vida de relação, não seja violentada é fundamental para que injustiças não se perpetuem. A partir de então é crucial entender os sentidos da dignidade e da condição humana e por que o direito à convivência familiar deve sobrepor o direito de se autorregular.

### **3.2. A estabilidade do vínculo jurídico da paternidade**

#### **3.2.1. Dignidade e condição humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser apresentado em duas dimensões: a dignidade como autonomia e a dignidade como heteronomia<sup>258</sup>. Na primeira delas, no plano dos direitos individuais, a dignidade expressa a autonomia privada, concretização do postulado primeiro de qualquer ordem e Estado de Direito da liberdade das pessoas. É dentro desta concepção que se extrai a capacidade das pessoas se autodeterminarem, escolhendo seus projetos de vida, de acordo com a própria personalidade, sem interferências externas opressoras da singularidade humana.

É a dignidade como autonomia que permite ao homem, por meio do discurso e da ação – o que caracteriza a condição humana, segundo Hannah Arendt<sup>259</sup> –, se singularizar na

---

<sup>257</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil*. Volume XVIII. Artigos 1.591 a 1.638. Rio de Janeiro: Forense, p. 84.

<sup>258</sup> Para uma visão completa das dimensões da dignidade humana conferir BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page\\_id=47](http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=47). Acesso em 27.06.2011.

<sup>259</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Ob. cit., p. 188-193.

pluralidade. A pluralidade humana apresenta simultaneamente o aspecto da igualdade e da diferença. Se não fossem iguais, não poderiam os homens se compreender; se não fossem diferentes, não necessitariam da linguagem e da ação. “No homem, [diz Arendt] a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares”<sup>260</sup>. A extinção da dignidade como *autonomia* sucede, para citar um exemplo próximo, na redução dos homens a números (como nos campos de concentração durante a segunda guerra mundial), sem nome e sobrenome, filiação, data de nascimento, nacionalidade, apenas alguns dos elementos mais básicos da identidade de cada pessoa.

A dimensão da dignidade como heteronomia está relacionada a valores partilhados como bem comum e interesse e ordem públicos. Tal conceito, em oposição à autonomia, consiste na sujeição do indivíduo à vontade de terceiros ou de uma coletividade. Segundo Luís Roberto Barroso, “o conceito de dignidade como heteronomia funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la”<sup>261</sup>. A grande dificuldade na aceção da dignidade como heteronomia reside justamente na definição dos valores compartilhados por uma sociedade política. Este próprio trabalho se depara com a colidência entre o valor do indivíduo e o valor da família, ambos materializados em um sem número de regras da Constituição. Todos, indubitavelmente, concordam que ambos são valores presentes na atual sociedade, mas uma vez em choque, as opiniões por um ou outro se dividem. Em razão disso, Maria Celina Bodin de Moraes, em trabalho sobre o princípio da dignidade humana, afirmou que o arranjo entre os valores básicos comuns (dignidade como heteronomia) e os espaços de liberdade (dignidade como autonomia) tem sido o maior problema do direito<sup>262</sup>.

Para solucionar o embate entre o direito de o pai deixar de sê-lo e o direito de o filho continuar a pertencer ao grupo familiar necessária se faz o exame de dois elementos fundamentais na singularidade de cada indivíduo: identidade e nome.

<sup>260</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Ob. cit., p. 189.

<sup>261</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 12. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page\\_id=47](http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=47). Acesso em 27.06.2011

<sup>262</sup> “O problema maior do direito tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5).

### 3.2.2. A construção da identidade pessoal

Assim como a dignidade, também a identidade, como muitos conceitos das ciências humanas, é um termo polissêmico e histórico. Enquanto a relação indivíduo e sociedade continuar em mutação, e de certo permanecerá, o conceito de identidade se modificará.

Norbert Elias, em sua obra “A sociedade dos indivíduos”, demonstra como a identidade dos homens na Antiguidade formava-se com elementos e relações bem diferentes das atuais<sup>263</sup>. Consoante este sociólogo, no Estado Romano Republicano o sentimento de pertencer à família, à tribo e ao Estado, ou seja, a “identidade-nós” de cada pessoa isolada tinha muito mais peso do que hoje. Inconcebível era a idéia de um indivíduo sem grupo. Tanto que não existia um conceito de indivíduo, cunhado apenas na Idade Média para generalizar a pessoa humana singular, muito menos as proporções que seu conceito assumiu no decorrer da história para designar uma entidade autônoma, ímpar e diferente de todas as demais.

Inversamente, a estrutura das sociedades contemporâneas mais desenvolvidas tem como característica valorizar as diferenças entre as pessoas – a “identidade-eu” –, em detrimento daquilo que elas possuem em comum – a “identidade-nós”. Se na Antiguidade a família era inevitável para a maioria dos indivíduos, pois sua função era extensíssima, inclusive econômica, após a dissociação entre trabalho e casa, a assunção pelos Estados nacionais de funções antes familiares, os casamentos por opção, os filhos desejados e planejados no tempo, a família passou a não ser mais tão inevitável para a identidade e sobrevivência sócio-econômico-política de cada um. Houve, portanto, uma inversão de peso na “balança nós-eu”<sup>264</sup>:

Ao investigar as razões da carga afetiva diferenciada nos diferentes níveis de integração, convém termos em mente que essas cargas são variáveis. A família, enquanto referencial da identidade-nós, sem dúvida continua a ser um grupo humano que, para o bem ou para o mal, dita a seus membros uma carga afetiva bastante elevada. Mas o tom desse sentimento sofreu mudança marcante no contexto de uma profunda modificação estrutural da relação do indivíduo com toda sorte de grupos sociais, mas especialmente no caso da família. Nos estágios anteriores ao desenvolvimento social, a relação com o que chamamos agora de família, isto é, com a associação maior ou menor de parente, era completamente inevitável para a maioria dos indivíduos. Durante longo período, as pessoas fizeram parte de sua família para o que desse e viesse. Esse vínculo somente podia alterar-se, no caso do sexo geralmente menos poderoso, as mulheres, através do casamento. A força dos laços familiares teve muito a ver com a extensíssima função da família, ou, conforme o caso, do clã, como unidade de sobrevivência. A mudança decisiva ocorrida na identidade-nós e na correspondente orientação emocional para a família deveu-se, em grande parte, ao fato de esta já não ser tão inevitável

<sup>263</sup> ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

<sup>264</sup> As expressões “identidade-eu”, “identidade-nós” e “balança nós-eu” foram retiradas de ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Ob. cit, *passim*.



como grupo-nós. A partir de certa idade, é comum o indivíduo poder afastar-se da família sem perder suas probabilidades de sobrevivência física ou social.

Essa maior frequência de relações não-permanentes ou, pelo menos, potencialmente mutáveis entre os indivíduos é, poder-se-ia dizer, uma das características estruturais das modernas sociedades nacionais, consideradas em termos mais genéricos, nas quais o avanço da individualização ligado a sua ascensão desempenhou papel influente. [...] Muitas relações familiares, que antes constituíam coerções externas obrigatórias e vitalícias para muita gente, agora assumem cada vez mais o caráter de união voluntária e revogável, que impõe exigências mais elevadas à capacidade de autodomínio das pessoas implicadas e o faz igualmente para ambos os sexos. As mudanças nas relações profissionais tomam o mesmo rumo; nas sociedades mais desenvolvidas, muitas atividades remuneradas tornaram-se intercambiáveis. Até a nacionalidade tornou-se passível de troca, dentro de certos limites. Todo esse desenvolvimento contribui, nos países mais desenvolvidos, para que a balança eu-nós se incline para o lado do eu<sup>265</sup>.

Ainda que se concorde que na linha do tempo entre a Antiguidade e os dias de hoje, a família, como grupo social, se tornou relativamente desprezável, o ser humano continua com a necessidade fundamental de afeição e espontaneidade em seus relacionamentos, que só a vida privada, de forma completa pode proporcionar. Mais do que isso: não desapareceu o sentimento de segurança e de necessidade de uma permanente afirmação de afeição e companhia de uns pelos outros com aqueles que mais se gosta de conviver e estar. De fato, é com a família que se afasta o nefasto sentimento de se sentir só no mundo. Portanto, a família não perdeu por completo sua função de transformar o sentimento de medo e insegurança humanos, por mais que os Estados tenham assumido em parte essa missão, em tranquilidade, especialmente para crianças e adolescentes, sujeitos vulneráveis pela própria condição de pessoa em desenvolvimento.

A filosofia, a antropologia e a sociologia são uníssonas em dizer que o ser humano é gregário. Diz Marilena Chauí: “Viver é estar com os outros. Vive-se com outrem: a essência da vida é a intercorporiedade e a intersubjetividade. Os vivos estão entrelaçados: estamos com os outros e eles estão conosco, somos para os outros e eles são para nós”<sup>266</sup>. O Direito não pode ignorar, por mais que se viva a era do paradigma do individualismo, essa condição humana. No entanto, também a ciência jurídica tem deixado, muitas vezes acriticamente, se contaminar pelas mudanças na identidade-eu e identidade-nós.

Veja-se que o Código Civil de 2002, corretamente, na parte geral, pela primeira vez dedicou um capítulo (Capítulo II do Título I do Livro I– arts. 11 ao 20) aos direitos da personalidade do homem, direitos essenciais, cujo objeto se relaciona a um modo de ser físico ou moral da pessoa, sem utilidade imediata patrimonial. Dentre tais direitos, não taxativos, em virtude da cláusula geral da personalidade, a lei civil destaca: o direito à integridade

<sup>265</sup> ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Ob. cit., p. 166-167.

<sup>266</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. Ob. cit., p. 339-340.

psicofísica – arts. 13 a 15 –; o direito ao nome – arts. 16 a 19 –; o direito à imagem – art. 20 – e o direito à privacidade – art. 21.

É indubitável que cresceu em importância o direito do homem se autodeterminar. O iluminismo, o pensamento liberal e os direitos humanos são responsáveis por uma reforma determinante na história do pensamento político e na estruturação da ciência jurídica. De deveres para direitos, da prioridade da sociedade e do coletivo para o indivíduo.

Acompanhando esse movimento o foco central do Direito abandonou as comunidades humanas e passou a ser o indivíduo, o sujeito abstrato de direitos, a *persona*, a máscara que representa<sup>267</sup>. A emancipação do indivíduo, a quebra de suas amarras com obrigações e compromissos tradicionais de família e com a comunidade, o levou a seguir seus desejos e sua vontade única, apesar do perigo dessa via. Como já visto, a sociedade moderna se desenvolveu sobre o mito do eu, do sujeito de direitos e do individualismo, ao contrário da sociedade antiga alicerçada em deveres dos indivíduos para com a família e a comunidade.

Nesse sentido, é louvável o reconhecimento dos direitos da personalidade na esfera jurídica. Contudo, o paradigma do indivíduo não deve se espalhar para o âmbito da família, visto que apesar de sua condição de ser único, singular, o homem é também um ser social. A transposição precipitada do paradigma que serviu de norte na regulação dos direitos da personalidade para o Direito de Família, o tornou, à semelhança daquele, um direito individualista, liberal e autoritário e não solidário. Este é o justo equilíbrio desafiador do Direito Civil-Constitucional contemporâneo: equilibrar a equação indivíduo-família.

Em outras palavras, o que se está a afirmar é a impossibilidade de se ponderar as questões do Direito de Família à luz dos paradigmas dos direitos da personalidade. Enquanto a base deste é o indivíduo, a daquele é a relação entre duas ou mais pessoas, de um grupo inteiro ligado pelo vínculo do parentesco. Esse parece ser o mais recorrente erro deste ramo do Direito Civil na definição dos *status*. Se na modificação do estado civil a partir do casamento o indivíduo e sua vontade podem e devem ser levados em consideração, como um direito da personalidade de se autodeterminar, na relação paterno-filial não. Isso fica bem claro nas ações de disputa de guarda e visitação pós-dissolução dos vínculos conjugais. Os juízes devem pesquisar o que representa o melhor para crianças e adolescentes, a despeito dos interesses egoísticos dos pais, enquanto indivíduos regentes do rumo de suas vidas. Por que então se está a acolher as ações denegatórias para desfazer o vínculo do estado de pai e de

---

<sup>267</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 37: “O Direito Natural clássico e medieval expressava uma ordem correta do *cosmos* e das comunidades humanas dentro dele, uma ordem que dava ao cidadão seu lugar, sua honra e sua dignidade, ao passo que a modernidade emancipa a pessoa humana, transforma o cidadão em indivíduo e o situa no centro da organização e da atividade social e política”.

filho, a qualquer tempo, quando ausente o vínculo biológico? Porque se utiliza a premissa equivocada dos direitos da personalidade do indivíduo se autoafirmar. O pai que nega a paternidade, muitas vezes humilhado pela traição, quer impor sua individualidade retirando-se do grupo com o qual não quer mais se identificar. O Direito não pode tratar a relação paterno-filial como trata o direito ao próprio corpo, a vida privada, a imagem e honra de cada um, porque nela existem direitos da personalidade de ambos os lados, dois direitos de identidade a pedir auxílio e proteção, duas dignidades de igual valor.

No estudo de qualquer relação de família é preciso ter em mira a intersubjetividade radical que permeia este grupo e que o agir de cada um produz efeitos sobre o outro porque, conforme ponderou João Baptista Villela, “em família ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir: a solidariedade aqui tudo impregna e tudo alcança”<sup>268</sup>.

Se o pai quer refazer sua identidade, passando ao estado de *não pai*, demitindo-se da família, o filho, o outro lado da moeda, quer manter a sua inalterada. Ele também é um indivíduo com igual dignidade, cuja identidade está em jogo, com fortes efeitos em sua esfera psíquica. Mais do que construir uma identidade singular, todo indivíduo, mesmo a criança, ainda que em tenra idade, possui um sentimento de pertencimento. E os primeiros feixes subjetivos na construção desta identidade para qualquer indivíduo são as suas relações com a mãe, o pai e os irmãos, o primeiro grupo de que faz parte. A criança de pouca idade, mesmo com uma reduzida compreensão de mundo, na família nuclear se situa e se identifica, como o filho daquela mãe e daquele pai, ideia que se reforça dia após dia, dando-lhe a ideia de um grupo que compartilha intimidades, semelhanças e rumos de vida. As identidades se constroem a partir das relações interativas dinâmicas que se firmam na convivência familiar.

A percepção pela filosofia existencialista de que o ser humano da infância e da juventude, da maturidade e da velhice não é o mesmo, porque as opiniões e visões de mundo, a religião, os gostos, as preferências e paixões podem se modificar ao longo da vida, não quer dizer que todos os dados de sua identificação sejam variáveis. A personalidade pode mudar porque ninguém externamente ao indivíduo – seja o Estado, a família ou a religião – pode engessá-lo e funcionalizá-lo segundo seus próprios interesses, direcionando autoritariamente sua vida. Nesse sentido, a escola filosófica do existencialismo tornou evidente que o ser humano simplesmente não é, como algo estático e perene, mas que é móvel a partir da possibilidade de uma pluralidade de modos de ser. A identidade, como percepção do indivíduo por ele mesmo (consciência), a partir do exercício de sua personalidade, é, portanto,

---

<sup>268</sup> VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. In: *Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: MEC, 1980, p. 658.

cambiável, podendo mesmo uma pessoa afirmar que seu modo de ser atual rompeu com o modo de ser de outra fase da vida.

Já a identidade social e os elementos que estruturam sua identidade inicial, a partir do nascimento, como o nome e a filiação, porém, devem se manter imutáveis sob pena de o próprio indivíduo não mais se reconhecer na passagem do tempo. Todo indivíduo, por mais mudanças que imprima em sua personalidade, se reconhece e possui um sentimento de continuidade temporal<sup>269</sup>. Ainda que vários aspectos de nossa personalidade mudem, segundo Fábio Konder Comparato “temos todos, em permanência, a consciência da nossa própria identidade. A sua ausência é sempre o sintoma de uma grave perturbação psíquica”<sup>270</sup>.

Atento a isso, o direito à identidade é decodificado, na seara jurídica, pelo registro civil da ascendência na linha materna e paterna, do nome, da nacionalidade e do sexo, todos elementos publicizados quando do nascimento, do início da personalidade jurídica, a permitir uma existência psíquica, social e jurídica singular. Porém, também esses elementos tidos como dotados de alguma estabilidade estão na atualidade sob o influxo constante de mudanças, inclusive, já amparadas em leis e decisões<sup>271</sup>. Daí a apresentação por Heloisa Helena Barboza do sexo biológico, o genoma e as impressões digitais como elementos estáveis e o nome, a imagem, a nacionalidade e a filiação (jurídica) como elementos modificáveis<sup>272</sup>.

Quais elementos são modificáveis ou não e como se operam essas mudanças é uma tarefa que não cabe neste trabalho. Os elementos da filiação e o nome, ainda que possam ter certo grau de alteração, foram eleitos pela ordem jurídica para identificar e individualizar a pessoa, sendo, pois, as hipóteses de mudança estritamente delimitadas em nome de um bem comum e maior.

<sup>269</sup> “Todo indivíduo percebe a si mesmo no tempo e reconhece sua vida como um processo de sucessivas etapas e momentos de experiências, numa continuidade existencial. Lembra-se de seus pensamentos, sentimentos e atos pretéritos, e os reconhece como seus. Essa percepção de continuidade de sua identidade no tempo é que constitui o denominado sentimento de continuidade temporal”. (CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Ob. cit., p. 44).

<sup>270</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 475.

<sup>271</sup> De acordo com o artigo 56 da Lei 6.015/1973 “o interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada na imprensa” e o artigo 58 da Lei 6.015/73, com a redação dada pela Lei 9.708/1998 “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Também o sexo é objeto de severas discussões nas hipóteses de retificação do registro civil após a realização de cirurgia de redesignação sexual. Sobre o tema conferir: CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 e BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado*. Rio de Janeiro: s.n., 2010. Tese apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública- ENSP.

<sup>272</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. A proteção da identidade genética. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). *Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

A começar pelo direito ao nome, elemento que torna possível a identificação social dos homens e ao mesmo tempo dá substância ao direito da personalidade de todo indivíduo de íntima e subjetivamente se identificar. O nome simultaneamente vincula as pessoas por razões de ordem administrativa e por razões de ordem psicológica<sup>273</sup>.

Ao lado do prenome, os sobrenomes materno e paterno situam a criança nascida em um lugar na linhagem familiar, “oferecendo-lhe, através do direito, o espaço necessário para que ela construa sua estrutura psíquica”<sup>274</sup>. A partir desta constatação, é fácil perceber porque a retirada de um sobrenome, com a procedência do pedido contido nas ações desconstitutivas de paternidade, abala nefastamente a identidade de qualquer indivíduo.

No julgamento do recurso extraordinário nº. 248.869, apesar do debate se centrar na legitimidade extraordinária do Ministério Público para o ajuizamento de ações de investigação de paternidade, o Supremo Tribunal Federal destacou com correção que o patronímico não pertence apenas ao pai, mas a família como um todo:

O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, inciso III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate [...]<sup>275</sup>

Então, é óbvio que depois que a criança e/ou o adolescente já incorporou o patronímico paterno ao nome, retirá-lo, como efeito consequente da procedência do pedido contido numa ação desconstitutiva de paternidade, é uma violência subjetiva à identidade do indivíduo, que, terá, de uma hora para outra, modificado um dos mais importantes signos distintivos de identificação, seu nome.

É importante sublinhar que a partir do momento em que um nome é registrado no assento de um registro civil e incorporado à personalidade e identidade de um ser humano, seu ingresso na esfera jurídica e psíquica deve se dar de forma irremediável.

Atento a essa possível violação aos direitos da personalidade, o Código Civil de 2002 normatizou que mesmo na hipótese de culpabilização de cônjuge em ação de separação judicial, só há perda do direito de usar o sobrenome adquirido com o casamento, se expressamente requerido pelo cônjuge inocente, e se a alteração não acarretar prejuízo para

---

<sup>273</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 167.

<sup>274</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa. Ob. cit., p. 152.

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 248.869-SP. Julgado em 07.08.2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10.04.2011. Trecho do voto do Ministro Maurício Côrrea, página 06.

sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos na união dissolvida ou dano grave reconhecido na decisão judicial.

Veja-se que toda essa proteção dispensada foi prevista para o nome do cônjuge declarado culpado, não tendo os filhos, nas ações desconstitutivas de paternidade, nenhuma culpa pelo “fim” da relação paterno-filial, simplesmente porque impossível que tenham dado causa a ausência do critério biológico. No entanto, em muitas ações desconstitutivas não se percebe uma preocupação do Poder Judiciário com a consequência imediata de se perder o próprio nome<sup>276</sup>.

Isso sem falar na desconstituição da historicidade pessoal do ex-filho, outra importante face do direito à identidade pessoal. Não apenas o nome, mas a própria história de vida do sujeito, cuja paternidade se está a negar, é apagada, ou melhor, segundo a sentença desconstitutiva, deve ser apagada da memória do ex-filho como se nunca tivesse existido. Uma criança ou um adolescente, órfão de sua história e de sua identidade, tem barrado o acesso ao futuro. E mais: junto à perda do nome, da história de vida, também se perde o lugar simbólico e a palavra que o identifica, quando, é na linguagem que nos humanizamos<sup>277</sup>. É o mesmo que se dizer, ou ainda pior, que uma pessoa não é mais brasileira, ou do sexo masculino ou feminino. A perda de um elemento de identidade, como o estado civil de filho e o próprio nome, repercute negativamente na autoestima, no valor que o indivíduo dá a si mesmo e que desfruta em seu grupo social.

Aliás, o sofrimento e o abalo ao direito de identidade de crianças e adolescentes, começa com a ciência do ajuizamento das ações desconstitutivas de paternidade, em razão das quais terão que participar de exames periciais e esperar um longo tempo para obter uma resposta sobre seus estados de filiação e, enfim, sobre suas próprias identidades.

Se é salutar para os filhos sem paternidade jurídica através das ações investigatórias alcançar suas identidades genéticas e seus estados de filiação, por outro lado, é preciso ter em

---

<sup>276</sup> A preocupação com a perda do sobrenome paterno foi destacada neste julgado: “Apelação cível. Negatória de paternidade. Paternidade socioafetiva. Ainda que o autor, pai registral, não seja o pai biológico do réu, mantém-se a improcedência da negatória da paternidade, se estabelecida a paternidade socioafetiva entre eles. Em se tratando de relação de filiação, não se pode compreender que seja descartável, ao menos em casos como o presente, onde por vinte anos o réu teve como genitor o autor. Pretensão que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque o réu ficaria sem pai registral, ou seja, sem filiação e sobrenome paterno. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70022895072. Julgado em 05.06.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 14.06.2011).

<sup>277</sup> Não é só o nome que é denegado, mas a palavra pai também, o que significa que “não é unicamente o exercício da função de pai ou um ato volitivo, que poderá ser anulado a qualquer tempo, mas a palavra, pois ‘só onde há palavra é que há coisa’, ou, dito de outro modo, ‘só a palavra concede o ser às coisas’ [...] “O humano é um ser vivendo na linguagem, que nos antecede, nada podendo ser existente, identificado, expressado sem a utilização de uma linguagem”. (WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no direito de família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf (coords.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 197 e 198).

mente que os filhos havidos dentro do casamento ou perfilhados, ainda que desprovidos de vínculo biológico com o pai registral, terão, após a procedência dos pedidos nas ações desconstitutivas, suas identidades mutiladas. Por isso o estudo da filiação não pode nunca se afastar das diferenças dos modelos de filiação e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Não se está nesta linha de pensamento a dizer que os filhos havidos dentro do casamento, ou perfilhados com base em erro substancial do pai, ou por meio de “adoção à brasileira”, não terão jamais direito a conhecer sua ancestralidade genética e, com ela, preencher um dos aspectos de suas identidades. Afirma-se, tão somente, que o ser humano não é apenas um ser vivo, cuja existência se reduz a uma coisa, uma substância, uma sequência genética de dados<sup>278</sup>. Ele é também um ser vivo, mas se diferencia à medida que se humaniza travando relações afetivas, sociais, culturais e espirituais<sup>279</sup>. Sua identidade genética é apenas uma parte do conteúdo do que genericamente se chama de identidade, verdadeiro complexo de caracteres que singularizam uma pessoa, notadamente o estado de filiação e o nome dele decorrente.

A distinção e a compreensão entre os conceitos de identidade genética e identidade pessoal são salutares para que o Direito de Família não tolha o direito da personalidade de todo e qualquer indivíduo de conhecer sua origem biológica e, ao mesmo tempo, não danifique sua identidade pessoal. Por isso se passa ao exame do que constitui o conhecimento da origem genética sem modificação do *status filiae*.

### 3.2.3. O conhecimento da origem genética e a manutenção do estado de filiação

No recente julgamento do Recurso Extraordinário nº. 363.889-DF, o Ministro Luiz Fux, dentre outros argumentos utilizados para relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade sem produção da prova pericial de DNA, destacou em seu voto,

<sup>278</sup> É na família “que o ser vivo se humaniza, se socializa, se torna humano, porque é genético, afetivo e ontológico, e não um ser genético, normatizado, à medida que, no mundo genético, o ser humano é um mero ser vivo, mas, nos mundos afetivo e ontológico, esse ser vivo se torna verdadeiramente humano, unicamente mediante a linguagem”. (WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no direito de família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva. Ob. cit., p. 177).

<sup>279</sup> Nesse sentido Heloisa Helena Barboza: “O conhecimento e a possibilidade de intervenção no material genético humano, que se acelerou em meados do século passado, evidenciou sua importância para o estabelecimento da individualidade de cada pessoa e colocou em destaque a necessidade de sua proteção. Tal fato, contudo, não alterou a compreensão da identidade do indivíduo, como se constata da Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos, segundo a qual cada indivíduo possui uma configuração genética característica, mas a identidade de uma pessoa não deve se limitar aos traços genéticos, pois sobre eles influem complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, tais como os laços afetivos, sociais, espirituais e culturais dessa pessoa com outros seres humanos e implica em uma dimensão da liberdade”. (BARBOZA, Heloisa Helena. A proteção da identidade genética. Ob. cit., p. 91).

como núcleo essencial da dignidade da pessoa humana o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo:

Sob este prisma, no *núcleo essencial* da dignidade da pessoa humana há de ser tido como presente o *direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo*, que se desdobra, dentre outros aspectos, na *identidade genética*. A inserção de cada pessoa no mundo, para que possa realizar todas as suas potencialidades, é feita em função de sua história, projetando a autoimagem e a identidade pessoal a partir de seus dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores. É com o conhecimento do estado de filiação que se fincam as premissas da atribuição à pessoa humana de reconhecimento e de distinção do cenário social, permitindo sua autodeterminação no convívio com os iguais. O projeto de vida individual, o plano pessoal de felicidade que todo membro da coletividade tem o direito de formular e a prerrogativa de almejar realizar, portanto, torna-se dependente da investigação da origem de cada um: ser reconhecido filho de seus genitores e ter ciência da própria origem biológica são prerrogativas ínsitas à necessidade do ser humano de conhecer a si mesmo e de ser identificado na sociedade. É assim que o *status* de filho, mais do que fonte de direitos *patrimoniais*, ostenta um inquestionável viés *existencial*, como um substrato fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>280</sup>.

É indene de dúvidas que nas ações de investigação de paternidade o direito à identidade pessoal se concretiza a partir da formação do estado de filho. Mas como compatibilizar o direito à identidade genética, sem a alteração do estado de filho, nas hipóteses de adultério *a matre* ou de perfilhação com vício de consentimento ou de adoção à brasileira?

Segundo Paulo Lôbo<sup>281</sup> e Eduardo de Oliveira Leite<sup>282</sup> foram os alemães, pela primeira vez em 1997, que consagraram em julgado no Tribunal Constitucional, o direito ao conhecimento da origem genética por meio de uma ação autônoma declaratória de filiação genética não sujeita a limitações da contestação da legitimidade presumida.

Com as conquistas do mapeamento genético humano e a inexistência de superioridade entre os critérios de paternidade, em paralelo ao vulto que tomou nos últimos anos os direitos da personalidade, a ciência jurídica dimensionou em cada um dos universos, o pessoal e o familiar, o direito ao conhecimento da origem genética e o direito ao estado de filiação, como direitos autônomos. Deveras uma coisa é vindicar a origem genética, como direito pessoal independente do contexto e do grupo familiar, outra é requerer a formação do estado de filiação, um direito relacional, influente no estado civil de outrem.

A divergência da natureza jurídica do direito ao conhecimento da origem genética e da formação do estado de filiação foi bem apreendida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo investigado para reconhecer sua

<sup>280</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 363.889-DF. Julgado em 02.06.2011. O acórdão do recurso extraordinário ainda não se encontra disponível, mas apenas o seu resultado em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04.06.2011.

<sup>281</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. Ob. cit., p. 152.

<sup>282</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. Ob. cit., p. 200.



paternidade biológica somente para fins genéticos, mantendo-se a paternidade jurídica e socioafetiva da autora da ação incólumes, sem alteração do estado de filiação. No caso, menor, adotada à brasileira por companheiro de sua mãe aos nove meses de idade, e por esta representada, interpôs investigação de paternidade cumulada com alimentos em face do pai biológico, dez anos depois de seu nascimento, tendo sido o pedido julgado procedente em primeira instância, em razão do resultado do exame de DNA. O Tribunal, no entanto, forte na contestação do pai registral e socioafetivo e na distinção entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e a formação do estado de filiação o manteve, julgando procedente o pedido contido na ação apenas para fins de conhecimento da ascendência genética<sup>283</sup>.

Com este espírito o Projeto de Lei nº. 2.285/07, conhecido como Estatuto das Famílias, em seu artigo 77 prevê a possibilidade do conhecimento da ascendência genética sem modificação do vínculo de parentesco: “É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco”<sup>284</sup>.

De *lege lata*, o artigo 48 do ECA já prevê o direito do adotado de conhecer sua origem biológica e ter acesso ao processo no qual a medida de adoção foi aplicada, o que pode ser estendido analogicamente àquelas situações provenientes da posse de estado de filho e da inseminação artificial heteróloga. Ademais, permitir aos adotados o direito ao conhecimento da origem genética e impedi-lo aos filhos, cujo estado de filiação não espelhe o vínculo biológico, seria ferir por completo o princípio da igualdade da filiação.

De mais a mais, o direito ao conhecimento da origem genética não rompe com a regra da irrevogabilidade da adoção. De um lado atende-se ao direito da personalidade do filho adotado de conhecer sua ascendência biológica, por outro se mantém o estado de filiação.

Também na legislação estrangeira Guilherme de Oliveira informa que os Tribunais têm sido chamados a resolver o direito dos adotados ao conhecimento da origem genética, sob o argumento de que todo indivíduo possui uma necessidade psicológica imperiosa de se informar sobre seus genitores, além de saber sua história clínica e sua herança genética para fins terapêuticos. Outro fundamento largamente usado é o direito a ter conhecimento e acesso ao processo em que a adoção foi concedida como medida que resguarde a identidade e a historicidade pessoal de cada um, sendo o anonimato um fator de desequilíbrio na estrutura psíquica dos indivíduos. Até que ponto a concessão pelos ordenamentos jurídicos de acesso

---

<sup>283</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 2005.000406-5. Julgada em 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em 10.06.2011.

<sup>284</sup> Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 11.06.2011.

irrestrito à origem genética aos filhos adotivos abala e prejudica as políticas conjecturais dos procedimentos de adoção não se pode, neste espaço, precisar<sup>285</sup>.

Desafio igual é conciliar o acesso à origem genética e o direito à recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA. Na Alemanha, país em que pela primeira vez o viés biológico pessoal e o viés de estado familiar foram autonomizados, vige a regra da compulsoriedade do exame<sup>286</sup>. No sistema nacional, contudo, a sanção a recusa do investigado ao exame genético ocorre no plano da presunção, inexistindo medida coercitiva, como multa ou prisão, capaz de legitimamente garantir ao investigante o conhecimento de sua origem genética. A previsão pela Lei 8.560/1992 do efeito da presunção de paternidade diante da recusa do suposto pai, não levou em consideração o direito da personalidade a esse conhecimento, ou em exercício de ponderação, o suplantou face ao direito de liberdade e intimidade do investigado. Nesse sentido a lição de Fredie Didier Júnior:

É possível, por exemplo, que alguém, filho adotivo, adúltero, afetivo (paternidade afetiva) ou por inseminação artificial heteróloga, tenha a necessidade de investigar a sua ascendência genética, por problemas relacionados à sua saúde, sem que tenha qualquer pretensão de alterar o seu vínculo de filiação. Busca-se, tão-só, investigar a ascendência genética. Não se trata de ação declaratória (não é possível ação declaratória sobre o fato “vínculo genético”). É ação de prestação de fazer: submeter-se a exame genético. Nesta demanda, a presunção judicial é totalmente inservível: de nada adianta o magistrado presumir, pela recusa, que o réu é o ascendente genético do autor. Não se aplica, aqui, o art. 232 do CC/2002<sup>287</sup>.

Enfim, ainda que não sejam pequenas as dificuldades que cercam o direito ao conhecimento da origem genética, é incontestável o avanço do Direito com a percepção de que o conhecimento da ascendência biológica e o estado civil de filiação são direitos distintos que não se contrapõem. Um não é a antítese do outro. Ao invés são dimensões do indivíduo como ser vivo (dimensão genética), ser humano (dimensão gregária e cultural) e ser ontológico<sup>288</sup>.

<sup>285</sup> Nos EUA a questão é colocada levando em consideração os seguintes pontos: “o interesse do adotado em responder a pergunta: <<quem sou eu?>> ou em evitar, a si ou aos filhos, uma doença hereditária grave ou mortal; o direito dos adoptantes à condução da vida do adoptado sem interferências perniciosas; o direito dos progenitores ao anonimato que é considerado um elemento fundamental da política da adoção; o interesse do Estado em promover a criação de famílias adoptivas estáveis, no interesse do filho e no interesse geral”. Na Alemanha o § 1758 do BGB determina seja guardado segredo de todas as circunstâncias afetas ao processo de adoção, salvo permissão dos adotantes e do adotado na publicidade do processo ou quando interesses públicos exijam o conhecimento dos fatos. (OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Ob. cit., p. 473-480).

<sup>286</sup> No sistema alemão desde muito tempo não se pode antepor o direito à integridade corporal à formação do estado de filiação. Inclusive, o Código de Processo Civil alemão prevê um dever de submissão às perícias exigidas, sob pena de multa ou prisão. Assim também na Suíça. Na França, ao contrário, a coleta de qualquer prova genética com o desconhecimento da pessoa, ou contra sua vontade, é tida como ilícita e considerada como comprometidora da intimidade da vida privada. (LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. Ob. cit., p. 200).

<sup>287</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil e o Enunciado 301 da Súmula da Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Direito Privado*, n.25, jan-mar 2006, p. 179.

<sup>288</sup> Sobre a tridimensionalidade do ser humano conferir WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no direito de família. Ob. cit. *passim*.

Tal percepção é fundamental para que os filhos adulterinos *a matre*, os filhos adotados à brasileira ou perfilhados com vício de consentimento não percam, em ações desconstitutivas do vínculo paterno-filial, com fulcro na ausência de identidade genética, suas identidades pessoais, suas histórias de vida, seus nomes, seus pais. A identidade genética deve vir, no sistema constitucional que privilegia a dignidade do indivíduo, a somar e não a diminuir a personalidade de cada um, como recurso disponível ao indivíduo, que em perturbação psíquica, não possa suportar seu desconhecimento. Ao revés, sua utilização como meio de desconstituir estados de filiação já consolidados pelo tempo é nefasta para a identidade pessoal de cada um, cuja abrangência, como visto, com o dado genético não se confunde.

Importa destacar que a tônica do direito à identidade esteve sempre vertida para o filho não reconhecido e, mais recentemente, no aspecto do conhecimento genético, para o modelo de filiação da adoção. Todavia é chegado o momento de enfatizar o direito à identidade dos que detém um estado de filiação desvinculado do dado biológico através do fator tempo. Para tanto a guiar este estudo se põe a seguinte problemática: quais os efeitos do tempo na consolidação da identidade pessoal do indivíduo? Como o Direito manuseia e regula o tempo no exercício dos direitos potestativos? Qual ou quais os critérios científicos permitem aferir os direitos prescritíveis e os direitos imprescritíveis?

### **3.3. A limitação de direitos e pretensões no tempo**

O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis.  
Caio Mário da Silva Pereira.

A circunstância temporal apresenta-se constante em toda parte do Direito. Na subordinação da vigência das normas, no princípio constitucional da irretroatividade das leis, nos negócios jurídicos a termo, na contagem dos prazos, na aquisição de direitos, etc. O fator tempo é manipulado pelo Direito por um imperativo básico da natureza humana: segurança.

Verdadeiramente a segurança sempre foi uma necessidade antropológica do homem como condição de sobrevivência e coexistência. Segundo Perez Luño, a segurança constitui um desejo arraigado na vida anímica do homem, temeroso diante da própria insegurança, imprevisibilidade e incerteza dos caminhos de sua existência. A segurança, não apenas física, mas de orientação é uma necessidade humana essencial que o Direito satisfaz através da

dimensão jurídica deste valor<sup>289</sup>, instrumentalizado por meio da prescrição, da decadência, da coisa julgada, do devido processo legal, da anistia, dentre outros.

As imagens dos regimes totalitaristas, em diversas partes do globo terrestre no século passado, permitem uma visão fidedigna de como o assalto a segurança jurídica desnorteia e fragiliza a condição humana. Novas ideias, desafios e inquietudes trouxeram, recentemente, em outras circunstâncias, um novo sentimento de insegurança, advindo de ameaças e acidentes nucleares, degradação do meio ambiente com possíveis desastres ecológicos, usos desconhecidos e imprevisíveis da engenharia genética e da informática, que, se por um lado emancipam e confortam o ser humano, por outro podem comprometer sua liberdade e sua própria identidade<sup>290</sup>.

Talvez pela evidência com que algumas democracias foram comprometidas nos últimos anos por regimes de oportunidade ou mesmo pela atuação defeituosa do Poder Público na promoção do bem comum, o valor da segurança no âmbito jurídico tenha sido mais evocado no campo do Direito Público. Mas é preciso enfatizar que a segurança jurídica, como conceito fundamental da Filosofia e Teoria do Direito, é pressuposto e função de toda a ciência jurídica<sup>291</sup>.

As dimensões filosófica, sociológica e axiológica da segurança jurídica dificultam sobremaneira a elaboração de um conceito que precisamente a defina, sendo adequado, porém, afirmar que o valor da segurança se encontra entrelaçado com as formas, as instituições, os direitos e os deveres jurídicos. Para Perez Luño em sentido estrito a segurança jurídica se manifesta como exigência objetiva de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico através de normas e instituições, e, no sentido subjetivo, como a certeza do Direito<sup>292</sup>. É a dimensão subjetiva da segurança jurídica, é dizer, a certeza como projeção das situações pessoais de cada indivíduo que interessa ao tema da relação paterno-filial. O Direito tem interesse que relações, como a de paternidade, fiquem incertas e perdurem em estado de insegurança ao longo do tempo, ou, reversamente, deve interferir submetendo a intranquilidade a um reduzido período de tempo? Haverá dano maior que o Estado infligir aos seus cidadãos uma vida de completa incerteza?

<sup>289</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2ª edición. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1994, p. 24.

<sup>290</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Ob. cit., p. 21-22.

<sup>291</sup> “[...] **presupuesto** del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidade positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, que fundamentan el eltero ordem constitucional; y **función** del Derecho que <<assegura>> la realización de las libertades” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Ob. cit., p. 27-28).

<sup>292</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Ob. cit., p. 30.

É muito antiga a percepção de que o tempo e seus efeitos devem ser restringidos pelo Direito por meio da prescrição, daí a fórmula de Cassiodoro “*prescriptio est patrona generis humani ad utilitatem publicam introducta*”, ou seja, o Direito Romano já apregoava que a prescrição é protetora do gênero humano. É na paz social, no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, sedando os estados de dúvida que, comumente, se justifica os institutos da prescrição e da decadência<sup>293</sup>. Também San Tiago Dantas filiando esses institutos à premissa da segurança para a formação de um sistema jurídico justo, possível e ordenado asseverou:

Como se passou muito tempo sem se modificar o atual estado de coisas, não é justo que continuemos a expor as pessoas à insegurança que o nosso direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. Então, a prescrição vem e diz: daqui em diante o inseguro é seguro, quem podia reclamar não o pode mais. De modo que, vêm os senhores, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: distribuir a justiça – dar a cada um o que é seu – e estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o quê conta e com o quê não conta<sup>294</sup>.

Em nome de relações estáveis e da necessidade de um clima de confiança de que os homens precisam para dirigir suas vidas por meio de caminhos livres de sobressaltos, as Codificações da modernidade, consoante a natureza do direito, positivaram um sem número de prazos prescricionais e decadenciais.

Exaustivas foram as teorias formuladas para, cientificamente, identificar um prazo como sendo de natureza prescricional ou decadencial, até que Agnelo Amorim Filho<sup>295</sup>, categoricamente, solucionou uma via possível para distinguir a prescrição da decadência. Para tanto, usou este autor a distinção feita por Chiovenda entre direitos subjetivos – direitos que o bem da vida reclama uma prestação de um sujeito passivo – e, direitos potestativos – direitos conferidos por lei a determinadas pessoas para que possam influir, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas alheias, sem o concurso de terceiros. Ainda relacionou tais categorias de direitos às modernas classificações das ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

Nesta trilha, Agnelo Amorim Filho percebeu que à violação dos direitos subjetivos a uma prestação, o ordenamento jurídico disponibiliza ações (aqui empregadas no sentido material, como reação do titular do direito violado via prestação jurisdicional) ao seu titular, que reclamam uma condenação, ou seja, uma imposição coativa ao sujeito passivo do

<sup>293</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. 23 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 585.

<sup>294</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Ob. cit., p. 343.

<sup>295</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, Ano 86, vol. 744, outubro de 1997, p. 725-750.

cumprimento da obrigação violada sob pena de execução patrimonial. Assim, para os direitos subjetivos a uma prestação, quando violados, o ordenamento jurídico tutela o seu titular com uma ação com eficácia condenatória.

Diferentemente, os direitos subjetivos potestativos, insuscetíveis de violação pelo sujeito passivo, que ao seu exercício simplesmente se sujeita, não reclamam para sua tutela uma ação com eficácia condenatória. Aliás, os direitos potestativos podem ou não ser exercidos através da via judicial, o que significa dizer que existem diferentes formas de seu exercício.

Em regra, os direitos potestativos são exercidos mediante simples declaração de vontade de seu titular, como a de aceitar ou renunciar a herança. Há, porém, hipóteses de direitos potestativos que, apesar de poderem ser exercitados mediante simples declaração de vontade de seu titular, com desprezo da via judicial, precisam da concordância daqueles que a eles se sujeitam, como, por exemplo, dos condôminos na divisão da coisa comum. Nesses casos, na hipótese de discordância quanto à forma do exercício do direito potestativo, é possível o seu titular se socorrer, subsidiária e facultativamente, das vias judiciais.

Por fim, existem aqueles direitos potestativos que demandam como forma ao seu exercício o meio necessário e obrigatório da ação, visto que através dela, algumas situações jurídicas mais caras ao ordenamento ficariam revestidas de maior segurança, como são as hipóteses referentes ao estado civil das pessoas, dentre elas a formação do estado paterno-filial. Ao contrário das ações ajuizadas para tutelar o direito a uma prestação violada através de uma condenação, a finalidade dessas ações não é exigir do sujeito passivo o cumprimento de uma prestação, posto que inexistente, mas apenas criar, extinguir ou modificar determinada situação jurídica, o que revela uma eficácia constitutiva positiva ou negativa da prestação jurisdicional.

A percepção de que a possibilidade do exercício de direitos potestativos traz também intranquilidade, para os que sofrem uma situação de sujeição em sua esfera jurídica, culminou com a fixação de prazos especiais ao longo da lei civil. Tais prazos logicamente atingem diretamente os direitos potestativos, eis que as ações apenas instrumentalizam seus exercícios, quando a lei determina a obrigatoriedade da via jurisdicional.

Em suma, com base na lição de alguns processualistas, Agnelo Amorim Filho concluiu que as ações condenatórias são o meio de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação (direitos a uma prestação); as ações constitutivas são o meio de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (direitos potestativos) e, as ações declaratórias são o meio de

se obter uma certeza jurídica (direito de saber se seu direito existe e excluir a existência do direito do adversário)<sup>296</sup>.

Sabe-se que o direito à formação do estado civil de filho e a manutenção deste estado é um direito potestativo. Na ação de investigação de paternidade, o investigante tem o direito potestativo de formar o seu estado civil de filho-pai, independentemente da vontade do investigado, sujeito passivo do direito formativo, cuja esfera jurídica apenas a ele se sujeita. Na ação negatória de paternidade, o pai tem o direito potestativo de modificar o estado civil de pai-filho, independentemente da vontade do filho, sujeito passivo do direito modificativo, cuja esfera jurídica apenas a ele se sujeita.

Nessas ações de estado, explica Agnelo Amorim Filho, não se requer uma certeza jurídica, mas a criação, a extinção ou a modificação de um estado. Desta maneira as ações de estado, geralmente classificadas como declaratórias, são verdadeiramente ações constitutivas. O filho ou o pai que ajuízam uma ação de estado não pretendem com ela estabelecer a certeza jurídica a respeito da existência ou inexistência da relação paterno-filial, mas ao invés, desejam por meio dela obter o reconhecimento de determinado estado pessoal, com a produção dos efeitos daí decorrentes.

Outra evidência de que as ações de estado não são ações meramente declaratórias, é que sendo estas, sempre e sem exceção, imprescritíveis, como se poderia explicar a fixação de prazos decadenciais de 04 (quatro) anos para o direito de anular o casamento ou impugnar a perfilhação. Esses prazos só confirmam que as ações de estado não pertencem ao grupo das ações declaratórias.

O raciocínio ligeiro que vem à tona quando se estuda situações de estado civil, no sentido de que sendo as ações de estado, ações declaratórias, e, pois, imprescritíveis, não encontra sustento na explicação inafastável de Agnelo Amorim Filho:

Parece-nos, face ao exposto, que se impõe a conclusão de que as ações de estado não são declaratórias, e sim constitutivas (positivas ou negativas), e realmente elas se apresentam com as duas das principais características das ações constitutivas: a) são meio de exercício de direitos potestativos (o direito à aquisição, modificação ou extinção do estado, e aos efeitos daí decorrentes), e b) as sentenças nelas proferidas sempre criam um estado de *sujeição*, para terceiros, independentemente do concurso da vontade destes, ou mesmo contra sua vontade. Aliás, as ações de estado não são apenas constitutivas – elas são constitutivas *obrigatórias ou necessárias* [...]

Concluindo as considerações a respeito das ações às quais demos a denominação de *aparentemente declaratórias* podemos dizer que, como constitutivas que são, seguem a sorte

---

<sup>296</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Ob. cit., p.732.

destas últimas com referência aos dois institutos objeto do presente estudo: estão ligadas à decadência<sup>297</sup>.

Posto isto se pergunta: o direito potestativo do pai em negar a paternidade através de uma ação desconstitutiva deve ficar sujeito a um prazo decadencial ou deve ficar sob o manto das ações perpétuas? No reverso da moeda: deve o filho, subordinado ao estado de sujeição, ficar eternamente sob a expectativa da possibilidade do exercício do direito potestativo modificativo de seu estado civil de filiação?

A seguir a dogmática buscada no trabalho científico de Agnelo Amorim Filho chega-se a conclusão de que o exercício potestativo de negar a paternidade por meio da ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil, como ação constitutiva negativa, deveria ficar limitado a um prazo decadencial. Mas, imediatamente, surge a imprescritibilidade consagrada no artigo 27 do ECA como regra às ações formadoras de um estado, para, novamente, trazer de volta o sentimento de dúvida.

A dificuldade a resposta da pergunta acima formulada é fruto da constatação de que há direitos potestativos, cujo exercício, não está vinculado a prazo e outros que estão. Então, o desafio passa a ser extremar os direitos potestativos perpétuos e os direitos potestativos submetidos a prazos decadenciais.

San Tiago Dantas, ao começar o estudo dos institutos da prescrição e da decadência, prontamente revela a ausência de critérios legais para identificar a categoria dos chamados direitos imprescritíveis:

Como explicar esta categoria de direito? Como estabelecer o critério graças ao qual podemos dizer este direito é prescritível e este é imprescritível, já que a lei não nos aponta taxativamente quais os de uma espécie e quais os de outra? Concorreram para isto muitas doutrinas, e se as estudarem de perto verão que nenhuma delas satisfaz completamente o nosso raciocínio. A mais conhecida é a que se baseia no brocardo “não corre prescrição nas coisas meramente facultativas”. É a teoria dos direitos facultativos. Diz ela: todas as vezes que o nosso direito consiste numa faculdade – que fica ao nosso arbítrio usar ou não usar -, não se verifica a prescrição; todas as vezes que isto não se dá, então, temos nós a ocorrência da prescrição. A dificuldade do critério está em que quase todos os direitos subjetivos acarretam consigo esta faculdade de usar ou não usar, ao arbítrio do titular. Se alguém, por exemplo, deve-me alguma coisa, está no meu arbítrio cobrar ou não cobrar. De modo que é preciso uma sutileza de raciocínio muito grande para dizermos que não existe, neste caso, faculdade, existe obrigação de protegermos nosso próprio direito; enquanto que, no outro caso, não existe nenhuma obrigação de promover a divisão da coisa comum, sendo a divisão meramente facultativa. Verão que surgirão casos e casos em que não podemos distinguir uma coisa da outra<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Ob. cit., p.745.

<sup>298</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Ob. cit., p. 344.



A mesma dificuldade assinalou Câmara Leal para quem “todo o estudo relativo à imprescritibilidade se ressentia de um certo empirismo. Não se encontra nos autores a fixação de uma doutrina, com princípios juridicamente estabelecidos. Tudo se reduz à casuística”<sup>299</sup>.

Agnelo Amorim Filho compartilhando a total falta de um critério para recortar o grupo dos direitos sujeitos a incidência do tempo e os perpétuos, antes de se debruçar sobre o tema, constatou a impropriedade da terminologia utilizada para designar esta categoria de ações. Isso porque gramaticalmente o termo “imprescritível” significa o que não prescreve. No entanto, seu uso abrange tanto a ação que não se sujeita a um prazo prescricional, quanto o exercício do direito que não se tolhe por um prazo decadencial. Desta forma, a melhor nomenclatura para identificar esta classe de ações é a da perpetuidade, daí se passar a usar a expressão “ações perpétuas” no lugar de “ações imprescritíveis”<sup>300</sup>.

Passando ao critério de distinção das ações perpétuas, o supracitado autor afirma:

Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) tôdas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem, indiretamente, a decadência. Por aí se verifica facilmente que são perpétuas (imprescritíveis): a) todas as ações meramente declaratórias; e b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei). Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis), pois todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 178, ou por um dos prazos gerais do art. 177.

Não se pode, neste ponto, aproveitar as lições de Agnelo Amorim Filho, para quem as ações constitutivas quando não têm prazo especial fixado em lei são perpétuas e quando têm se sujeitam a um prazo decadencial. Justamente qual o critério que o legislador se utiliza para afirmar que o exercício de um direito potestativo  $x$  não se consome pelo tempo e, que o exercício do direito potestativo  $y$  se consome, é o que se precisa saber. Caso contrário, reina o casuismo ressaltado por Câmara Leal, que a doutrina e a jurisprudência se atêm a repetir. O fato de o legislador não atribuir um tempo para o exercício do direito potestativo, como, por exemplo, para o exercício da ação de nulidade de casamento entre pai e filha ou para a investigatória de paternidade não é um critério científico para se extremar o que é de natureza perpétua ou não.

Veja-se. Sob a égide do Código Civil de 1916, o prazo para o marido contestar a paternidade do filho havido de sua esposa decaía em 02 ou 03 meses, a depender de sua

<sup>299</sup> CAMARA LEAL, Antonio Luís. *Da prescrição e da decadência*. 4ª ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 37.

<sup>300</sup> Apesar de se concordar que a nomenclatura “ações perpétuas”, proposta por Agnelo Amorim Filho, é mais adequada do que a expressão “ações imprescritíveis”, ela também peca de cientificidade, ao ter que congrega não apenas ações, mas também direitos cujo exercício é perpétuo, como o direito potestativo do filho fora do casamento investigar a paternidade. De forma que sob a expressão “ações perpétuas” está também a se referir a direitos. (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Ob. cit., p.746-747).

presença ou ausência. Na lei atual o exercício do direito potestativo tornou-se imprescritível. Qual o critério científico permite entender por que um direito potestativo de extinção da relação paterno-filial sujeito a um prazo decadencial tornou-se imprescritível? Talvez o percurso histórico de elaboração da lei possa ajudar a entender esta mudança radical de posicionamento.

No projeto original de alteração do Código Civil (Projeto de Lei nº. 634/75), os prazos para o marido impugnar a paternidade dos filhos de sua mulher eram os mesmos existentes no Código Civil de 1916, vide §§ 1º e 2º do art. 1.610 do Projeto de Lei:

Art. 1.610. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

§1º Decairá de tal direito o marido que, presente à época do nascimento, não contestar a filiação, dentro de sessenta dias.

§2º Se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, o prazo para repúdio será de noventa dias, contado do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e do de conhecimento do fato, no segundo.

A atual redação que prevê a imprescritibilidade tal como posta no artigo 1.601 do CC/2002 resultou de emenda do Relator-Geral, Deputado Ricardo Fiúza e Relator-Parcial Deputado Antônio Carlos Biscaia, cujo parecer sobre a redação do então artigo 1.610 do Projeto-Lei nº 634 de 1975 foi o seguinte:

Sobre este dispositivo, cuja redação o Senado melhorou em relação ao texto original, é necessário uma análise mais profunda; se não vejamos.

As inovações constitucionais e legais sobre o reconhecimento da filiação têm como suporte a busca da verdade real, motivando o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da imprescritibilidade das ações relativas à filiação, incluindo nestas a negatória de paternidade. Tal entendimento leva à tese de que estariam revogados os dispositivos legais que estabeleciam prazos decadenciais para o exercício destes direitos. Nesse sentido, compreende-se a natureza do estado de família, no qual se enquadra o de filiação, como de ordem pública, não devendo comportar relações fictícias, salvo na hipótese de adoção. Com base nestes mesmos argumentos, editou o STF a Súmula 149, que preleciona: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Se imprescritível a investigação de paternidade, também o é a negatória.

Este entendimento também se justifica diante dos acelerados progressos científicos no tocante ao tema, que permitem o conhecimento seguro do estado de filiação. [...]

Por fim, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) já introduziu em nossa legislação a imprescritibilidade da ação de reconhecimento do estado de filiação, com a seguinte redação: “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”.

Por estas razões, opinamos pela aprovação da emenda do Senado, na forma da seguinte subemenda:

Art. 1.610. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Infelizmente, também a justificativa para a aprovação da subemenda calcada nas “inovações constitucionais”, na “verdade real”, na Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal,

nos progressos científicos e no artigo 27 do ECA, não clarifica a nebulosidade que envolve a separação dos direitos perpétuos daqueles que se extinguem pelo decurso do prazo decadencial.

A jurisprudência produzida pelo Superior Tribunal de Justiça, depois da Constituição Federal e da regra do artigo 27 do ECA, porém, antes da entrada em vigor da Lei 10.406/2002, era dividida. Enquanto o entendimento da Terceira Turma era no sentido de que o prazo do artigo 178 § 3º e 4º do Código Civil de 1916 se aplicava porque negatória e investigatória não são ações idênticas e os prazos para negar a paternidade devem ser curtos, para a Quarta Turma prevaleceu a diretriz da imprescritibilidade das ações desconstitutivas do estado de filiação, sob a premissa da “verdade real”<sup>301</sup>.

No julgamento do Recurso Especial nº. 37.588/SP, o Ministro Nilson Naves – 3ª Turma – acolheu a decadência da ação negatória de paternidade, sendo acompanhado por unanimidade, citando Orlando Gomes: “São curtos os prazos para evitar que a situação do filho permaneça incerta por longo tempo. Ademais, o marido que não reage prontamente, sabendo que não é seu o filho, revela insensibilidade ou indiferença, que não deve merecer amparo legal”. No julgamento do Recurso Especial nº. 89.606-SP, o Ministro Waldemar Zveiter acolhendo a decadência de dois meses para o exercício da contestação da paternidade pelo marido asseverou: “Impende ressaltar que a ação negatória, embora cuide de estado da pessoa, não guarda qualquer relação com a investigatória de paternidade, de que cogita a Súmula 149 do STF”.

Em posição diametralmente oposta, o Ministro Cesar Asfor Rocha – 4ª Turma – em outra negatória de paternidade refutava o prazo decadencial com base (i) no alargamento das causas para o marido contestar a paternidade; (ii) na possibilidade de o filho “investigar sua paternidade sem a limitação de prazo, que também não obstaculiza a ação de anulação de registro, que é o efeito de que a ação negatória de paternidade, quando procedente, é causa”; (iii) na mentira que se perpetuaria caso não fosse transposta a “formalidade da envelhecida, anacrônica e superada regra decadencial”<sup>302</sup>.

Tampouco nos julgados que marcaram a divergência quanto ao tema da imprescritibilidade das ações desconstitutivas há êxito na resposta para entender como saber aprioristicamente se o exercício do direito potestativo de negar a paternidade deve ser

---

<sup>301</sup> A retratar esses posicionamentos conferir, no âmbito da Terceira Turma, REsp 37.588-6/SP, julgado em 07 de março de 1995 e REsp 89.606/SP julgado em 14 de abril de 1997 e no âmbito da Quarta Turma, REsp 146.548-GO julgado em 29 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24.06.2011.

<sup>302</sup> Trechos do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha no julgamento do Recurso Especial nº. 146.548-GO. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 24.06.2011.

limitado ou não pelo decurso do tempo. Desta feita, resta, então, perscrutar a quem interessa a fixação de um prazo curto ou de um prazo perpétuo. Se a desconstituição de uma paternidade é um interesse de ordem pública, dizendo respeito não apenas aos possuidores do estado de filho e de pai, mas à sociedade, então, a extinção do estado de filho deve ser uma faculdade perpétua. Inversamente, se tal desconstituição é um interesse de ordem privada, restringindo-se ao eixo filho-pai, não deve o Estado poder a qualquer momento interferir na conformação de um estado que apenas aos possuidores desta qualidade jurídica vincula-se. O caminho para responder a essas interrogações passa a percorrer a essa questão maior: a quem interessa a manutenção do estado de filho? Antes, porém, do exame aprofundado desta indagação, não menos importante é esboçar as distinções entre as vias desconstitutivas da paternidade.

### 3.4. A desconstituição da paternidade: distinções necessárias

O *status* de filho se constitui na linha paterna através da presunção *pater is est* (modelo de filiação para os filhos havidos no casamento); através de ato de reconhecimento voluntário – perfilhação – ou de uma sentença judicial em ação de investigação de paternidade (modelo de filiação para os filhos havidos fora do casamento) ou por meio de uma sentença judicial em ação de adoção (modelo de filiação para os filhos adotivos). Existem, pois, duas ações para constituir, formar, dar um estado de filho para quem ainda não o tenha: a ação de investigação de paternidade e a ação de adoção. Dentro do casamento não há ação para formar o estado de filho na linha paterna, porque a própria lei, através da presunção legal, dispensa a necessidade de prova do vínculo filiatório.

Desse modo, se para cada modelo há uma via específica de constituição de paternidade, para a desconstituição, ou seja, o desfazimento do estado pessoal de filho, há também de se ter, de acordo com as peculiaridades de cada paradigma, uma via própria. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

O Código Civil apenas admite duas hipóteses de impugnação da paternidade: uma, pelo marido (art. 1.601); outra, pelo filho contra o reconhecimento da filiação (art. 1.614). Não há, pois, fundamento legal para a espantosa disseminação de ações negatórias de paternidade, com intuito de substituí-la por suposta paternidade genética<sup>303</sup>.

<sup>303</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. Ob. cit., p. 53. A disseminação de ações desconstitutivas de paternidade vem sendo relatada também pela literatura estrangeira: “A magistrada francesa Marie-Christine George esclarece que nos tribunais de seu país há um considerável aumento dos pedidos de destituição da autoridade parental e contestações da paternidade. Para a citada juíza, muitos desses processos acarretam o que qualifica como uma ‘violência subjetiva’ contra a criança, mesmo que não seja essa a intenção dos que a cometem. Chama a atenção ainda para a responsabilidade do Estado quanto à preservação dos vínculos de filiação”, (*apud* BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: certezas e instabilidades. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 08, n. 36, jun/jul, 2006, p. 8). Também em crítica contundente WELTER, Belmiro Pedro.

Desconstituir o *status filiae* é, portanto, um gênero, de que são espécies as ações propostas pelo marido e pelo filho reconhecido. No entanto, a fim de açambarcar todas as ações de desconstituição de paternidade, mesmo as não previstas no Livro de Família do Código Civil, propõem-se a seguinte classificação: (i) *no modelo de filiação para os filhos havidos no casamento*: ação negatória de paternidade de legitimidade do marido prevista no art.1.601 do CC; (ii) *no modelo de filiação para os filhos havidos fora do casamento*: ação de anulação de perfilhação com base em vício de consentimento – erro, dolo ou coação – de legitimidade do perfilhante com base no artigo 171, II, CC e ação de impugnação de reconhecimento de legitimidade do filho prevista no artigo 1.614 CC; (iii) *no modelo de filiação para os filhos adotivos*: ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar e da paternidade biológica prevista no ECA. Existe ainda a ação desconstitutiva cuja causa é a falsidade ou erro do registro, ao qual faz alusão o artigo 1.604 do CC aplicável indistintamente a todos os modelos por defeito do registro.

Cada uma dessas ações possui um legitimado ativo e um legitimado passivo, uma causa que fundamente o pedido desconstutivo e um prazo decadencial ou mesmo a imprescritibilidade a delimitar seu uso no curso do tempo. Não obstante as peculiaridades de cada uma dessas ações, o emprego arbitrário e sem critério de termos idênticos a igualar ações desconstitutivas com modelos de filiação específicos, vem trazendo um tratamento anárquico do tema tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Ressalte-se que o compartilhamento do rito ordinário por todas as ações de desconstituição, sem previsão pelo Código de Processo Civil de um rito especial para cada um delas, não permite e legitima uma referência uniforme a todas as ações desconstitutivas, a não ser que se renegue a racionalidade que todo cientificismo de uma matéria técnica impõe.

A ação negatória de paternidade, por exemplo, prevista no artigo 1.601 do Código Civil é uma ação desconstitutiva típica e exclusiva do modelo de filiação dos havidos no casamento, eis que a regra que a prevê atribui legitimidade estritamente ao marido. Várias, porém, são as ementas que, ao condensar e destacar o tema do julgado, dela fazem uso, quando o relatório expõe uma filiação própria do modelo dos filhos havidos fora do casamento, como a ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL - CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - PRESUNÇÃO *PATER IS EST* - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ - OFENSA

---

Fenomenologia no direito de família. Ob. cit, p. 178: “Há possibilidade de propor ação negatória de paternidade afetiva, como se faz com os negócios jurídicos em geral, como se o direito de família fosse um apêndice do direito das obrigações ou do direito das coisas”.

AO ARTIGO 48 DA LEI 9.069/90 (sic) - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

1. A análise da questão sob a ótica de que o recorrido registrou o menor em face da presunção *pater is est* implica o revolvimento de matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado 7 da Súmula do STJ.

2. A discussão sobre a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade ou mesmo da adoção, propriamente dita, é matéria estranha ao acórdão recorrido, por isso não restou prequestionado o teor do artigo 48 da Lei 9.069/90 (sic).

3. Agravo regimental improvido<sup>304</sup>.

A leitura tão somente da ementa já traz a seguinte dúvida: o caso se insere no modelo de filiação dos filhos havidos no casamento ou fora do casamento? A ementa simultaneamente refere-se à presunção *pater is est* e ao reconhecimento voluntário, sendo contraditória em seus próprios termos.

Ao se passar ao relatório do julgado, tem-se conhecimento de que o nascimento do réu se deu no curso de união estável, sendo perfilhado pelo companheiro da mãe. Trata-se, pois do modelo de filiação dos havidos fora do casamento, dentro do qual deveria ter sido esta ação de estado tratada. Contrariamente fala-se em ação negatória de paternidade prevista no artigo 1.601 do Código Civil para os havidos no casamento e em presunção *pater is est*, quando se sabe não estendida tal presunção pelo artigo 1.597 ao companheirismo. O estudo de diversos julgados em diferentes tribunais de todo o país mostra que a ação negatória de paternidade, embora prevista tão somente no artigo 1.601 para o marido, é utilizada indistintamente por todos os pais-autores em diversas hipóteses de desconstituição de paternidade. A ação negatória de paternidade é, pois, o *nomen iuris* utilizado para identificar diferentes ações desconstitutivas.

Mas é claro que a referência não se restringe apenas ao uso de um único nome. Pelos olhos da doutrina e da jurisprudência majoritárias, a partir de uma pretensa e falsa igualdade na desconstituição do estado de filho, compartilhada artificialmente por todos os modelos de filiação, se utiliza a regra da imprescritibilidade prevista no artigo 1.601 do Código Civil. Para os defensores da perpetuidade das ações desconstitutivas do estado de filho não é possível aplicar o prazo decadencial de 04 (quatro) anos para o pai desconstituir o estado de quem perfilhou por erro, enquanto o marido pode a qualquer tempo desconstituir o estado do filho que a presunção *pater is est* criou. Crê-se, porém, que se há violação pelo sistema legislativo – que, como visto no capítulo 01 é, em matéria de filiação, uma colcha de retalhos –, ao princípio da não discriminação, deve-se privilegiar os prazos decadenciais de 04 (quatro) anos previstos no artigo 178 e no artigo 1.614 do Código Civil e não a imprescritibilidade do artigo 1.601, conforme será abordado no item 3.5 e 3.6 infra.

---

<sup>304</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1.049.257-RJ. Julgamento em 04 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12.05.2011.

Esse estado de coisas, que poderia aqui se evidenciar a exaustão, mas cuja ementa acima é dele simbólica, revela a importância do uso da linguagem e a insegurança jurídica decorrente do emprego equivocado dos conceitos jurídicos. Não podem os termos investigatória, negatória, contestatória, impugnação, presunção *pater is est*, reconhecimento voluntário, perfilhação, serem usados como se polivalentes fossem. Cada um traz em si uma carga de valor de um modelo de filiação que só existe porque a ciência jurídica percebeu peculiaridades que justificam uma especificidade. A adoção, por exemplo, é um ato irrevogável, posto que emerge de um ato de vontade. Já a presunção *pater is est* não tem como característica a irrevogabilidade, eis que de ato de vontade não se trata, mas sim de uma presunção legal relativa em prol do filho, independentemente da vontade do marido, que por este estado civil de casado, automaticamente, adquire a de pai.

Sobre a importância da linguagem e da palavra Aristóteles, em sua obra *Política*, ao afirmar que o homem é um animal político, já dizia que:

[...] o homem é o único animal que tem o dom da palavra. E mesmo que a mera voz sirva para nada mais do que a indicação de prazer ou de dor, e seja encontrada em outros animais, o poder da palavra tende a expor o conveniente e o inconveniente, assim como o justo e o injusto. Essa é uma característica do ser humano, o único a ter noção do bem e do mal, da justiça e da injustiça<sup>305</sup>.

Mas do que se apropriar da palavra, o homem a imbuíu de significado científico, passando do *mythos* (narrativa) ao *logos* (palavra racional em que se exprime o pensamento que conhece o real, isto é, a síntese de ideias referentes ao pensamento, à razão e à verdade)<sup>306</sup>.

Por isso não se pode utilizar palavras ou conceitos de modelos de filiação diferentes como sinônimos, porque desta forma se estará ignorando o tecnicismo da ciência jurídica. O uso desmedido do termo/expressão “ação negatória de paternidade” para diferentes situações torna o Direito leigo e a desconstituição da paternidade um objeto não conceitual, metódico e racional.

Para evitar mal-entendidos é importante sistematizar as ações desconstitutivas e racionalizar o uso da linguagem, como, inclusive, a teoria dos contratos fez ao prever como formas de extinção deste instrumento a resolução, a rescisão e a rescisão, espécies diferentes do gênero extinção.

<sup>305</sup> Aristóteles. *Política*. Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 146.

<sup>306</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13 ed., São Paulo: Ática, 2009, p. 149-150.

Para tanto se começa pela ação prevista pelo artigo 1.601 do Código Civil: a negatória de paternidade dos filhos havidos no casamento. Segundo a regra legal esta ação é de legitimidade e iniciativa privativa do pai que possui também o *status* civil de casado, caso contrário não teria a lei utilizado o vocábulo “marido”; não há causa predefinida em lei para seu ajuizamento (sistema de causas livres) tampouco prazo para o exercício do direito potestativo de negar a paternidade, sendo tal ação expressamente declarada imprescritível.

Um equívoco muito comum é constar nas ementas de julgados de negatórias de paternidade, provavelmente a espelhar as próprias peças das ações, o vício de consentimento do pai e marido – na maioria das vezes, o erro substancial cometido pela credulidade na fidelidade da mulher –, como causa do registro civil e da formação do *status*. Todavia, é incorreto se falar em erro, como vício do consentimento da vontade, no modelo da filiação dos havidos no casamento, porque a fonte é a presunção estatuída em lei, e não a vontade do pai, repita-se, irrelevante para a constituição do *status filiae* no casamento. Mesmo que as peças iniciais ou os depoimentos ou testemunhos contenham a informação de que o marido “reconheceu” a paternidade é preciso que o órgão julgador afirme a incidência da presunção legal e extreme o que é passível de reconhecimento ou o que é decorrente de uma previsão legal.

Caso contrário, ao invés de servir de orientação e paradigma para casos semelhantes, os julgados serão fonte de confusão e imprecisão terminológica dos conceitos, a levar a conclusões diametralmente opostas, a confundir a doutrina num desentendimento vicioso que atingirá de uma só vez jurisdição, legislativo e doutrina, em um processo de retroalimentação caótico. Com algumas exceções, este é o atual estado da arte na doutrina e na jurisprudência quando o tema é filiação.

Outro questionável e lamentável engano diz com a legitimidade ativa desta ação, calçada não tanto no uso vulgar de conceitos e termos técnicos, mas em uma própria interpretação distorcida da desconstituição da paternidade. Apesar de a regra do artigo 1.601 do Código Civil atribuir legitimidade e iniciativa estritamente ao marido e, uma vez contestada a filiação, aos seus herdeiros, o entendimento preponderante é de crítica a tal restrição, já reduzida a termo no Projeto de Lei nº 6.960 de 2002 de relatoria do Deputado Ricardo Fiúza com sua ampliação:

Art. 1.601. O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas: I – ao filho; II – àqueles declarados como pai e mãe no registro de nascimento; III – ao pai biológico. §1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação; §2º A relação de filiação oriunda de adoção não poderá ser



contestada. §3º A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da inexistência da relação de filiação<sup>307</sup>.

Com efeito, a possibilidade, segundo farto posicionamento jurisprudencial, de o filho presumido investigar sua paternidade, em qualquer tempo, em um sistema de causas livres relativizou em muito as restrições à desconstituição da paternidade pelo marido.

Aliás, esta extensão da legitimidade de desconstituição de paternidades não se dá apenas no terreno dos filhos matrimoniais, mas também dos extramatrimoniais. No julgamento do Recurso Especial nº. 460.302-PR, a ação de desconstituição de paternidade foi ajuizada pela viúva e pelos irmãos unilaterais, apesar de o pai, em vida, ter voluntariamente reconhecido o filho réu; no julgamento do Ag 1.242.692-SP a ação de desconstituição de paternidade foi ajuizada pelos avós paternos, sendo o pai já falecido; no julgamento do REsp 709.608-MS a ação desconstitutiva, após o falecimento do pai, foi ajuizada por irmã unilateral, após a habilitação de seu irmão no inventário; nos embargos infringentes nº. 70013567888 do TJ/RS novamente avós tentaram desconstituir paternidade de filho já falecido, merecendo destaque o voto do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos quanto ao tema da legitimidade:

[...] Primeiramente – embora se trate de matéria vencida –, tenho para mim que os avós sequer legitimidade teriam para impugnar essa paternidade, porque as ações que envolvem relação de paternidade e filiação são personalíssimas. Essa é a questão fundamental, que, lamentavelmente, não está em discussão aqui.

Não tenho a menor dúvida de que, sejam os avós, sejam os filhos do reconhecente, não têm que se imiscuir no fato de ele ter desejado ter aquele filho, mesmo que biologicamente não o fosse. Portanto, as ações são personalíssimas. Aliás, esse entendimento foi discutido no acórdão de origem, mas infelizmente ficou vencido na Câmara.

O art. 1.615 diz:

‘Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade’.

Não está dito aqui que qualquer pessoa que justo interesse tenha pode contestar a paternidade ou a maternidade.

Essa interpretação suprime o núcleo do texto, que é a *ação de investigação*, é isso que qualquer pessoa pode contestar, não o próprio vínculo. O vínculo, não, jamais, em tempo algum.

Esse entendimento, *data vênia*, é absolutamente equivocado e fere o interesse da família acima de tudo e a estabilidade das relações familiares [...] <sup>308</sup>.

<sup>307</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em 15.06.2011. Pela ampliação da legitimidade da negatória de paternidade aos pais não maridos doutrina Simone Orodeschi Ivanov: “Apesar de o dispositivo legal se referir apenas ao marido, a analogia, em relação ao homem não casado, é inevitável, pois cabe a qualquer homem igual direito, haja vista o Princípio da Verdade Real nas relações de filiação, independentemente de sua origem [...] Do ponto de vista processual, têm legitimidade ativa para a ação negatória de paternidade tanto o homem que é pai jurídico em virtude de presunção como aquele que é pai jurídico porque participou do registro. O artigo 1.601 do Código Civil não faz qualquer restrição quanto a esse aspecto [...]”. (IVANOV, Simone Orodeschi. Ação negatória da paternidade de crianças e adolescentes e o cuidado como valor jurídico. In: *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, vol. 101, dez/2008, p. 102).

<sup>308</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº. 70013567888. Julgamento em 13.01.2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 14.06.2011

Na esteira do entendimento do supracitado desembargador é importante consignar que seja a ação desconstitutiva que for, por se tratar de uma questão de estado, a ação é personalíssima. Ninguém seria capaz de imaginar terceiro legitimado para a propositura de ação de divórcio. Então por que se admite, no âmbito da filiação, a extensão da legitimidade a terceiros estranhos ao vínculo? Ampliar a legitimidade para terceiros parentes, em geral avós e irmãos unilaterais, desconstituir a paternidade é permitir que um direito exclusivamente moral e existencial que é a relação pai-filho se mercantilize. É evidente que a desconstituição da paternidade por irmãos unilaterais, após o falecimento do pai comum, se move por um quinhão maior na herança. Tais ações constituem a um só tempo uma violência subjetiva aos filhos e pais, já falecidos, que, em vida, ao não negar suas paternidades, mesmo que ausente o vínculo biológico, acolheram os futuros réus como filhos. É uma covardia com aqueles que, em razão da morte, não podem mais se autodeterminar. É uma constante ameaça com os filhos vivos à deriva de ações de parentes desejosos de descartar um vínculo alheio que lhes trazem prejuízos econômicos. O não refutar dessas ilegitimidades destrói a confiança e a segurança jurídica de que a identidade de um indivíduo será sempre protegida pela ordem jurídica como um valor da dignidade humana, acima de quaisquer interesses patrimoniais.

Santiago Dantas afirmava que “se o pai morre, sem ter denegado a paternidade, nenhum dos herdeiros pode fazer isto, depois dele. É um direito personalíssimo, característico de Direito de Família. Se o pai não denega a paternidade, ninguém mais a poderá denegar”<sup>309</sup>. Talvez muitas destas ações propostas por terceiros estranhos ao vínculo tragam em seu bojo o preconceito contra os filhos havidos fora do casamento, principalmente, em adultérios *a patre*, o que constitui mais um motivo para extingui-las de pronto, sem análise do mérito, com base na ilegitimidade subjetiva ativa.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 1.000.356-SP sobre o tema da legitimidade em ação desconstitutiva, após a morte de um dos titulares do estado familiar, teve oportunidade de se manifestar, em ação negatória de maternidade, ajuizada por irmã unilateral da ré, embora não tenha a Corte Superior expressamente declarado a ilegitimidade da autora:

O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão da conduta que desconsidera a verdade sob o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe a imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio

---

<sup>309</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e de sucessões*. Ob. cit., p. 351.

do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. Some-se a esse raciocínio que, no processo em julgamento, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto<sup>310</sup>.

Não obstante a pertinência do exame da ilegitimidade de terceira estranha ao vínculo materno-filial e do fato jurídico morte pelo voto condutor do julgado, não se pode concordar que o fundamento da manutenção do acórdão se calque na inexistência de vício de consentimento da mãe falecida e na socioafetividade. Antes disso, o Poder Judiciário deve estancar essas ações desconstitutivas, movidas apenas por interesses patrimoniais, por aqueles que são terceiros estranhos a um vínculo personalíssimo. Caso contrário, o Poder Judiciário terá que se debruçar sobre complexas instruções para proferir uma decisão de mérito àqueles que sequer têm direito à prestação jurisdicional.

Em parecer proferido por Antônio Junqueira de Azevedo, em resposta a consulta formulada em ação de nulidade de registro civil para exclusão da paternidade, foi ainda ventilada a não menos importante questão de investigar se a mãe tem legitimidade para, na qualidade de representante legal do menor, questionar a paternidade do filho reconhecimento voluntariamente. Com base na doutrina de que o *status filiae* é direito personalíssimo, seu exercício, por representante legal, não é admitido. O menor tem o direito de preservar o *status* decorrente da perfilhação e quando atingir a capacidade plena poderá decidir, no tempo previsto no artigo 1.614 do Código Civil, mantê-lo ou não. Eis a argumentação do parecerista a embasar essas assertivas:

A representação de menor impúbere, titular de qualquer tipo de direito, não é admissível quando contraria os interesses do “*representado*”. É preciso verificar sempre qual é o “*melhor interesse do menor*”, princípio norteador do direito da criança e do adolescente consagrado tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, como no artigo 1.612 do Código Civil. No caso concreto, **no qual há paternidade constituída**, eventual interesse do menor em investigar a paternidade biológica – admitindo-se, por hipótese, que não coincida com a paternidade civil constante do registro – terá como único senhor o próprio titular, ao adquirir a plena capacidade.

Constitui lastimável manifestação de prepotência, a mãe, mudando de comportamento, pretender representar o filho em defesa de seus próprios interesses. Há, no fundo, abuso de direito, ato ilícito (art. 187 do Código Civil), pelo uso indevido de representação. O poder familiar não é um direito subjetivo comum que possa ser exercido no interesse de seu titular; constitui, pelo contrário, um feixe de direitos e deveres, cujo sentido maior é justamente o de ser atribuído aos pais, para cumprimento dos deveres da paternidade e da maternidade; daí ser chamado por muitos, apesar de, a nosso ver, ser figura complexa, de poder-dever. (grifo do original)<sup>311</sup>.

<sup>310</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.000.356-SP. Julgado em 25 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12.05.2011.

<sup>311</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.486.

Nesta mesma linha de idéias, em uma interpretação ponderada, racional e preocupada com o melhor interesse das crianças, as lições de João Baptista Villela são extremamente válidas para reforçar a estrita legitimidade do marido na ação negatória de paternidade:

Ao Código Civil só se deve render homenagem pelo tratamento que deu ao tema, acolhendo a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant* e levando-a, com determinação e consequência, ao ponto de mantê-la até mesmo ante do adultério confessado da mulher. Fica evidente que a exclusão da regra, quando ocorre, tem fundamento último no juízo personalíssimo do marido – ato soberano da liberdade – e não em imposição de determinismos biológicos. A regra *pater is est* constitui, pois, na verdade, o triunfo da vontade sobre a causalidade física. *O marido que exercita a ação negatória de paternidade não está, na lógica da lei, demonstrando, primariamente, a impossibilidade de ter gerado. Esta impossibilidade é apenas o pressuposto para que se possa ajuizar a ação. O que, no fundo, aos olhos da lei o marido revela, deduzindo sua pretensão em juízo, é a insuportabilidade de uma situação para a qual materialmente não concorreu. Ora, o juízo de insuportabilidade não é nada menos que o termo de um processo anímico e, portanto, produto da liberdade pessoal. Ninguém, senão o próprio marido pode dar-lhe a consequência jurídica gravíssima de excluir uma paternidade, que a lei presume em razão dos vínculos que o ligam à sua mulher. Assim como pode, só ele, fazer sua uma paternidade que não tem apoio na causalidade biológica e afirmar, por esse modo, a transcendência do espírito sobre a matéria*<sup>312</sup>. (grifou-se)

Ainda no modelo da filiação dentro do casamento, imagine-se que nas hipóteses de adultério *a matre*, terceiro crédulo de sua paternidade queira juridicizá-la. Teria ele ação em face do pai registral para desconstituir a paternidade formada e constituir sua paternidade biológica? O sistema, como explanado, não prevê nenhum tipo de ação para a prevalência da paternidade biológica de terceiro em filiação presumida, mesmo porque não há preponderância, na lei, na Constituição ou nos princípios que regem o tema, deste critério de paternidade sobre os demais. E assim deve ser, conforme lição de Zeno Veloso, explanada antes ainda da entrada em vigor do Código Civil:

É corolário do princípio da igualdade o direito de estabelecer a ascendência biológica qualquer que seja. Estão revogadas as restrições, reservas e limitações que ainda remanesçam com relação à matéria, embora não assumamos a posição radical e extremada de alguns doutrinadores e julgados no sentido de que até a regra *pater is est* estaria abolida em nosso direito, como se fosse possível um estranho, dizendo-se o verdadeiro pai do filho havido por mulher casada, ingressar com ação para desconstituir a paternidade presumida, mormente se o filho vive em companhia do casal, gozando da posse de estado de filho matrimonial, ou, como se fosse admissível que um marido, desconfiando, algum tempo depois do nascimento, de que o filho não é seu, embora o criasse como tal, pudesse, a qualquer momento e sem um começo de prova, impugnar a paternidade, requerendo, por exemplo, uma perícia biológica. A tanto não devemos chegar, e não há país no mundo cuja legislação abone tais exageros. Aliás, onde ficariam a segurança jurídica, os interesses de filhos menores integrados na família, se essa desmedida e arbitrária possibilidade de impugnar ou negar a paternidade fosse permitida<sup>313</sup>.

<sup>312</sup> VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. Ob. cit., p. 27.

<sup>313</sup> VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da filiação e paternidade*. Ob. cit., p. 89. Igualmente Paulo Luiz Netto Lôbo: “O pai biológico não tem ação contra o pai não biológico, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paternidade-filiação. Se, apesar, desse fato, forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la para fazer valer a paternidade biológica, sem quebra da ordem constitucional e do sistema do Código Civil”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Ob. cit., p. 147). Segundo Luiz Edson Fachin no sistema belga é permitido que o filho adúltero *a matre* seja reconhecimento por terceiro, sob condições especiais, notadamente a ausência de posse de

Apesar das advertências de Zeno Veloso, mais de uma década depois os julgados noticiam é que trilha-se o caminho destes exageros por um sem número de vias, amplamente permitidas, como se o Estado devesse a todo tempo se imiscuir na designação do vínculo de paternidade.

Outro coeficiente a multiplicar essas hipóteses pode ser a pluralidade de critérios de paternidade – institucional (presunção), biológico (dado genético) e sociológico (posse de estado). Até que ponto a coexistência destes critérios, ao invés de fortalecer a paternidade, não a fragiliza, não se sabe. Quão saudável é para o Direito de Família possibilitar que, por meio de diversas ações desconstitutivas a partir de uma variabilidade de critérios, a qualquer momento da vida de um sujeito, se possa refazer seu vínculo de paternidade e seu parentesco decorrente desta linha? Parece ser ingênuo e falso continuar a afirmar, mecânica e acriticamente, em tom de louvor, que o Direito de Família atual é mais igualitário, democrático e preocupado com a afetividade. Sim, pode-se celebrar e homenagear o expurgo das desigualdades entre os filhos existentes na Codificação anterior, a partir da Constituição Federal, apesar de já se passarem 23 (vinte e três anos) de “glorificação”, mas, por outro lado, é preciso dedicar e focar os esforços em uma construção racional do sistema de filiação, porque o estado atual é de desencontros e impasses, com prejuízo para o Direito em todas as suas acepções e a dignidade do jurisdicionado<sup>314</sup>.

Ainda com relação à negatória de paternidade duas questões se impõem: (i) é possível o marido negar a paternidade de nascituro? (ii) e do filho já falecido, sendo demandados seus herdeiros? De acordo com a regra do parágrafo único do artigo 26 do ECA “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”. *A contrario sensu*, então, poderia o marido negar a paternidade de quem ainda não nasceu para impedir a incidência da presunção legal, em uma verdadeira cessação da presunção, instrumento existente em outros ordenamentos conforme visto no item 2.1 *supra*. Com relação à possibilidade do marido negar a paternidade de filho já falecido, não se vê qual interesse poderia movê-lo neste intento, salvo as hipóteses de, havendo direito de representação na linha sucessória, o pai, prevenido conflitos entre seus herdeiros, ainda em

---

estado de filho perante o pai presumido. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Ob. cit., p. 98). Saliente-se que uma situação é o marido, pai presumido, separar-se antes ou logo após o nascimento do filho e com ele não manter a relação de posse de estado de filho e, outra, completamente diferente é no exercício da posse de estado, um terceiro querer espontaneamente reconhecer o vínculo, suplantando o anterior. No conflito entre a paternidade jurídica e a biológica, o critério preponderante há de ser o sociológico.

<sup>314</sup> Em boa crítica ao atual sistema de desconstituição de paternidade conferir o artigo já citado de BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 08, n. 36, jun/jul, 2006.

vida, expurgar a possível estirpe não biológica de sua herança, o que, por óbvio não merece acolhida<sup>315</sup>.

Saindo do modelo de filiação dentro do casamento, a segunda ação de desconstituição de paternidade, a ação de anulação de perfilhação com base em vício de consentimento, não é, propriamente, uma ação de filiação. Ela não está prevista no Livro do Direito de Família do Código Civil, mas sua incidência é larga e se fundamenta em um dos vícios de consentimento, em geral o erro na prática do ato jurídico de perfilhação.

Como sabido os filhos havidos fora do casamento precisam ser reconhecidos. Muitas vezes, o perfilhante – namorado, noivo, companheiro ou mesmo um caso eventual –, crédulo na informação da mãe de sua paternidade, reconhece voluntariamente o filho de sua parceira. A descoberta mais tarde da ausência do vínculo biológico muitas vezes culmina no ajuizamento de ação de desconstituição de paternidade com base em erro substancial.

Nesses casos têm os órgãos julgadores pesquisado se o autor da ação desconstitutiva incidiu verdadeiramente em erro substancial, ou, se ao contrário, trata-se de hipótese de adoção à brasileira, ou de mera dúvida acerca da paternidade, conforme anuncia a ementa a seguir:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. Mera dúvida acerca do vínculo biológico. Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado.

*- O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito.*

*- Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dúvida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, por carência da ação.*

*- Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário? Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado. [...] <sup>316</sup>.*

Com apoio em Claudia Fonseca, Leila Maria Torraca de Brito afirma que “foi observado pela autora que a dúvida sobre a paternidade – e não necessariamente a vontade de

<sup>315</sup> CC/2002, art. 1.851: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse”.

<sup>316</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.067.438-RS. Julgado em 03.03.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10.04.2011.

desconstituí-la – é o fato que impulsiona muitos processos”<sup>317</sup>. Com a *certeza* do exame de DNA nasceu a *dúvida* da paternidade e se fez das ações desconstitutivas o meio para saná-las. Portanto, longe de ser um meio de prova para inspirar mais tranquilidade, o DNA tornou-se também fonte de desconfiança e instabilidade. Mas, o Superior Tribunal de Justiça atento a este tipo de demanda, corretamente, vem rechaçando essa possibilidade. Com efeito, não se pode requerer que o Poder Judiciário declare a existência ou não de uma paternidade, acoimando a dúvida do pai, como se da incerteza de um crédito se tratasse. Apenas o ajuizamento de uma ação desconstitutiva de paternidade já representa um sofrimento para a criança ou o adolescente, ou mesmo o adulto, que a exames periciais terá que se submeter, e com a incerteza da filiação conviver durante todo o trâmite processual, até se chegar a um temido resultado que de uma só vez poderá lhe dizer que o pai que conheceu não é mais seu pai, assim como seu tio, seu primo, seu irmão.

Na verdade, o que se pode admitir para se obter a certeza da não-paternidade, quando ela juridicamente ainda não se formou, é medida preventiva declaratória, para aqueles casos em que suposto pai, temendo que após sua morte seja ajuizada ação de investigação de paternidade contra seus herdeiros, por quem em vida já propala a existência do vínculo, obtenha de antemão uma declaração negativa de paternidade<sup>318</sup>.

Tais ações de desconstituição de paternidade com causa de pedir calcada em um vício de consentimento apresentam a seguinte configuração: legitimidade ativa e iniciativa estrita do perfilhante; legitimidade passiva do filho perfilhado e prazo decadencial de 04 (quatro) anos de acordo com a regra do artigo 178, inciso II, do Código Civil<sup>319</sup>, apesar da jurisprudência desconsiderar este prazo à luz da imprescritibilidade consagrada no artigo 27 do ECA e no artigo 1.601 do Código Civil.

A terceira ação de desconstituição é a ação de impugnação de filiação prevista no artigo 1.614 do Código Civil para os filhos que não gozam da presunção *pater is est*. Esta ação, conforme ressaltado no item 2.3 *supra*, tem sua *ratio essendi* no direito de o filho impugnar uma paternidade que lhe seja apenas jurídica, destituída de socioafetividade. A legitimidade ativa e a iniciativa privada são estritas do filho, sendo legitimado passivo o pai

---

<sup>317</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: certezas e instabilidades. Ob. cit., p. 14.

<sup>318</sup> Zeno Veloso informa que Orlando Gomes respondeu a consulta de pessoa interessada em declarar que tal pessoa não era seu filho natural, temeroso que após sua morte, a iniciativa judicial se confirmasse, opinando pela viabilidade da ação declaratória negativa de paternidade, cujo objeto seria a declaração de inexistência do direito de filiação-paternidade contra o autor. (VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. Ob. cit., p. 66).

<sup>319</sup> CC/2002, art. 178: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

reconhecente, sem causas previstas na lei, a não ser a própria vontade do filho, autor da ação e o prazo decadencial é de 04 (quatro) anos<sup>320</sup>.

No entanto, também neste caso o que se vê no Superior Tribunal de Justiça é a opção do jurisdicionado pelo ajuizamento de ação de investigação de paternidade cumulada com a anulação do registro civil e não o simples uso da ação de impugnação de filiação prevista no artigo 1.614 do Código Civil. Mais uma vez a via da investigação de paternidade faz o papel de ação desconstitutiva. Veja-se. No julgamento do Recurso Especial nº. 939.818-RS, após o filho reconhecido ajuizar investigatória, 20 (vinte) anos depois de esgotado o prazo decadencial de 04 (quatro) anos previsto no art. 1.614 do Código Civil, acolhendo o Tribunal local a preliminar de mérito de decadência do direito do autor, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão recorrido para afastar dito prazo decadencial sob a premissa de que se tratando de ação investigatória, e não de impugnatória, impera a regra da imprescritibilidade. Nesse sentido é o trecho do voto do desembargador Luis Felipe Salomão:

O Tribunal de origem reconheceu que, em se tratando de desconstituição de paternidade registral, não se aplica a regra da imprescritibilidade prevista no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante o direito ao reconhecimento da paternidade a quem falte o pai juridicamente estabelecido.

Por sua vez, o recorrente garante que o fato de possuir assento registral levado a efeito por pai sócio-afetivo, não limita o direito de buscar, mediante ação de investigação de paternidade, a verdade real acerca do vínculo-parental.

Esta Corte Superior possui orientação no sentido de que, se a pretensão do autor é a investigação de sua paternidade, a ação é imprescritível, estando subsumido no pedido principal o cancelamento do registro anterior, como decorrência lógica da procedência daquela ação.

Contudo, caso procure apenas a impugnação da paternidade consignada no registro existente, a ação se sujeita ao prazo quadrienal previsto no artigo 1.614 do Código Civil de 2002<sup>321</sup>.

<sup>320</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende, à luz do predomínio, no direito comparado, da possibilidade de o filho matrimonial impugnar sua paternidade em determinado prazo decadencial, e da regra do artigo 1.614 do Código Civil Brasileiro, pela qual o filho extramatrimonial pode contestar seu estado de filiação, a possibilidade do sistema nacional permitir a impugnação da presunção *pater is est* pelo filho presumido em um prazo de também 04 (quatro) anos. Eis a argumentação do autor: “Em outro trabalho em que foi tratado o mesmo tema relativo à presunção e a diferença entre os critérios de estabelecimento formal da filiação matrimonial e extramatrimonial manifestei concordância com a posição (do professor João Baptista Villela), mas ao reavaliar a questão – especialmente à luz das reformas ocorridas nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica – considero que não permitir a investigação de paternidade – com a prévia negatória da paternidade relativamente ao marido – representa tratamento discriminatório, injustificado e desarrazoado no que tange ao filho de uma mulher que foi gerado e nascido durante o casamento, mas que na realidade foi concebido por outro homem que não o marido. Deve-se reconhecer, assim, que a presunção de paternidade – que será posteriormente mais bem analisada – do marido sobre a pessoa do filho de sua esposa se mantém no ordenamento jurídico brasileiro, mas em atenção aos interesses prioritários da criança e do adolescente, o que impedia, assim, o aumento do prazo decadencial para o marido impugnar a matrimonialidade da criança nascida de sua esposa na vigência do Código Civil de 1916. Contudo, não se pode negar à criança ou ao adolescente o direito de impugnar tal matrimonialidade e, conseqüentemente, negar a filiação relacionada ao marido de sua mãe, aliás como ocorre quanto aos filhos extramatrimoniais a respeito da impugnação do reconhecimento do pai ou da mãe até o decurso do prazo de quatro anos após ter atingido a maioridade ou a emancipação, nos termos do artigo 1.614, do Código Civil de 2002”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. In: *A nova filiação*. Ob cit., p. 429-430).

<sup>321</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 939.818-RS. Julgado em 19 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14 de junho de 2011. Em igual sentido: REsp 595.942-MG, julgado em 12 de dezembro de 2005; REsp 714.969-MS julgado em 04.03.2010; AgRg no Ag 853.665-Go julgado em 15.06.2010. Todos disponíveis em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14 de junho de 2011.



Como o próprio voto destaca o ajuizamento de investigatória de paternidade por quem já foi perfilhado tem em seu pedido principal subsumido o cancelamento do registro de filiação. Tanto ocorre o efeito de desconstituição da paternidade jurídica, indiretamente atacada na investigatória, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já assentou que a ausência de citação do pai registral ou, na hipótese de falecimento, de seus herdeiros, com a consequente formação de litisconsórcio passivo necessário, implica em nulidade processual, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC<sup>322</sup>.

Se à primeira vista, parece correto o raciocínio de que o direito potestativo de impugnar a paternidade em 04 (quatro) anos aplica-se, simplesmente, aos casos em que o perfilhado somente contesta a filiação existente, sem investigar outra simultaneamente, na verdade não passa ele de uma falácia. Isso porque ninguém, ou, muito dificilmente, até mesmo em nome dos princípios da economia e celeridade processual, ajuíza, à luz do art. 1.614 do Código Civil, em primeiro lugar, uma ação de impugnação de filiação e, uma vez sem paternidade constituída, em um segundo momento, ajuíza uma investigatória de paternidade. Sem o acúmulo das ações, é claro que o direito de impugnar a paternidade exercido na primeira ação decairia em 04 (quatro) anos e, uma vez extinto este direito, por decadência, a paternidade tornar-se-ia incontestável, obstaculizando, posteriormente, o direito de investigar a paternidade. Portanto, a via que tem sido utilizada é a que permite simultaneamente impugnar a paternidade do perfilhante e constituir a paternidade do pai investigado, fazendo-se letra morta do prazo decadencial previsto no artigo 1.614 do Código Civil. Assim, se os acórdãos aqui analisados não trazem em seu texto a proclamação da inconstitucionalidade do prazo decadencial previsto no artigo 1.614 do Código Civil, na prática, de forma mais sutil, terminam por afastá-lo sob, mais uma vez, o dogma da imprescritibilidade do artigo 27 do ECA. Essa afigura ser a razão pela qual não se encontra

---

<sup>322</sup> “Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Decisão interlocutória que rejeita preliminares arguidas pelo investigado. Agravo de instrumento que mantém a decisão. Decadência do direito de investigante. Não ocorrência. Litisconsórcio passivo necessário. Demais herdeiros do pai registral falecido. Imposição sob pena de nulidade processual.

- A regra que impõe o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento da paternidade constante do registro civil só é aplicável ao filho natural que pretende afastar a paternidade por mero ato de vontade, com o objetivo único de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem contudo buscar constituir nova relação.

- A decadência, portanto, não atinge o direito do filho que busca o reconhecimento da verdade biológica em investigação de paternidade e a consequente anulação do registro com base na falsidade deste.

- Em investigatória de paternidade, a ausência de citação do pai registral ou, na hipótese de seu falecimento, de seus demais herdeiros, para a consequente formação de litisconsórcio necessário, implica em nulidade processual, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC.

- Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 987.987-SP. Julgado em 21 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14 de junho de 2011).

julgados sobre a ação de impugnação de paternidade tão somente, em contraposição a abundância de ações investigatórias que repercutem na paternidade anteriormente formada.

No mais, ainda que se trate da própria ação de impugnação de paternidade pelo filho, não se pode concordar que o prazo decadencial de 04 anos previsto no artigo 362 do Código Civil de 1916 foi derogado pelo artigo 27 do ECA como dizia, e ainda diz, abrangente doutrina, porque o artigo 1.614 do Código Civil de 2002 o repetiu literalmente. Paulo Luiz Netto Lôbo, ponderando as diferenças no sistema de filiação, sobre este tema se posicionou:

O argumento, tantas vezes manejado, da possível derrogação do art. 362 do Código Civil de 1916, pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, perdeu a consistência, pois o Código Civil de 2002 repetiu o mesmo conteúdo normativo anterior. Em verdade, as duas normas são harmônicas, cuidando de matérias distintas. O art. 27 do ECA assegura o caráter de direito personalíssimo “ao reconhecimento do estado de filiação” dos filhos havidos fora do casamento, qualquer que seja a origem (art. 26), ou seja, daqueles que ainda não tenham sido reconhecidos por ambos ou por um dos pais. O art. 1.614 do Código Civil de 2002, ao contrário, disciplina a preservação do estado de filiação dos que já foram reconhecidos, conforme consta do registro. Portanto, o art. 27 do ECA nunca permitiu a impugnação do estado de filiação dos que já se encontravam reconhecidos, contra o qual só pode haver impugnação do próprio pai (art. 1.601) ou do filho, no prazo de quatro anos após a maioridade (art. 1.614)<sup>323</sup>.

Na sequência da abordagem proposta passa-se ao exame das ações desconstitutivas no modelo de filiação da adoção. Neste modelo, é preciso ser feita a distinção entre os adotandos com paternidade estabelecida e aqueles sem paternidade jurídica. Para aqueles é preciso desconstituir o estado de filiação e o poder familiar consequente (ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar). Havendo resistência dos pais jurídicos, o procedimento será de jurisdição contenciosa. Para os adotandos sem paternidade jurídica estabelecida basta o consentimento do pai biológico conhecido ou de seu representante legal (simples ação de adoção). Se o pai biológico for desconhecido (infante exposto) ou já tenha perdido a autoridade parental dispensa-se o consentimento. Nesses casos, haverá procedimento de jurisdição voluntária<sup>324</sup>.

O procedimento que interessa ao presente trabalho é o que permite a desconstituição de uma paternidade para que outra tome seu lugar, se ao final, o Poder Judiciário julgar procedente o pedido contido na ação de adoção. A legitimidade ativa é do habilitado à adoção com inscrição em cadastro de adotantes e das pessoas elencadas no art. 50 §13 do ECA<sup>325</sup>,

<sup>323</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Ob. cit., p. 149.

<sup>324</sup> Lei 8.069/90, art. 45: “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. §1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. §2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário seu consentimento”.

<sup>325</sup> Lei 8.069/90, Art. 50: (*omissis*)

sendo, opção política do legislador nacional a vedação da adoção *intuitu personae*, aquela em que os pais biológicos previamente escolhem e direcionam a adoção a determinada pessoa ou casal, ignorando a lista de preferência de candidatos registrados nos cadastros<sup>326</sup>. A legitimidade passiva é do menor adotando e do pai registral e não há prazo para o exercício desta ação até o atingimento da maioridade. A sentença constitutiva de adoção é irrevogável, apesar de também estar ela à mercê do poder irrestrito concedido às investigatórias de paternidade, conforme visto no item 2.2 *supra*.

Dentro do modelo de filiação de adoção, na verdade, é preciso fazer uma distinção importante entre dois conceitos, que mesmo autônomos, muitas vezes, na prática se confundem: poder familiar e estado civil de filho. As ações nomeadas como ações de adoção cumuladas com destituição do poder familiar, na realidade, mais que pretendem o rompimento do poder familiar do pai registral, englobando o próprio estado civil de pai e filho. Não de outra forma a regra do artigo 41 do ECA afirma que a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Portanto, mais do que ser causa de extinção do poder familiar, a adoção termina com as relações de parentesco de origem e dá nascimento a outras.

Por isso mudança de estado civil e destituição do poder familiar nem sempre caminham juntos. Para os adotandos que nunca tiveram paternidade jurídica, como no caso dos infantes expostos, ou dos que já foram retirados do poder familiar de seus pais, a extinção da autoridade parental não é medida necessária. A averbação do fim do poder familiar, em procedimento autônomo à adoção, à margem do registro civil dos adotandos publiciza a extinção da autoridade parental. No entanto, mesmo nessas hipóteses de prévia destituição do poder familiar, não existe, enquanto não houver sentença constitutiva de adoção, mudança no *status* civil de filho. Mesmo o filho não mais sujeito à autoridade parental de seus pais possui ainda o estado civil de filho, tendo, por exemplo, a qualidade de herdeiro no caso da morte de sua mãe ou de seu pai. A extinção do poder familiar não desconstitui o estado civil de filho.

---

“§13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I – se tratar de pedido de adoção unilateral;

II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividades, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei”.

<sup>326</sup> Grande é a divergência na doutrina nacional com relação à proibição da adoção *intuitu personae* e o registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas de um lado e pessoas interessadas e habilitadas à adoção de outro, na forma do artigo 50 do ECA. De acordo com Rolf Madaleno o rigor na obediência ao cumprimento da lista de preferência do cadastro de candidatos à adoção mantida pela autoridade judiciária em cada comarca ou foro regional não se explica quando em confronto com o instituto da tutela testamentária (art. 1.729, CC) ao permitir que os pais nomeiem, em conjunto, o tutor de seus filhos, no caso de virem a falecer. (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 628).

Contrariamente a desconstituição do estado civil de filho, se menor de idade, engloba a extinção do poder familiar.

Imediatamente essas ideias trazem à tona a seguinte pergunta: de que vale a manutenção de um estado civil de filho e de pai, se um de seus conteúdos, o poder familiar, este complexo de direitos e deveres a ser exercido em benefício dos filhos menores, geralmente, sintetizados nos atributos de criar, educar e sustentar<sup>327</sup>, foi extinto? Certamente, um filho menor que goza desse estado civil, mas que o Estado, para o seu próprio bem e melhor interesse, o mantém salvaguardado de seu pai, não pode, e, o Direito não deve, pela própria vulnerabilidade que o atinge na infância e adolescência, empreender esforços para conservar tal estado. O caminho ideal é a desconstituição do *status* de filho em relação àquele que não deve cuidá-lo para outrem, que através da adoção, como deve ser, reunirá a qualidade de pai em toda sua amplitude, ou seja, no *status* e no exercício do poder familiar.

Outra evidência de que poder familiar e estado civil de filho e de pai não se confundem é que na adoção de maiores não há destituição do poder familiar, já extinto pela maioria<sup>328</sup>, apesar da mudança de estado civil. Por outro lado, nos procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, previstos nos artigos 155 e seguintes do ECA, mantêm-se o estado civil.

Por fim, é necessário mencionar também como ação desconstitutiva da paternidade a ação modificativa de *status* de filho, que tem como base a falsidade ou erro do registro prevista no artigo 1.604 do CC, antigo artigo 348 do Código Civil de 1916, apesar de não ser propriamente ação desconstitutiva de filiação. Seu uso largo é decorrente do recente fenômeno de ampliação dos fundamentos para a desconstituição do estado de filiação com base no critério biológico de paternidade. A invocação desta regra é feita especialmente nas hipóteses de adoção à brasileira, como visto no item 2.4.2 *supra*, quando, os perfilhantes, em evidente comportamento contraditório, após reconhecerem quem sabiam não serem biologicamente seus descendentes, invocam a falsidade do registro.

---

<sup>327</sup> Pietro Perlingieri define poder familiar como “uma situação complexa, que atribui não simplesmente poderes, mas deveres que devem ser exercidos no interesse (não do titular da *potestà*, o tutor, mas) do representado”. Em outras palavras, um ofício, um direito-dever, em que como fundamento da atribuição de poderes existe, em contrapartida, o dever de exercê-los, não livre e arbitrariamente, mas obrigatoriamente no interesse de outrem. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Ob. cit., p. 129).

<sup>328</sup> CC/2002, art. 1.635: “Extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III – pela maioria; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638”.

CC/ 2002, art.1.638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

No entanto, a invocação da falsidade do registro, com base na ausência de vínculo biológico, representa um desconhecimento do que exprime um registro civil. João Baptista Villela afirma que “o registro está onde sempre esteve: continua ser a memória dos fatos jurídicos”<sup>329</sup>. Em outras palavras, o registro espelha o que nele foi declarado por um ato de vontade ou por ordem de uma autoridade, como a sentença de uma ação de adoção. Os registros, pois, apresentam fatos jurídicos, não necessariamente fatos naturais, como a ligação genética entre um pai e um filho.

Ora, se se considera que o erro e a falsidade são dos atos de manifestação de vontade e não do registro, dilata-se enormemente a possibilidade de denegação da paternidade. Tanto aqueles que reconhecem o estado de paternidade/filiação, pela confiança e boa-fé na informação da mãe, quanto os que reconhecem, incidindo em falsidade ideológica, não poderão, apesar do que informam os julgados, invocar a segunda parte do artigo 1.604 do Código Civil para alterar o estado resultando do registro civil. O erro ou a falsidade é do registro e não da manifestação de vontade, o que não é irrelevante conforme a opinião de João Baptista Villela<sup>330</sup>.

Exposto um quadro vasto de ações denegatórias de paternidade, tal como se tem visto nos Tribunais, com legitimidades flexibilizadas por julgados e doutrinadores e os prazos decadenciais de 04 (quatro) anos refutados, é chegado o momento de explicitar por que o rumo dado nesta matéria pelo Direito não atende ao melhor interesse da criança e do adolescente e à sua dignidade, com a proposta de modificação do paradigma da hermenêutica da filiação<sup>331</sup>.

### **3.5. De lege lata: a imprescritibilidade da negatória de paternidade: uma violação ao melhor interesse da criança e à dignidade do filho**

Todos os argumentos normalmente utilizados para defender a perpetuidade da ação negatória de paternidade, e das outras ações desconstitutivas deste estado civil, esbarram no

---

<sup>329</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 139.

<sup>330</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. Ob. cit., p. 140.

<sup>331</sup> Belmiro Pedro Welter traça forte crítica ao atual paradigma das ações negatórias: “Há premente necessidade de modificação do pensamento paradigmático da filiação, com relação à possibilidade de proposição de ação negatória da perfiliação, impondo-se a compreensão do direito de família com visão genética, (des)afetiva, ontológica, (neo)constitucionalista, hermenêutica, filosófica e humanista, arrefecendo-se as amarras da doutrinalização, da jurisprudencialização, da baixa constitucionalidade e compreensão do texto do direito de família, ao propagar-se a idéia equivocada da revogabilidade dos três mundos humanos”. (WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no Direito de Família. Ob. cit., p. 196).

princípio constitucional do melhor interesse da criança, especialmente do seu direito à convivência familiar regrado no artigo 227 da Constituição Federal.

O direito à tão disseminada verdade real do estado de filiação é contornável com a ação de conhecimento da ascendência genética, já regulada para o modelo de filiação de adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não há mais por que insistir e reafirmar o direito ao conhecimento da identidade biológica atrelada à modificação do estado de filiação. O próprio ordenamento jurídico, por meio de regra positivada, a depreender os valores e princípios que sinalizavam esta diferença, já delimitou que o direito da personalidade de buscar a origem genética e o direito à formação do estado civil de filho são independentes e pertencentes a ramos distintos do Direito Civil. Um é atributo da personalidade, centrado na pessoa e na formação de sua própria identidade. O outro integra o Direito de Família, centrado no grupo, posto que relação entre duas pessoas, pai e filho.

Carece igualmente de sustentabilidade o raciocínio de que, se a presunção *pater is est* era um engenhoso esquema para a proteção da família legítima e matrimonializada, deve ela ser completamente relativizada, ou mesmo descartada. A constatação de que a presunção, como meio supressor de prova, favorece a formação do estado de filiação, sendo, portanto, um mecanismo que atende ao interesse de ordem pública de todos os indivíduos terem pais, apenas preenche, na matéria de *status*, a imprecisão própria do conteúdo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A premissa de que a regra do artigo 27 do ECA (e antes a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal) se aplica a toda e qualquer ação cujo objeto seja a discussão de um estado civil de filho, independentemente de se pedir a formação, a modificação ou a extinção desta qualidade jurídica, é falsa e difundida com um profundo desconhecimento do que o sistema jurídico ordenou em matéria de proteção às crianças e adolescentes: a imponderabilidade do melhor interesse desses sujeitos. E o melhor interesse não é a redução do estado civil de filho à sequência genética hereditária ou à inexistência deste estado.

Em 1995, quando do julgamento do Recurso Especial nº. 37.588-6, o Ministro Nilson Naves, sabiamente, quando os prazos decadenciais curtos da Codificação revogada eram colocados à prova pela regra do art. 27 do ECA, já diferenciava o direito de formar o estado civil de filho e o direito de resistir à extinção deste estado, com a ajuda do benefício do transcurso do tempo:

Pois não foi feliz o acórdão recorrido, ao sustentar que a negatória, quando contestada, transforma-se em investigatória, tornando-se, assim, imprescritível. *Dois são os procedimentos. A regência é diferente. É que, sob o tema o legislador teve em mira, à*

*indiscutível evidência, a proteção do filho: prescritibilidade do procedimento contra ele; imprescritibilidade quando a seu favor*<sup>332</sup>.

Eis a lógica que o princípio do melhor interesse da criança, em termos de efeitos do tempo sobre o *status* de filho, apregoa: a favor do *status* de filho a imprescritibilidade; contra esse *status*, a prescritibilidade. Com efeito, a perpetuidade para o pai exercer o direito potestativo de extinguir o estado civil de um filho só a ele interessa, diminuindo a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, em uma posição nitidamente inconstitucional. A ordem pública não tem nenhum interesse em que um indivíduo não tenha mais pai. Ao contrário, a Lei 8.560/92, muito criticada inclusive pela possível intervenção oficiosa do Estado na imposição da paternidade, denota esta preocupação da ordem pública em formar, não extinguir, paternidades. Tampouco ao filho interessa ficar sem pai algum.

A concepção de que o poder de modificar este *status* a qualquer tempo está nas mãos do pai é claramente individualista e não solidarista. Ao se afirmar que a regra da imprescritibilidade da ação negatória de paternidade se harmoniza com a “verdade real”, leia-se, verdade biológica da filiação, também se está assegurando que a preocupação do ordenamento jurídico maior é com a pessoa, *in casu*, do pai, e não com a relação intersubjetiva de pai e filho. O pano de fundo desta regra é o individualismo jurídico tão contestado no terreno das obrigações, dos contratos, dos direitos reais e também no próprio Direito de Família. Todas as críticas dirigidas à mitigação da autoridade do *pater familias* fulcraram-se em uma formulação de que o individualismo jurídico descaracterizava a singularidade de cada um dos integrantes do grupo familiar em detrimento da vontade do chefe. Ironicamente a consagração da imprescritibilidade da ação negatória de paternidade devolve ao pai o poder de tyrannizar, exercendo sua vontade sem obstáculos, retirando-se a qualquer tempo da relação paterno-filial. Com esta regra protege-se e ganha vulto a vontade deambulatória do pai e não o melhor interesse da criança<sup>333</sup>. Eis o paradoxo do exercício da vontade do pai no atual Direito de Família.

Ninguém discorda que a não formação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, quando há ciência da gestação e nascimento, é um ato de irresponsabilidade e

<sup>332</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 37.588-6. Julgamento em 07 de março de 1995. Trecho do voto do Min. Nilson Naves. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14 de junho de 2011.

<sup>333</sup> Em consonância com esse posicionamento a doutrina de Belmiro Pedro Welter: “Em decorrência, o artigo 1.601 do Código Civil e a cultura jurídica do mundo ocidental postam-se frontalmente contra toda a principiologia constitucional, principalmente da dignidade e da condição humana tridimensional, ao permitir que alguém possa afastar algum dos três mundos do ser humano, com a interposição de ação negatória de paternidade/maternidade. Isso seria o mesmo que fomentar a família como uma aquisição de propriedade e de posse, renunciável e transferível, a qualquer tempo, cuja linguagem é lembrada pela tradição histórica do direito de família romano, em que o homem tinha o poder de vida e de morte sobre a esposa, filhos e escravos”. (WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no direito de família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva. Ob. cit., p. 200 e 201).

leviandade. A Moral e o Direito não podem concordar com este tipo de comportamento, ainda corriqueiro, sendo, pois, irrelevante o papel da vontade do pai investigado. Contra ele incidem os efeitos de uma sentença irrecorrível formando um estado não desejado porque a proteção jurídica do filho menor não pode ficar ao seu exclusivo alvedrio, interessando, mais que às partes, à própria ordem pública.

Tão egoísta e leviana quanto a não vontade do pai que foge ao dever de perfilhar, é a negação, a qualquer tempo e na posse de estado, da paternidade pelo marido. Talvez seja mesmo pior quando, após conviver por anos a fio com o filho, a quem trata como tal e por quem é tratado como pai, abruptamente, se dá o abandono jurídico e socioafetivo. A diferença entre esses pais se dá apenas quanto ao momento do abandono. O pai do filho havido fora do casamento o desampara desde o seu nascimento, sem ao menos lhe dar nome e identidade. O pai do filho havido dentro do casamento, na hipótese de adultério *a matre*, o repudia no momento em que descobre a traição do cônjuge e, no exercício de sua vontade, nega a “prova” do adultério. Certamente a solução para o reparo do descumprimento do dever de fidelidade não é a modificação do estado de filho, terceiro que nada contribuiu para esse estado de coisas.

Neste contexto, a imprescritibilidade da negatória de paternidade vem a espelhar, genuinamente, uma faceta da concepção atual de família, em que os interesses próprios e egoísticos de cada um dos seus membros devem se sobrepor aos do grupo. Tal liberdade pode até se justificar na relação de gênero, entre homens e mulheres enquanto parceiros, porque iguais, mas jamais na relação pai/mãe e filho, na qual a vulnerabilidade do menor suscita proteção em face de quem tem autoridade para guiar em grande parte sua vida<sup>334</sup>.

A vingar por completo que o pai tem o poder de a qualquer momento desfazer-se dos filhos não biológicos, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança ficará circunscrita aos litígios de guarda, visitação e adoção, enquanto nas negatórias vigorará o princípio da “verdade real” e autonomia do pai. Este contrassenso é evidente: enquanto as regras produzidas nos últimos anos, na tentativa de resolução dos conflitos entre direitos

---

<sup>334</sup> “Se na família moderna o essencial é manter a estabilidade do grupo, na família contemporânea observa-se uma forte tendência na satisfação dos interesses próprios e particulares de cada um de seus membros, como consequência de uma forte economia de mercado, baseada na busca do próprio interesse e benefício”. (GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*. Ob. cit., p. 67). “A absoluta igualização dos cônjuges no governo da família e, portanto, a ausência de uma instância decisória e do familiar acentua naturalmente os riscos de uma grande ingerência do Estado em matéria que, a rigor, é de economia interna da família. Por outro lado, é sobretudo pela transformação da família em célula de companheirismo [...] que se abrem para o casal os mais ousados desafios para o exercício cooperativo da conjugalidade. As mudanças operadas nas estruturas familiares fragilizaram-nas de tal modo, como preço por torná-las aptas à realização íntima do grupo, que, a bem dizer, atualmente, ou o casal encontra sua verdade comum no dia-a-dia da existência, ou se dissolve. Do que se conclui serem largos e perigosos os novos caminhos que a liberdade lhe propõe”. (VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Ob. cit., p. 670).



subjetivos, inclinam-se, em detrimento dos adultos, pela supremacia dos interesses da criança e do adolescente, em termos de manutenção do estado de filiação, a imprescritibilidade posta no artigo 1.601 do Código Civil, na contramão, privilegia a vontade do pai<sup>335</sup>.

Com a imprescritibilidade volta-se ao paradigma tão arduamente criticado de que os filhos não são sujeitos, mas objeto de direito. Os filhos são desejados e queridos como pessoas, mas, em qualquer momento, a depender do estado de ânimo dos pais, devolvidos como coisas defeituosas (no caso, o defeito é a ausência do liame genético). Nesse sentido, Belmiro Pedro Welter, para quem “compreender o ser humano apenas pelo mundo genético é típico do Estado *Liberal* de Direito, em que a propriedade, e não a afetividade, é a extensão do ser humano”<sup>336</sup>.

Com outro ponto de vista, Sergio Gischkow Pereira assevera a inexistência de conflito entre a imprescritibilidade das ações de estado e a socioafetividade:

Assim, a imprescritibilidade não conflita com o interesse dos filhos menores e nem com a socioafetividade. Se demonstrada a socioafetividade, a ação do pai será repelida, mesmo sendo imprescritível. São planos totalmente distintos do mérito da causa. Melhor para os próprios filhos que assim seja, pois não se chancelará uma situação falsa e hipócrita (que facilmente escorrega para a morbidez) de paternidade pela singela passagem de curto lapso de tempo, como ocorria com o art. 344 do antigo Código Civil<sup>337</sup>.

Com razão está Sérgio Gischkow Pereira ao assinalar que a imprescritibilidade e o critério jurídico preponderante da relação paterno-filial são planos distintos do mérito da causa. Não obstante, o que o autor não considera é que o transcurso do tempo é fundamental na aferição da posse de estado de filho. É impossível entender que 15 (quinze) anos após a formação do estado civil paterno-filial não há posse de estado de filho, repisando-se que o afeto com este conceito não se confunde. Tampouco suas conclusões refletem as consequências que o transcurso do tempo imprime na formação psicossocial do ser humano e na segurança que é condição para uma vida com equilíbrio, com dignidade.

Pensar e defender que o exercício do direito desconstitutivo de paternidade, em uma ação negatória, pode não se sujeitar a nenhum prazo decadencial é não significar o tempo transcorrido da posse de estado de filho, como se o tempo passado pudesse, no presente, ser mesmo desprezado. O Direito de Família está fracassando ao não valorizar e preencher de

<sup>335</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. Ob. cit., p. 213.

<sup>336</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Fenomenologia no direito de família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva. Ob. cit., p. 192.

<sup>337</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. A investigação de paternidade e o artigo 1.614 do Código Civil. In: *Revista da AJURIS*, v. 31, n. 94. Porto Alegre: AJURIS, p. 287.

significado um tempo portador de sentido, um tempo em que identidades e laços foram construídos. O ser humano possui memória. Ele é, no dizer de François Ost,

[...] o único ser vivo capaz de ‘voltar a ampulheta’, só ele tem a capacidade de arrancar-se do escoamento irreversível do tempo físico, ligando o que, a cada instante, ameaça desligar-se. Com o homem surge, de fato, a possibilidade de uma retomada reflexiva do passado e de uma construção antecipativa do futuro – a capacidade de reinterpretar o passado (não fazer com que ele tenha sido, mas imprimir-lhe um outro sentido, tirar partido dos seus ensinamentos, por exemplo, ou ainda, assumir uma responsabilidade por seus erros), e a faculdade de orientar o futuro (não fazer com que ele chegue, mas imprimir um sentido – significação e direção – ao que há de vir)<sup>338</sup>.

É essa capacidade que o ser humano tem de “ligar e desligar o tempo”<sup>339</sup>, entrelaçando o passado, por meio da memória, e o futuro, através da promessa garantida pelo Direito, que faz com que o transcurso do tempo possua interferência na vida de cada indivíduo. Afinal somos o que também fomos. A condição temporal é um dos elementos integrantes da própria essência do ser humano<sup>340</sup>. Segundo Marilena Chauí: “enquanto vivos, somos tempo e mudança, *estamos sendo*. Os filósofos existencialistas disseram: a existência precede a essência, significando com isso que nossa essência é a síntese final do todo de nossa existência”<sup>341</sup>.

Mas o que esperar de um Direito que renegue o passado de cada indivíduo com a positivação da ameaça de a qualquer momento do futuro ter o seu estado civil de filho desfeito? É claro que essa possibilidade desestabiliza quem, nas águas de uma cultura multissecular, se preocupou, antes de tudo, em ter segurança jurídica para poder se autodeterminar. Sabe-se que nos dias atuais a evocação do princípio da segurança jurídica virou sinônimo de argumento retrógrado, mas, insiste-se, sem ele não se elimina a violência na relação com o outro, não somos verdadeiramente livres, perdidos que ficamos na contingência de probabilidades.

Por isso não basta ter o critério jurídico da posse de estado de filho para refutar o mérito da contestatória da paternidade. É preciso freá-la no tempo, porque o seu simples ajuizamento é perverso demais para a dignidade do filho e seu melhor interesse.

Com a moderna tendência do Direito de Família de refutar os prazos decadenciais curtos, João Baptista Villela também se interroga: “Retornemos, porém, aos prazos prescricionais, tão hostilizados depois da Constituição. Assentado que eles não dizem respeito à propositura da ação de investigação, senão à de impugnação da paternidade, pergunta-se:

<sup>338</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 28.

<sup>339</sup> A expressão é de François Ost in *O tempo do direito*. Ob. cit., p. 17.

<sup>340</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. Ob. cit., p. 474.

<sup>341</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. Ob. cit., p. 339.

por que haveriam de não estar prevalecendo?”<sup>342</sup> Em perfeita observação o autor compara os prazos prescricionais de situações patrimoniais, estes radicalmente reduzidos pelo atual Código Civil, e a inclinação pelas imprescritibilidades no Direito de filiação, chegando a uma conclusão que merece inteira transcrição:

Todos os argumentos que militam em favor da prescrição – estabilidade das relações jurídicas, os limites da memória, a segurança, a certeza, etc. – ganham aqui um especial e extremo relevo. Se a uma situação patrimonial modesta e reles já convém beneficiar com os favores da indisputabilidade prescricional, tornando-a preclusa e, portanto, imune a questionamentos, o que não dizer da paternidade, ela própria a encarnação do sólido e do permanente no universo afetivo de cada um? Pai é o contraponto da fragilidade e da insegurança em que está irremediavelmente imersa a criança, com seus medos e desvalias. Pai é ainda o porto aonde acorrem os adultos nas crises que o destino lhes propõe e de que nenhuma alma está livre. Morto, a imagem do pai continua a ser evocada e a cumprir seu misterioso destino de pensar as feridas do tempo. As ciências e as artes ditas da alma – psicologia, psiquiatria, psicanálise, etc. – já insistiram *ad nauseam* na indispensabilidade de uma figura referencial permanente (*Bezugsperson*) a partir de cuja intervenção a criança constitui suas estruturas mentais e se afirma em relação ao mundo.

A que estamos condenando – as nossas crianças –, se elas sabem ou, pior ainda, *desconfiam* que seu pai de hoje pode não ser o de amanhã? Se, de repente, seu irmãozinho aparece de *pai novo* e tem de mudar de casa porque a mãe, aflita, já não o pode ter mais consigo? Os dramas desse potencial e antes sinistro que divertido *troca-troca* podem ser multiplicados aos limites da imaginação.

O que, na verdade, os fatores da imprescritibilidade à *outrance* estão promovendo, na certa sem o desejarem, é a caça aos pais *bons partidos* ou aos espólios abonados, com sacrifício das relações de afeto na família. E ao preço de devassar condutas pretéritas, invadir privacidades, exumar corpos e restos, assim como trazer aos holofotes, sem compaixão nem pudor, deslizes de conduta, que porventura o tempo já curou, se o perdão antes não dissolveu<sup>343</sup>.

Na verdade quando o Direito afirma que a ação (ou melhor, a pretensão) para a reparação dos danos civis prescreve em três anos (art. 206, §3º, CC/2002), ele está desta forma instituindo implicitamente o perdão da dívida, transformando uma obrigação legal em uma obrigação natural.

O mesmo se dá quando o legislador prescreve no artigo 1.614 do Código Civil que o direito potestativo de o filho impugnar a perfilhação decai em 04 (quatro) anos. Transcorrido este tempo, implicitamente está chancelado o perdão na relação paterno-filial.

Em igual direção, o Código Civil de 1916 consagrava o perdão ao instituir que em 02 ou 03 meses o marido decaía do poder de contestar a paternidade dos filhos havidos por sua mulher. O perdão é sem dúvida a interrupção da violência, quase que mecânica e automática do homem, de reagir às lesões provocadas, que o transcurso do tempo tem o condão de curar. O que o pai traído pela esposa materializa com a negação da paternidade, após a consolidação da posse de estado de filho, é a vindita. Com rancor e ressentimento ele nega a relação

<sup>342</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. Ob. cit., p. 137.

<sup>343</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. Ob. cit., p. 137-138. No mesmo sentido CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. Vol. I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1958, p. 247: “Se à paz pública convém que não se revolvam velhas questões sobre direitos patrimoniais (sejam obrigacionais, sejam reais), muito mais a ela deve importar que não se reacendam litígios sobre a posse de estado e, em geral, sobre as questões de estado das pessoas”.

paterno-filial porque está é a moeda com que ele pode se vingar<sup>344</sup>. Certo é que após milhares de anos interrompeu-se a vingança (*vindicta*) de fazer o mal pelo mal com a noção de reparação civil. O Direito de Família precisa reconstruir, após todas as mudanças pelas quais passou, em especial a identificação do genoma humano, caminhos que não tragam de volta à vindita.

É crucial que os julgadores percebam que a moeda de vingança dos pais traídos são os filhos, pessoas que de nenhuma maneira concorreram para o estado de desarmonia vigente pela traição da mãe, o que torna ainda mais grave a chancela de sua operacionalização pelo Direito. Caso contrário, mais uma vez serão os *filhos* a pagar a conta da infidelidade dos pais, comportamento vedado pelo Direito aos *cônjuges*. Se antes o adultério do marido era suportado unicamente pelo filho “adulterino”, inexistente para o Direito, que lhe negava o direito indisponível à constituição do seu estado de filiação, atualmente com a possibilidade a qualquer tempo de negação da paternidade e o mapeamento genético, o adultério da esposa será também suportado pelo filho extraconjugal, recaindo-se novamente no erro de transplantar para os filhos as conseqüências da infração de deveres legais de seus pais.

O contra-argumento de que uma vez desconstituída a paternidade poderá a criança ou o adolescente por meio de uma investigatória formar seu “vínculo real”, à semelhança de um distrato com uma sociedade empresária que presta um serviço defeituoso, para em seguida o consumidor insatisfeito contratar com outra concorrente do ramo, não pode de forma alguma prosperar. É essa linha de idéia, e não a paternidade jurídica não biológica, que reflete uma hipocrisia, porque a complexidade de uma paternidade demanda, entre vários outros elementos, tempo, o que uma sentença, a toda evidência, não pode suprir. Isso sem contar que não há garantia alguma de que a criança consiga de fato identificar e ver reconhecida a sua paternidade biológica.

Aliás, a troca do pai não biológico pelo pai biológico é garantia de uma paternidade melhor? Apenas se a extinção da paternidade jurídica não biológica pela paternidade jurídica biológica fosse certamente melhor poder-se-ia afirmar que o princípio do melhor interesse da criança estava sendo atendido. Mas não é isso o que a *praxis* social revela. A troca jurídica de pai não certifica a salvaguarda do melhor interesse dos filhos, antes os impulsiona em um futuro hesitante, com a mutilação de suas identidades.

Desta forma, tendo em vista que a lei não pode prevalecer em face do princípio constitucional, caso contrário nenhuma hermenêutica do sistema poderia ser construída, há de

---

<sup>344</sup> Talvez a reparação civil possa ser usada também aqui para reparar este tipo de lesão, mas tal exame de adequação é impossível de ser feito nos limites estreitos deste trabalho.

se prestigiar ou o princípio do melhor interesse da criança, ou a regra da imprescritibilidade da negatória de paternidade, havendo, pois, pelos motivos expostos, flagrante inconstitucionalidade do artigo 1.601 do Código Civil, a demandar uma alteração de *lege ferenda*.

No entanto, enquanto a regra do artigo 1.601 do Código Civil não for alterada, é preciso indicar, dentro do ordenamento em vigor, uma solução possível que amenize os efeitos deletérios do exercício desconstitutivo da paternidade a qualquer tempo, com a preservação do núcleo mínimo do valor da dignidade humana dos filhos.

Uma vez constatada, pelo juiz singular ou pelo Tribunal, a inconstitucionalidade da perpetuidade do direito de o marido negar a paternidade, uma interpretação constitucional integradora tem de ser construída em nome do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e de sua dignidade. Deveras, esse é um caso de inconstitucionalidade material em que o simples afastamento da norma não estanca a desarmonia sistemática diagnosticada e a violação aos interesses dos pequenos. Por isso, a solução de *lege lata* não é fácil.

Em primeiro lugar, no vigente estado da arte, não há uma lacuna de lei quanto ao tema do prazo para o marido negar sua paternidade. Se houvesse uma lacuna legal, teria o juiz que por meio da técnica de integração encontrar uma regra para supri-la. A hipótese, porém, é de inconstitucionalidade material por ação a demandar de uma só vez o isolamento da norma e, na sua ausência, o suprimento da lacuna que passa a existir. A incompletude posterior deve e só poder ser preenchida pela interpretação analógica.

Consoante lição de Karl Larenz<sup>345</sup>, a fronteira entre uma lacuna de lei e uma falha da lei nem sempre é facilmente perceptível e desafia o intérprete a pesquisar se há incompletude diante da própria intenção reguladora ou se a decisão tomada viola regras, princípios e/ou valores do ordenamento vigente. A justificativa, no plano legislativo, da redação da regra do artigo 1.601 do Código Civil, bem como a jurisprudência e a doutrina produzidas à época da elaboração da norma, revelam que sua introdução no ordenamento foi, e continua sendo por muitos, festejada.

Portanto não se trata de incompletude da norma, mas de elaboração materialmente defeituosa, a exigir correção<sup>346</sup>. Com efeito, a inconstitucionalidade neste trabalho sinalizada não possui paliativo por via de interpretação da lei. Todos os critérios clássicos de interpretação legal – gramatical ou literal, lógico, histórico, teleológico – são imprestáveis.

---

<sup>345</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Ob. cit., p. 530 e seguintes.

<sup>346</sup> De acordo com Karl Larenz, “se a lei não está incompleta, mas defeituosa, então o que está indicado não é uma integração de lacunas, mas, em última instância, um desenvolvimento do direito superior da lei”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Ob. cit., p. 531.

Tampouco é possível realizar uma interpretação, sem reduzir o texto da lei, conforme a Constituição Federal.

Em geral, o balizamento que vem sendo utilizado nos julgados das ações desconstitutivas de paternidade é a verificação da presença da posse de estado de filho, como, aliás, é a proposta do já visto Projeto de Lei intitulado Estatuto das famílias. Com esta motivação, o conflito de paternidades é, muitas vezes, resolvido em favor da manutenção da paternidade socioafetiva, tal como analisado no item 2.4 *supra*. No plano da intenção do legislador, segundo as justificativas de emenda do projeto do deputado Ricardo Fiuza (item 3.3 *supra*), não era sua intenção admitir a posse de estado de filho como critério a pender pela confirmação da presunção *pater is est* ou refutá-la, como fez o legislador francês em inúmeros dispositivos<sup>347</sup>. Indubitavelmente, brindou o legislador a regra da imprescritibilidade do artigo 27 do ECA e a importou, acriticamente, sem fazer a distinção importantíssima entre a natureza das coisas, para o regime da contestação da paternidade pelo marido.

Desta forma, muitos julgados se utilizam do elemento tempo apenas para embasar e repisar o reconhecimento jurídico da posse de estado de filho. É fundamental, porém, utilizá-lo antes, no plano preliminar de mérito da decadência, para abortar o exercício destas ações mutiladoras de identidades. Esse é o ponto nodal da questão: limitar o exercício da negatória de paternidade no curso do tempo.

Caso contrário, prevalecerão decisões de matizes variados, como no julgamento de ação negatória de paternidade em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diante da presença da posse de estado de filho por 08 (oito) anos revelada na própria inicial, extinguiu o processo sem resolução do mérito, com base no elemento tempo da realidade sociológica<sup>348</sup>. Ora, a questão não deve se situar no âmbito das condições da ação e do processo civil, mas no campo da decadência – direito material – do exercício do direito pela fluência do tempo.

Por óbvio, a realização de uma interpretação constitucional integradora pressupõe o abandono do legalismo estrito do positivismo normativista e a percepção da nova dogmática

---

<sup>347</sup> Sobre as disposições legislativas do Código Civil Francês que utilizam o critério da posse de estado remeta-se o leitor ao item 2.3 *supra*.

<sup>348</sup> “Negatória de paternidade. Extinção da ação sem julgamento do mérito. Paternidade socioafetiva. Ainda que o autor, pai registral, pudesse não ser, em tese, o pai biológico do réu, mantém-se a extinção da ação negatória com base no art. 267, VI, do CPC, se estabelecida a paternidade socioafetiva entre eles, descrita na própria petição inicial. Em se tratando de relação de filiação não se pode compreender que seja descartável, ao menos em casos como o presente, onde há oito anos o réu tem como pai o autor. Pretensão que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque o réu, menor impúbere, ficaria sem pai registral, ou seja, sem filiação e sobrenome paterno. precedentes doutrinários e jurisprudenciais”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70021545215. Julgamento em 24 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 14 de junho de 2011.

da hermenêutica constitucional cuja “marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”<sup>349</sup>.

Com vistas a equacionar o conflito de tensões entre a autonomia do marido e pai traído, cuja paternidade não espelha o dado genético, e o direito do menor à convivência familiar e à manutenção do estado de filho e de sua identidade (*rectius*, dignidade), o intérprete deve procurar harmonizar esses direitos fundamentais, sem violar o núcleo mínimo e duro de cada um. A imposição de um prazo é o *meio* para conciliar e atingir esses *fins* de preservação da autonomia do pai e proteção de identidade do filho. Dito de outro modo: a perpetuidade do direito de o marido e pai negar a qualquer tempo sua paternidade é desproporcional para atingir o bem da vida que o Direito se propõe a tutelar; a proibição do exercício deste direito após um tempo mínimo recai no mesmo equívoco do autoritarismo refletido pela imprescritibilidade. A solução proporcional e justa está na fixação de um prazo. Se por um lado a relação paterno-filial permanecerá indefinida durante o período de escoamento do prazo, por outro lado ambos os direitos contrastantes, de pai e de filho, serão igualmente agraciados pela ordem jurídica. Eis aí um ajuste possível.

Assim o legislador ponderou na elaboração da regra do artigo 1.614 do Código Civil: com a atribuição do prazo decadencial de 04 (quatro) anos permitiu ao perfilhado o direito de impugnar uma paternidade que não o identifica e, simultaneamente, findo este tempo, garantiu o direito do perfilhante a manter o ato jurídico formador do *status* de pai e filho, com a estabilidade da relação. Também preocupado com a harmonização do direito de impugnar um negócio jurídico praticado com vício de consentimento e a manutenção dos efeitos destes atos jurídicos *lato sensu*, o artigo 178 do Código Civil traz a regra do prazo decadencial de 04 (quatro) anos para que todos os direitos envolvidos possam ser exercidos, e, ao final, encontrem estabilidade e solidez. Variadas são as hipóteses ao longo do ordenamento jurídico em que o fator tempo é usado para atender e ajustar o convívio possível de dois direitos contrapostos, no âmbito do direito penal, do direito tributário, do direito administrativo, do direito trabalhista, etc.

Por analogia, deve o intérprete, diante de uma ação negatória de paternidade, buscar, no ordenamento jurídico vigente, um prazo que possibilite que o entrelaçamento de direitos não mutile o núcleo mínimo do valor que cada um materializa. Na vigência do prazo, o valor da identidade do filho e da convivência familiar cede passo ao valor da autonomia do pai; após o

---

<sup>349</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47.

término do prazo, os valores trocam de posição. Caso contrário, a prevalecer a regra atual impera a escolha arbitrária do legislador por um dos interesses em jogo, com a anulação integral do outro, em evidente violação ao texto constitucional.

Então, a definição do prazo que o intérprete deve pinçar da normatividade atual é o segundo passo do desafio da declaração de inconstitucionalidade da regra do artigo 1.601 do Código Civil. Como guia desta tarefa, invoque-se o velho brocardo romano *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem legis dispositio*: quando se verifica a mesma razão de lei, deve haver a mesma disposição legal.

Assim, como a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que o prazo de 04 (quatro) anos (do artigo 1.614 e do art. 178 do Código Civil para, respectivamente, filho e perfilhante, nas hipóteses de vício de consentimento, contestarem a paternidade) deve, à luz da regra do artigo 1.601 do Código Civil e do artigo 27 do ECA, ser desconsiderado, na contramão sustenta-se que o prazo de 04 (quatro) anos deve ser aplicado analogicamente à contestação da paternidade.

Para tanto relembre-se que a constituição e a desconstituição do vínculo paterno-filial não podem receber o mesmo tratamento, como se fossem faces da mesma moeda. A lógica, e, sobretudo, os efeitos da perpetuidade do direito à formação do *status* de filho para quem dele desprovido, é inteiramente diferente da razão da desconstituição de um vínculo por um pai a qualquer momento. É esse tratamento uniformizador de questões completamente díspares, como se formar e terminar um *status filiae* fossem fatos de igual natureza a demandar um julgamento igual, que vem permitindo a convivência caótica das regras do artigo 1.601 e 1.604 do Código Civil. Sem uma precisa distinção entre a natureza das coisas frustra-se qualquer tentativa de justiça<sup>350</sup>.

A *ratio legis* da regra decadencial do artigo 1.614 do Código Civil consubstancia-se na estabilidade e segurança do vínculo paterno-filial e na proteção da identidade e dignidade dos filhos. Da mesma forma, tal espírito está presente na relação dos filhos e pais havidos no modelo de filiação advindo do casamento. Não havendo diferença nos efeitos da filiação, dentro e fora do casamento, e, existindo prazo para o perfilhante que incidiu em erro substancial, por exemplo, contestar sua paternidade, bem como para o perfilhado impugnar a

---

<sup>350</sup> “A natureza das coisas é de grande importância em conexão com a exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual; ela exige ao legislador e, dado o caso, ao juiz que diferencie adequadamente. Além disso, ela é importante para a questão de saber o que carece realmente de uma regulamentação e que factores se hão-de considerar na regulamentação” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Ob. cit., p. 594).



sua, esse prazo, analogicamente, deve ser aplicado à desconstituição da paternidade dos filhos matrimoniais<sup>351</sup>.

### **3.6. De lege ferenda: submissão da negatória de paternidade a prazo decadencial: por uma leitura unitária do sistema de filiação no ordenamento jurídico nacional**

Diante da patente inconstitucionalidade da perpetuidade do direito potestativo de negar a paternidade, o desafio passa a ser a determinação do prazo, *de lege ferenda*, para o seu exercício.

O resgate do prazo de dois, se presente o marido, ou três meses, se ausente, para contestar a paternidade, não mais se justifica no modelo de filiação atual. Sob a égide da Codificação Bevilacqua, se tais prazos, à primeira vista, parecem hoje curtos demais, quase fictícios, naquele sistema se legitimavam.

No julgamento do Recurso Especial nº. 194.866-RS o Ministro Eduardo Ribeiro explica por que os prazos do art. 178, §3º do Código Civil de 1916 eram suficientes para que o marido pudesse exercer seu direito potestativo de contestar a paternidade:

[...] O questionado prazo decadencial justificava-se no contexto social e jurídico em que inserido. Limitadas as hipóteses de contestação da paternidade ao constante do artigo 340 do Código Civil, não havia razão para tolerar-se a delonga do marido em contestar a paternidade. Com efeito, se não coabitava com a mulher ou era absolutamente impotente, não seria dado ter dúvida alguma de que a paternidade não lhe poderia ser atribuída. E essa certeza não começava com o nascimento, mas a partir do momento em que soubesse da gravidez. O prazo de dois meses era perfeitamente suficiente para que propusesse a ação e inconveniente que se prolongasse, fazendo perdurar situação que poderia ser fonte de constrangimentos [...] <sup>352</sup>.

Com acerto o supracitado Ministro observou que o marido só poderia contestar a legitimidade do filho concebido na constância do casamento se estivesse fisicamente impossibilitado de coabitar ou fosse absolutamente estéril, causas que o deixava em uma posição muito mais confortável para, com assertividade, impugná-la. O prazo de reflexão nessas hipóteses retrotraía à ciência da gravidez, e não ao fato do nascimento, o que também alongava sobremaneira os prazos curtos de 02 (dois) ou 03 (três) meses.

<sup>351</sup> Segundo Karl Larenz a integração de lacunas por analogia requer que as duas situações de fato sejam *semelhantes* entre si, o que significa dizer que concordam em alguns aspectos, mas não em outros. Se concordassem em todos os aspectos que não de ser levados em consideração seriam *iguais*. Por esse motivo as previsões legais não precisam ser absolutamente iguais, tampouco desiguais, “mas têm de concordar precisamente nos aspectos decisivos *para a valoração jurídica*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Ob cit., p. 541).

<sup>352</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 194.866-RS. Julgamento em 20 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14 de junho de 2011.

Com a ampliação jurisprudencial das hipóteses do artigo 340 do Código Civil de 1916 durante todo o século passado, em que de um sistema de causas taxadas migrou-se para um sistema de causas livres, os prazos de 02 ou 03 meses do artigo 178, do §3º da mesma lei tornou-se irrisório.

Diferentemente da ausência de coabitação, a ausência de vínculo biológico por adultério, na hipótese de relações sexuais concorrentes e não exclusivas, demanda um tempo muito maior de revelação, às vezes uma vida toda, e, em muitos casos, nem toda uma vida. A confissão do adultério e, sobretudo, a possibilidade de sua prova em um exame pericial tornou não só esses prazos decadenciais uma irrealdade, como também trouxe a dúvida do seu termo inicial: o nascimento do filho ou a ciência do adultério?<sup>353</sup>

Após todas as mudanças que sofreram o mundo ocidental e as famílias, a investigação de outros ordenamentos jurídicos pode indicar uma solução que aqui se encaixe, sem que se perca a primazia do princípio do melhor interesse da criança e de sua dignidade.

Guilherme de Oliveira informa que, na maioria dos sistemas legislativos europeus, a valorização dos direitos fundamentais da pessoa e a força redutora da verdade biológica não foram motivos suficientes para conseguir afastar a caducidade breve e rígida do direito de impugnar a paternidade<sup>354</sup>. O rigor preclusivo é tal que sequer comporta a flexibilização da suspensão e interrupção do prazo<sup>355</sup>. Não obstante, embora não apliquem, em analogia, esses favores legais que impedem que a prescrição opere seus efeitos, alguns sistemas, em casos concretos e extremos, aceitam algumas razões de atraso. Em geral, são elas baseadas na demonstração pelo pai e autor da ação desconstitutiva de que um obstáculo invencível e alheio à sua pessoa foi a causa da ação retardatória.

Assim, por exemplo, na Alemanha, o § 1594 do BGB determina que se aplique o §203 e 206 referentes à força maior e à incapacidade do titular da ação, o que permite, nessas hipóteses excepcionalíssimas, a suspensão do prazo. Na Suíça, o artigo 256º c, nº.3, do Código Civil admite expressamente o ajuizamento da ação negatória após o decurso do prazo decadencial se “justos motivos tornam o atraso desculpável”, leia-se, dolo da mulher ou de terceiro causador do atraso, ou retardamento dos órgãos oficiais ou resultantes de

---

<sup>353</sup> No julgamento do Recurso Especial nº. 194.866-RS o Ministro Eduardo Ribeiro defende que o termo inicial do prazo decadencial será o momento em que o pai toma conhecimento dos fatos passíveis de conduzir a fundada suspeita da extramatrimonialidade do filho, como preconiza o Direito alemão.

<sup>354</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Ob. cit., p. 371-390. Na contramão da maioria dos sistemas legislativos europeus, afirma Guilherme de Oliveira que os direitos escandinavos e o direito inglês não formularam qualquer regra de caducidade para o direito do filho e do pai impugnar a paternidade.

<sup>355</sup> O sistema nacional não prevê, em regra, hipóteses de suspensão e interrupção dos prazos decadenciais, vide artigo 207 do Código Civil: “Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”.

complicações burocráticas internacionais. Igualmente o sistema belga permite que a ação seja deflagrada após o decurso do prazo fatal, caso o pai justifique sua demora em motivos justificáveis<sup>356</sup>.

Na Espanha o prazo para o marido impugnar a paternidade na última reforma legislativa foi fixado em 01 (um) ano contado do registro da filiação, não começando a correr apenas no caso de ignorância pelo marido do nascimento<sup>357</sup>. No entanto, a norma em que foi tal prazo estatuído teve sua constitucionalidade objeto de julgamento em 2005. O relatório do caso mostra que o pai, autor da ação, entre outros questionamentos, indagou por que o prazo para impugnar é de 01 ano, enquanto o prazo para formar o estado de filiação é imprescritível. O Tribunal Constitucional Espanhol, por maioria, reconheceu que o prazo decadencial de 01 (um) ano é constitucional, sendo, porém, inconstitucional o termo inicial fixado para sua fluência a partir da data do registro, devendo o mesmo correr a partir da ciência pelo pai da ausência do vínculo biológico. Como fundamento principal justificou o pleno do Tribunal que o *termo a quo* a partir do registro de nascimento acarreta restrição ao acesso do marido à tutela jurisdicional<sup>358</sup>.

Também o filho, pelo Código Civil Espanhol, tem o prazo de um ano para contestar a paternidade a partir do registro da filiação. No entanto, se ausente a posse do estado de filho, a demanda impugnatória poderá ser proposta a qualquer tempo pelo filho ou por seus herdeiros, o que mostra como este sistema incluiu o fator da convivência familiar e social na conformação do estado de filho<sup>359</sup>. Em outras palavras, presente a posse de estado de filho o

<sup>356</sup> A referência aos sistemas alemão, suíço e belga é resultante da consulta à obra de OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Ob. cit., p. 371-390.

<sup>357</sup> Código Civil Espanhol:

*Artículo 136: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.*

*Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.*

*Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero”.* Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/1t5.htm>. Acesso em 20.06.2011.

<sup>358</sup> Eis a conclusão do julgamento pelo Tribunal Constitucional Espanhol da constitucionalidade do artigo 136: “(...) *El art. 136 del Código Civil cercana el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) guarde proporcionalidade com la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial”.* Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/06/22/pdfs/T00069-00080.pdf>. Acesso em 20.06.2011.

<sup>359</sup> Código Civil Espanhol:

*Artículo 137: “La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.*

*El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.*

*Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”.* Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/1t5.htm>. Acesso em 20.06.2011.

prazo decadencial é de um ano para o filho, tal qual para o pai. Ausente a posse de estado de filho, o prazo torna-se imprescritível para o filho, não, porém, para o pai.

Essa diferenciação que fez o legislador espanhol, ao tornar a impugnação da filiação imprescritível para o filho, quando ausente a posse de estado, revela como não se pode dar o mesmo tratamento quando o titular da ação é o filho e quando é o pai, como querem majoritariamente a doutrina e a jurisprudência nacionais, tratando a investigatória e a negatória como ações fungíveis da matéria “estado civil de filho”. Assim como se diferenciam, por exemplo, crianças, adolescentes, adultos e idosos, devem-se da mesma maneira desigualar a formação e desconstituição do estado de paternidade.

Em comentário a esta distinção realizada pelo sistema espanhol, Guilherme de Oliveira elucidada:

[...] se o marido pudesse invocar, muitos anos depois do nascimento conhecido, a ausência de posse de estado, poderia fazer cessar o <<tratamento>> com o objetivo de se valer do seu próprio acto; por outro lado, e principalmente, deve reconhecer-se que o interesse do marido da mãe vai-se esbatendo mormente depois de ele ter deixado esgotar um prazo razoável sem ter exercido o seu direito<sup>360</sup>.

Tal como na Espanha, o legislador argentino dispôs no artigo 259 que “*la acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, em cuyo caso el término se computará desde el día em que lo supo*”<sup>361</sup>. Para o filho, expressamente legitimado, não há prazo de caducidade do seu direito de negar a paternidade até a sua morte, quando só então o direito potestativo se encerra.

A regra do artigo 259 do Código Civil Argentino tem sido alvo, em especial, de duas críticas: a primeira refere-se à possibilidade de o filho poder a qualquer tempo mudar seu estado civil de filiação, o que retira a segurança proposta pelo prazo decadencial de um ano concedido ao marido, razão bastante para retirar-se, nesse ponto de vista, a limitação no tempo; a segunda diz respeito à fluência do termo inicial do prazo a partir do registro do nascimento, e não a partir da ciência pelo marido da extramatrimonialidade do filho. Assim, a doutrina civilista argentina tem mostrado uma tendência a sustentar a necessidade de se reformular o artigo 259 quanto ao prazo decadencial do marido para impugnar a paternidade<sup>362</sup>. Vozes, no entanto, defendem a indispensabilidade que o estado de família tem

<sup>360</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Ob. cit., p. 379.

<sup>361</sup> María Victoria Famá observa que a reforma introduzida pela Lei 23.264 ampliou o prazo originariamente previsto no Código Civil Argentino que era de sessenta dias para um ano. (FAMÁ, María Victoria. *La Filiación*. Ob. cit. p. 506).

<sup>362</sup> As opiniões doutrinárias neste sentido foram lidas na obra de FAMÁ, María Victoria. *La Filiación*. Ob. cit., p. 506-518.

de ser desde o início ou em algum tempo estável. À semelhança dos sistemas espanhol e argentino, o prazo de 01 ano, sem temperamentos, está ainda no Código Civil de Québec<sup>363</sup> e no Código Civil Italiano<sup>364</sup>.

Em Portugal, o autor luso Guilherme de Oliveira anuncia uma preferência constante da doutrina pela caducidade do direito de desconstituir a paternidade, o que se revela na regra do artigo 1.842º do Código Civil<sup>365</sup>. Lá o direito contestativo do marido caduca em 03 (três) anos contados da data em que tomou ciência da possibilidade de circunstâncias que excluam sua paternidade.

Na França, como já visto, a solução para a impugnação da paternidade não leva em consideração apenas o fator tempo, mas a posse de estado de filho, prescrevendo a ação em cinco anos contados da data em que cessou a posse de estado ou da morte do pai, sendo, porém, vedada a contestação quando a posse de estado confirmar o registro<sup>366</sup>.

Enfim, o estudo destas legislações mostra que distintas soluções quanto ao prazo decadencial de impugnação da paternidade têm se apresentado. Há um debate onipresente quanto ao termo inicial de sua fluência, assim como em relação ao direito de o filho impugnar sua própria paternidade a qualquer tempo.

<sup>363</sup> Código Civil de Québec, art. 531: “*El padre presumido no puede impugnar la filiación del hijo después del plazo de un año a contar desde el día en que la presunción de paternidad surtió efecto, salvo que no tuviera conocimiento del nacimiento, en cuyo caso el plazo comenzará a correr desde el día de tal conocimiento*”. (FAMÁ, María Victoria. *La Filiación*. Ob. cit. p. 514).

<sup>364</sup> Código Civil Italiano, art. 244 - *Termini dell'azione di disconoscimento*. “*Il marito può disconoscere il figlio nel termine di un anno che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; dal giorno del suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio o in cui è la residenza familiare se egli ne era lontano. In ogni caso, se egli prova di non aver avuto notizia della nascita in detti giorni, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia*”.

(1) *La Corte costituzionale con sentenza 6 maggio 1985, n. 134 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui non dispone per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 dello stesso codice, che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie.*  
 (2) *La Corte costituzionale con sentenza 14 maggio 1999, n. 170 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità nell'ipotesi di impotenza solo di generare contemplata dal numero 2) dell'art. 235 del codice civile decorra per il marito dal giorno in cui esso sia venuto a conoscenza della propria impotenza di generare e l'illegittimità costituzionale del presente articolo nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità nell'ipotesi di impotenza solo di generare di cui al numero 2) dell'art. 235 del codice civile decorra per la moglie dal giorno in cui essa sia venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito.* Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34812>. Acesso em 20.06.2011.

<sup>365</sup> O art. 1842º, com a redação dada pela Lei 14/09, de 01-04, preceitua:

1– A acção de impugnação de paternidade pode ser intentada:

- a) Pelo marido, no prazo de três anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade;
- b) Pela mãe, dentro dos três anos posteriores ao nascimento;
- c) Pelo filho, até 10 anos depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de três anos a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.

Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf> Acesso em: 20.06.2011.

<sup>366</sup> Com propósito similar, o Código de Família da Costa Rica, no artigo 73 preceitua: “*La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intertarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación*”.

De todos os ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais consultados, sem dúvida alguma, a postura mais liberal foi a adotada pelo Brasil, no artigo 1.601 do Código Civil, o que só vem a reforçar a necessidade de ser estabelecido um prazo decadencial a fim de se atingir alguma estabilidade na formação do estado de família de filho.

Nesse sentido, está em curso o Projeto de Lei 6.613/2002, de autoria do Deputado Virgílio Guimarães, com a propositura do prazo decadencial de 04 (quatro) anos, nos seguintes termos:

Art. 1º O art. 1.601 do novo Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

§ 1º Decai o direito a que se refere este artigo se o marido não ajuizar a ação no prazo de 4 anos a contar do dia em que tomou ciência do nascimento.

§ 2º Ajuizada a ação, os herdeiros do impugnante tem direito de prosseguir-la".

#### JUSTIFICATIVA

A presente proposição visa alterar o art. 1.601 do novo Código Civil brasileiro que, contrariando a tradição do Direito Civil, revogou os prazos para o pai impugnar a paternidade do filho nascido do casamento. [...] Assim em todos os países de cultura jurídica romano-germânica, nos quais há sempre prazos para o pai contestar a paternidade dos filhos matrimoniais. Em Portugal, por exemplo, o prazo é de 2 anos (Código Civil, art. 1.842), na Espanha, de 1 ano (Código Civil, art. 136), na Argentina, de 1 ano (Código Civil, art. 259), na França de 6 meses (Código Civil, art. 326)<sup>367</sup>. Além disso, ao deixar de submeter a prazo o direito de contestar a paternidade dos filhos matrimoniais, discrimina-se estes frente aos não-matrimoniais e adotivos, que, na vigência do novo Código Civil não poderão ter a paternidade contestada, seja: a) por terem a paternidade reconhecida judicialmente, pela imutabilidade da coisa julgada; b) por terem sido reconhecidos voluntariamente, sendo irrevogável o reconhecimento (arts. 1.609 e 1.610, do novo Código Civil); c) em caso de adoção, por ser esta, logicamente, irrevogável (Lei nº 8.069, art. 48). Ou seja, a vitaliciedade do direito, do pai, de impugnar a paternidade será ameaça exclusivamente voltada aos filhos matrimoniais, situado, obviamente, discriminatória e injusta. [...] A ausência de prazo para impugnar a filiação de filhos matrimoniais propiciara que pessoas em idade avançada possam ter sua filiação negada, por ausência de vínculo biológico, ainda que presentes os demais elementos da vida que caracterizam o rico e complexo fenômeno da paternidade. A certeza sobre a paternidade dos filhos matrimoniais somente estará assegurada após a morte do pai (e somente se ocorrida sem que esta tenha iniciado a ação, porque, caso contrário, os herdeiros do impugnante poderão continuá-la)! O prazo decadencial de 4 anos, como proponho, é mais longo do que o previsto no direito estrangeiro. Justifica-se, contudo a ampliação do prazo, pela maior segurança na aferição da "verdade biológica" que as modernas técnicas de "DNA" permitem e pela uniformização da matéria, sendo este o prazo previsto no novo Código Civil para a anulação do reconhecimento voluntário de filhos não-matrimoniais (art. 178) e, igualmente, o que tem o filho para impugnar o reconhecimento da filiação realizado quando de sua menoridade (art. 1.614).

Realmente, o prazo de 04 (quatro) anos é maior que os prazos pesquisados na legislação estrangeira, em que o prazo de 01 (um) ano é o usualmente fixado para o marido contestar a paternidade. No entanto, com que critérios eleger e conjugar um prazo que melhor atenda o interesse dos filhos, sem restringir por completo o direito de o pai impugnar a filiação? Sobre a definição do tamanho do elemento tempo, Pontes de Miranda anotou: "não

<sup>367</sup> Os prazos em Portugal e na França já foram alterados desde a justificativa do Projeto de Lei do Deputado Virgílio Guimarães apresentada no ano de 2002.

se pode dizer que haja critérios científicos: o fundamento fixativo é, quase sempre, histórico, reporta-se, por conseguinte, a momento em que se criou a pretensão, ou a ação, ou a momento posterior que alterou a primitiva extensão temporal”<sup>368</sup>

No entanto, é preciso, para não se criarem iniquidades entre os diferentes modelos de filiação, levar em consideração os outros prazos decadenciais de impugnação de paternidade. Na Espanha e na Argentina a distinção entre o prazo para o marido e o pai que perfilha impugnarem a paternidade foi naquele, e é ainda neste, alvo de severas críticas. María Victória Famá diz que o prazo decadencial de 01 (um) ano da lei argentina vulnera o princípio da não discriminação, já que radicalmente diferente do tempo previsto para o pai na ação de anulação do reconhecimento por vício de consentimento<sup>369</sup>.

Por isso, concorda-se com o projeto do Deputado Virgílio Guimarães, no qual o prazo proposto para o marido contestar a paternidade é de 04 (quatro) anos a contar da data da ciência do nascimento.

---

<sup>368</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo VI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 113.

<sup>369</sup> FAMÁ, María Victoria. *La Filiación*. Ob. cit. p. 517.

#### 4. CONCLUSÃO

A justiça não existe por si própria, mas encontra-se sempre nas relações recíprocas, em qualquer tempo e lugar em que exista entre os humanos o pacto de não causar nem sofrer dano.

Epicuro

Ao longo do presente trabalho, conforme já havia notado João Baptista Villela, pôde-se constatar que se a família limita o indivíduo, restringindo sua liberdade de diversas maneiras, ela igualmente possibilita a realização pessoal dos homens pelos contatos e relações *sui generis* que permite sejam travadas na intimidade do grupo. Paradoxalmente a família liberta o indivíduo na medida em que “promove-lhe a personalização através do outro, de modo verdadeiramente insubstituível”<sup>370</sup>. Desta maneira, esta instituição multissecular, descrita por muitos como tendente ao fim, mais do que nunca, em um mundo de incertezas, é ponto de apoio e âncora de identidades e dignidades.

O homem ao mesmo tempo em que precisa de liberdade para se autodeterminar e traçar seu rumo de vida, necessita de apoio e reconhecimento institucional, seja do Estado, da religião ou da família<sup>371</sup>.

Se é incontestável que na atualidade as famílias se formam, se desfazem e se refundem, a criança e o adolescente e seus interesses devem ser o ponto central estruturador de uma ordem jurídica sistemática, coerente e unitária. O princípio constitucional do melhor interesse da criança já sinaliza esta diretriz centralizadora. A partir da criança e do adolescente pode ser conquistada a harmonia perdida na regulação da filiação.

Para tanto, a compreensão da essência do homem não pode mais ser realizada linearmente a partir do paradigma do indivíduo, como figura isolada. Ninguém existe sozinho. É preciso resgatar as acepções de intercorporiedade e de intersubjetividade que qualificam as relações humanas. O fato de o homem querer se diferenciar e se desigualar, não apaga seu impulso associativo, de compartilhamento, de uma vida gregária. Não há dignidade humana fora da vida de relação, porque ser *humano* significa ser simultaneamente um ser *vivo* e um ser *cultural*.

<sup>370</sup> VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. In: *Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: MEC, 1980, p. 658.

<sup>371</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O Direito à identidade*. Ob. cit., p.62



Onde há o dado natural e onde começa a aculturação do processo civilizador humano, não é possível saber. A natureza humana não pode ser compreendida como um compartimento estanque e hermético infenso às mudanças operadas no plano antropológico e sociológico. Nesse sentido a lição de Claude Levi-Strauss: “É que a cultura não pode ser considerada nem simplesmente justaposta nem simplesmente superposta à vida. Em certo sentido substitui-se à vida, e em outro sentido utiliza-a e a transforma para realizar uma síntese de nova ordem”<sup>372</sup>.

É nesta síntese de nova ordem, longe dos determinismos científicos e dos achados arbitrários, que a paternidade e suas questões conflitantes devem ser estudadas. Nesse sentido a paternidade não é um dado biológico. A genética é, ou melhor pode ser, uma das faces integrantes da paternidade, conceito muito mais abrangente e de difícil apreensão, inclusive pela interdisciplinaridade que cerca o tema e que continuará a desafiar as ciências humanas. Portanto, torna-se mandatório desmistificar o preconceito de que o familiar é o biológico, sob pena de ignorar-se a passagem natureza-cultura e a ordem simbólica em que se insere o ser humano.

Admitir e prover a ação negatória de paternidade dez, vinte ou trinta anos após o nascimento do filho é ratificar que o “macho” não fecundou a “fêmea”. É ignorar o significante do lugar ocupado pelo pai, que não se encontra na natureza, mas, tão somente, na ordem da cultura humana.

Diante dessas considerações finais, enunciam-se as seguintes conclusões a que se chegou no presente trabalho:

01. Os fundamentos originários da interpretação *pater is est quem nuptia demonstrant* em nome da honra do marido, da família legítima e da paz doméstica estão superados. No seu lugar a proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança justificam a permanência da presunção legal *juris tantum* porque facilitadora do estabelecimento da paternidade.
02. O princípio constitucional da absoluta igualdade entre os filhos impede qualquer discriminação nos efeitos da formação deste estado civil e deve ser compreendido no sentido do direito universal e absoluto à formação do estado de filiação. A manutenção pelo Código Civil de diferentes modelos de estabelecimento de paternidade para os filhos havidos no casamento e fora do casamento, bem como o modelo da adoção, não fere esse princípio.

---

<sup>372</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 42.

03. A regra do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente aplica-se somente ao modelo de filiação dos havidos fora do casamento, enquanto não formado o estado civil de filho. Seu objetivo é assegurar o *status filiae* a quem nunca teve.
04. A regra do artigo 1.597 (presunção de paternidade) e do artigo 1.601 (perpetuidade e legitimidade exclusiva do marido para contestar a paternidade) do Código Civil se chocam. Os valores dessas regras são opostos. Enquanto o valor da primeira é o estabelecimento automático e mais seguro possível da paternidade, o valor da segunda é garantir o exercício do poder da vontade deambulatória do pai a qualquer momento.
05. Em decorrência da imprescritibilidade da negatória de paternidade, do mapeamento genético e do sistema de causas livres do direito contestatório da paternidade, a presunção legal *pater is est* é facilmente derrubável, sendo, pois uma presunção fraca. No sistema do Código Civil de 1916, ao contrário, com o prazo decadencial de 02 ou 03 meses, um sistema de causas fechadas e a proteção da família legítima, a força da presunção era fortíssima.
06. A paternidade legal presumida é falha diante de algumas hipóteses, como a da prolongada separação de fato entre a mãe e o marido. O legislador nacional deve investigar a conveniência de ser instituída no ordenamento vigente a figura da cessação da presunção de paternidade após longo período de separação de fato entre o casal, conforme já adotado em legislação estrangeira, estudando-se ainda a conveniência de a mãe no momento do registro civil de nascimento declinar que o marido não é o pai, bem como o sigilo desta informação.
07. Não há no ordenamento jurídico vigente, seja na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, norma ou princípio que permita extrair a prevalência do critério biológico da paternidade sobre os demais.
08. O direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui o melhor interesse da criança.
09. Os requisitos definidores e os contornos da posse de estado de filho devem ser regulados em lei. A verificação da posse de estado de filho deve ser utilizada nos conflitos de paternidade como instrumento confirmador da presunção *pater is est* na ausência do vínculo biológico.
10. Posse de estado de filho não se confunde com afeto – sentimento anímico –, sendo seu conceito muito mais abrangente. Um filho desfruta da posse deste estado quando ocupa este lugar no grupo familiar e um homem ocupa a função de pai (trato); quando ostenta o nome de família (nome) e socialmente é apresentado enquanto tal (reputação). A relação paterno-filial é um *continuum* que se forma no decorrer do tempo.

11. As questões de estado são de ordem pública, o que significa dizer que a relação paterno-filial interessa não apenas às partes envolvidas, mas à toda a sociedade. O poder de auto-regulamentação de todo pai sofre limitação da ordem jurídica.

12. As características dos estados civis são comumente apresentadas em três: indivisibilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade.

13. A repetição acrítica da característica da indisponibilidade do estado de filho merece ser repensada pela doutrina diante da explosão das ações desconstitutivas de paternidade, inclusive muitas vezes propostas pelos próprios filhos, e, de outras questões, como a disposição por mãe ou pai solteiro do direito à biparentalidade do filho na reprodução assistida.

14. A característica da imprescritibilidade do estado das pessoas significa que ninguém pode adquirir ou perder um estado pelo simples decurso do tempo e não que todas as ações de estado são imprescritíveis, como comumente propalado em doutrina e jurisprudência.

15. A dignidade humana possui duas dimensões: dignidade como autonomia e dignidade como heteronomia. Esta segunda acepção, da dignidade na acepção de uma constrição externa à liberdade individual, é a que interessa para o desenvolvimento do raciocínio justificador da limitação do pai em desconstituir a qualquer tempo a paternidade. Com efeito, o poder da vontade no Direito de Família sempre foi limitado por normas de ordem pública.

16. Na Modernidade e nos países de tradição romano-germânica a estrutura das sociedades tende a valorizar mais as diferenças entre as pessoas (a identidade-eu) do que aquilo que elas possuem em comum (a identidade-nós). Esse estado de coisas explica a atual liquidez dos vínculos familiares.

17. As ações desconstitutivas de paternidade exercidas a qualquer tempo violam o direito ao nome e à identidade dos filhos e, conseqüentemente, o direito à historicidade pessoal dos indivíduos.

18. O direito da personalidade ao conhecimento da origem genética deve ser garantido a todos. O artigo 48 do ECA, previsto para os filhos adotivos, deve ser aplicado analogicamente aos outros modelos de filiação, como verdadeiro direito de todos ao conhecimento de sua ancestralidade. O exercício deste direito é compatível com a manutenção do estado de filiação e dotado de autonomia.

19. A segurança jurídica, valor promovido entre outros institutos com a fixação de prazos, é não só pressuposto da ordem jurídica como atende a uma função promocional do Direito, à medida que permite que o ser humano possa com e por meio dela se autodeterminar. Uma

realidade imprevisível e constantemente mutável impossibilita que o homem tome decisões racionais, comprometendo seu bem mais precioso, sua liberdade.

20. As diferenças entre as vias desconstitutivas da paternidade devem ser bem demarcadas. A ação negatória de paternidade prevista no artigo 1.601 do Código Civil é específica do modelo de filiação dos havidos no casamento. O único legitimado a usá-la é o marido e não qualquer pai. Tampouco a mãe, avós, irmãos e outros parentes podem dela fazer uso. Apenas os herdeiros do impugnante podem nela prosseguir, quando tiver ele, antes da morte, tomado a iniciativa, conforme prevê seu parágrafo único.

21. A ação investigatória de paternidade não é o anverso da negatória de paternidade, como se filho e pai trocassem apenas do polo ativo para o passivo da ação. No modelo dos filhos havidos no casamento o estado de filho se forma com a presunção *pater is est* e pode ser desconstituído por via da ação negatória de paternidade prevista no artigo 1.601 do Código Civil. No modelo dos filhos havidos fora do casamento o estabelecimento da filiação se dá por perfilhação ou por sentença proferida em ação investigatória de paternidade. A desconstituição desta paternidade só pode ocorrer por via da impugnação do filho no prazo decadencial de 04 (quatro) anos que se seguem à maioridade ou à emancipação na forma do artigo 1.614 do Código Civil ou se o pai, no prazo de 04 (quatro) decorridos do reconhecimento voluntário, com fulcro no artigo 178 do Código Civil, invocar ter ocorrido em vício de consentimento. Portanto, enquanto a investigatória é ação própria do modelo dos filhos extramatrimoniais, a negatória de paternidade está situada no terreno dos matrimoniais.

22. Postas todas essas premissas, conclui-se pela inconstitucionalidade material parcial da regra do artigo 1.601 do Código Civil, devendo ser o texto “sendo tal ação imprescritível” afastado do ordenamento jurídico vigente, mantendo-se no mais o *caput* e o parágrafo único de tal artigo.

23. Diante do afastamento da segunda parte do artigo 1.601 do Código Civil, de *lege lata*, em aplicação analógica da regra do artigo 1.614 do Código Civil, deve incidir o prazo de 04 (quatro) anos para o marido negar a paternidade.

24. Na expressiva maioria dos países de tradição romano-germânica (tendo sido consultada a legislação da Espanha, Argentina, Portugal, França, Canadá e Itália) vigora um prazo decadencial para o marido contestar a paternidade do filho.

25. O simples ajuizamento de ações desconstitutivas de paternidade muitas vezes significa uma violência subjetiva à identidade e dignidade dos filhos. Mais do que a verificação da presença da posse de estado de filho, é imperioso, no plano da decadência, impossibilitar este tipo de pretensão a qualquer momento do tempo da relação paterno-filial. A fim de evitar

possíveis discriminações entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, de *lege ferenda*, se sugere o prazo decadencial de 04 anos.

26. Ainda de *lege ferenda*, com o objetivo de recuperar a unidade da regulação da filiação, deve o legislador ponderar acerca: da possibilidade de o filho matrimonial investigar a paternidade biológica se presente a posse de estado de filho ou decorrido mais de 04 (quatro) anos do seu registro civil à semelhança da regra do artigo 1.614 do Código Civil.

27. Mais do que uma reforma pontual do artigo 1.601 do Código Civil, é mandatório repensar todo o sistema nacional de filiação para que, à luz da Constituição Federal, se recupere a harmonia perdida.

## REFERÊNCIAS

- AGNELO FILHO, Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista dos Tribunais*, Ano 86, Vol. 744, out. 1997, p. 725-750.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: TEIXEIRA Ana Carolina Brochado; RIBEIRO Gustavo Pereira Leite (Coords.) *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008, p. 203-226.
- \_\_\_\_\_. Adoção à brasileira e a verdade do registo civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Dignidade*. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 347-366.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores).
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 483-498.
- BAHIA, Claudio José Amaral. A ação negatória de paternidade em face do novo ordenamento civil. In: NOVAES, Giselda Maria Fernandes (Coord.). *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 437-457.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 11, n.09 (abr/maio 2009). Porto Alegre: Magister, p. 25-34.
- \_\_\_\_\_. O direito de família e o Código Civil de 2002. Algumas considerações gerais. In: *Revista Forense*, v. 98, n. 364, nov-dez 2002, p. 151-162.
- \_\_\_\_\_. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-135.
- \_\_\_\_\_. Novas relações de filiação e paternidade. *Repensando o Direito de Família*. Anais do I Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 135-142.
- \_\_\_\_\_. A proteção da identidade genética. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.) *Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83-100.
- BARROS, Fernanda Otoni. Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº. 06, jul-ago-set/2000, p. 5-22.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page\\_id=47](http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=47)>. Acesso em: 27.06.2011.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4ª ed. Volume II, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933.

BITTENCOURT NETTO, Joaquim Macedo. Igualdade e desigualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2009, p. 325-346.

BOSSERT, Gustavo A. e ZANNONI, Eduardo A. *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 08, n. 36, jun/jul, 2006.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2003, p. 84-89.

CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. *O direito à busca da origem genética da relação familiar socioafetiva*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua afetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325-360.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. Vol. I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1958.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13 ed., São Paulo: Ática, 2009.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil e o Enunciado 301 da Súmula da Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Direito Privado*, n.25, jan-mar 2006, p. 177-180.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder, 14ª ed. Rio de Janeiro: B. Brasil, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplex paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 170-185.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Novo Código Civil*, Volume XVIII, Artigos 1.591 a 1.638, Rio de Janeiro: Forense, p. 40-149.

\_\_\_\_\_. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. *Questões do direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FAMÁ, María Victoria. *La filiación: aspectos civiles, procesales y constitucionales*. 1 ed. – Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 167-189.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.



GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de direito privado*, nº 18, abr/jun., 2004, p. 21-41.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Artigos 1.607 a 1.617. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org). *Código das Famílias Comentado*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey & IBDFAM, 2009, v. 1, p. 259-300.

\_\_\_\_\_. Recusa do réu à submissão ao exame do DNA e Lei nº. 12.004/09. In: EHRHARDT Júnior, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org). *Leituras Complementares de Direito Civil: Direito das Famílias*. 1 ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 1, p. 325-332.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. 4 ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A presunção *pater is est* e a Constituição Brasileira de 1988. In: GLANZ, Semy; GUSMÃO, Paulo Dourando de (Org). *O Direito na década de 1990: novos aspectos – estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, P. 110-125.

GOMES, Orlando. Aspectos da Filiação. In: *Revista Forense*, vol. LXXXIX, jan.1942. Rio de Janeiro: Forense, p. 680-685.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*. Coleção Jurídica Português. Edições Ática. [s.l]

GRECO, Leonardo. O Conceito de prova. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 423-470.

\_\_\_\_\_. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao Novo Código Civil. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357-391.

GRISARD FILHO, Waldir. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. *Famílias Ensambladas – Nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135-160.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Dissertação de mestrado apresentada a PUC–São Paulo, São Paulo, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos*. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

IVANOV, Simone Orodeschi. A ação negatória da paternidade de crianças e adolescentes e o cuidado como valor jurídico. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, vol. 101, dez/2008, p. 101-107.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Antônio Luís Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1982.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.) *Repertório de doutrina sobre o direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 188-221.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Petrópolis: Vozes, 1976.

LÔBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 54, n. 339, janeiro de 2006, p. 45-56.

\_\_\_\_\_. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n.1, abr/jun 1999, p. 133-156.

\_\_\_\_\_. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões*, v.5 (ago/set.2008) – Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 5-22.

\_\_\_\_\_. Princípio Jurídico da afetividade na filiação. In: *Revista de Direito Privado*, n.03, jul-setembro de 2000. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, p. 35-41.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Filiação Sucessória: Parentalidade Socioafetiva e Biológica. In: *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões*, v.6 (out/nov.2008). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 109-124.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 766, agosto 1999, p. 69-87.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 459-493.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo VI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-265.

\_\_\_\_\_. A tutela do nome da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 149-168.

\_\_\_\_\_. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 169-182.

\_\_\_\_\_. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 3, vol. 11, julho a setembro de 2002, p. 67-78.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NONATO, Orosimbo. Presunções e ficções de direito. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* por J.M. de Carvalho Santos. Volume XXXIX. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s.a.

OLIVEIRA, Euclides de. *Enteado com sobrenome do padrasto*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=542>> Acesso em 12.10.2009.

OLIVEIRA, Guilherme. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Volume I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Volume V. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e Adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1945.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva – a propósito da sentença do tribunal constitucional, de 30.11.2007. In: *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões*, v.7 (dez/jan. 2009). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 88-94.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A imprescritibilidade das ações de estado e a socioafetividade: repercussão do tema no pertinente aos artigos 1.601 e 1.164 do Código Civil. In: *ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, n.2, fev. 2005, p.57-62.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. A investigação de paternidade e o artigo 1.614 do Código Civil. In: *Revista AJURIS*, v. 31, n. 94. Porto Alegre: AJURIS, p. 283-291.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “cuidado” chega ao STJ. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 12, n. 19, dez-jan 2011, p. 100-121.

\_\_\_\_\_. O “melhor interesse da criança” in *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Coordenação de Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-101.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La seguridad jurídica*. 2ª edición revisada y puesta al día. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Direito de Família (Arts. 255-367). Vol. V, 7ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1958.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. O princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Dignidade*. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. 1. Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 125-143.

SCIANCELEPORE, Giovanni. La fecondazione eterologa e la tematica del disconoscimento di paternità. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol.3, jul/set 2000, p. 139-155.

SILVA, Assuelma Arantes da Silva. A escritura pública de união estável como prova *juris tantum* da paternidade. In: *Revista de Direito Privado*, ano 11, n. 41, jan-mar 2010, p. 31-58.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. *A presunção legal de paternidade face ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos*. 2001. Dissertação de mestrado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, janeiro de 2001.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, vol. 22, abril-junho 2005, p. 71-95.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 11, n. 10, jun-jul 2009, p. 34-60.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 547-583.

\_\_\_\_\_. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

TESHEINER, José Maria Rosa. Notas sobre as Ações de Família à luz do Novo Código Civil. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 51, nº. 311, setembro de 2003, p. 44-94.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

\_\_\_\_\_. Negatória de paternidade – vício de consentimento. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 03, 2008, p. 80-83.

VILLELA, João Baptista. Art. 1.601. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=32>>. Acesso em: 10.11.2009.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº.02, (jul/ago/set. 1999). Porto Alegre: Síntese, p. 121-142.

\_\_\_\_\_. Desbiologização da paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº. 21, maio de 1979, p. 400-418.

\_\_\_\_\_. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15-30.

\_\_\_\_\_. Liberdade e família. In: *Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: MEC, 1980, p. 657-687.

WELTER, Belmiro Pedro. São imprescritíveis as ações de investigação e negação de paternidade. In: *Revista do Ministério Público/Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*, n.53, p. 117-137, maio/set., 2004.

\_\_\_\_\_. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abril-junho 2003, p. 111-147.

\_\_\_\_\_. Fenomenologia no direito de família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf (coords.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 173-121.

WILKINSON, Helen. A via da família: seguindo uma terceira via na política familiar. In: GIDDENS, Anthony (Organizador). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 317-328.