

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A JUSTIÇA OU A INJUSTIÇA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Thiago Aparecido de Jesus

Presidente Prudente/SP  
2003

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A JUSTIÇA OU A INJUSTIÇA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Thiago Aparecido de Jesus

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Eduardo Gesse.

Presidente Prudente/SP  
2003

# **A JUSTIÇA OU A INJUSTIÇA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito

Dr. Eduardo Gesse  
ORIENTADOR

Dr. Pedro Anderson da Silva  
1º EXAMINADOR

Dr. Euro de Oliveira Melo  
2º EXAMINADOR

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2003.

Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas.

Sun Tzu - A Arte da Guerra

Este trabalho é dedicado aos meus pais, José Carlos e Gabriela, por serem as pessoas mais importantes da minha vida, e ao Dr. Eduardo Gesse, pela ajuda que sempre me dispensou. Serei eternamente grato a vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, José Carlos Mariano de Jesus e Gabriela Felicidade Ferro de Jesus, por me incentivarem a seguir o caminho que sempre sonhei e por serem as pessoas mais maravilhosas e importantes da minha vida. Nada que eu dissesse em relação a eles faria jus a imensidão do amor que sinto, por isso me restrinjo a dizer: pai e mãe, amo vocês.

A toda minha família, por dividirem comigo todos os momentos de alegria e tristeza durante o difícil caminhar dos anos de faculdade. A família é a base de tudo, é o alicerce para que eu continue no meu caminho.

Ao Dr. Eduardo Gesse, pela inteligência e pela pessoa que é: um ser humano na acepção da palavra. Antes de ser o professor de Direito de Família e orientador desse trabalho, é aquele que pude chamar de mestre, de amigo. Nem que eu passasse todos os anos da minha vida, não conseguiria agradecer tudo o que fez e faz por mim.

Ao Dr. Pedro Anderson da Silva, o qual tive a honra de ter como professor de Direito Civil durante três anos de faculdade, por dedicar parte do seu precioso tempo na análise deste trabalho, me honrando com sua presença na banca examinadora.

Ao Dr. Euro de Oliveira Melo, que conheci no 2º ano de faculdade, ministrando as aulas de Direito Comercial, e que despertou em mim a vontade de estudar cada vez mais, sempre em busca dos meus objetivos. Honra-me sua presença na banca examinadora do presente trabalho.

Agradeço, por fim, a todas as outras pessoas aqui não citadas, mas que, tenham certeza, são muito importantes para mim.

## RESUMO

Neste trabalho científico, o autor discute tema atual e revestido de grande importância no ordenamento jurídico.

É um tema polêmico, que faz um paradoxo entre a presunção da paternidade, mais conhecida como presunção “pater is est”; a paternidade biológica e o surgimento da paternidade sócio-afetiva, tudo sob os ditames da Constituição Federal, em seu artigo 227 § 6º e sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente artigo 27, que relata com precisão o direito indisponível e imprescritível do filho em intentar ação de investigação de paternidade em face do suposto pai biológico.

Nesse contexto, faz uma explanação sobre o sistema jurídico atual, revelando o protecionismo à busca incontida da paternidade biológica, em detrimento da paternidade registrária e afetiva, revelando as lacunas encontradas na legislação brasileira, tendo como base a legislação portuguesa que se encontra mais evoluída nesse assunto.

Para alcançar os objetivos pretendidos, o autor utilizou-se do método dedutivo, tendo como fonte de pesquisa legislações e doutrinas brasileiras e portuguesas de conteúdo sobre o direito de família, mais especificamente, o direito de paternidade.

Conclui ao final que, mesmo não sendo legalmente prevista, a paternidade afetiva vem sendo admitida em nosso ordenamento jurídico, o que afasta a regra de paternidade registrária e biológica serem coincidentes entre si.

O trabalho conseguiu ainda demonstrar a necessidade de uma reforma da legislação, para que, a partir dos princípios constitucionais previstos, o filho possa ver declarada sua verdadeira paternidade, mas sem afetar o direito da paternidade afetiva preexistente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Paternidade presumida – presunção pater is est; investigação de paternidade; filiação; família.

## ABSTRACT

In this scientific work, the author discusses the actual theme and covered by great importance in the legal system.

It is a polemic theme that mates a paradox between the paternity presumption, know better as “pater is est” presumption; the biological paternity and the appearance of the social-affective paternity, everything under the Federal Constitution rules, in its article 227, § 6º and the Child and Adolescent Statute article 27, that gives an account, with precision, the unavailable and imprescriptibly right of the son to bring a suit of paternity investigation in face of the alleged biological father.

In this contest, it makes an explanation about the actual legal system, reveling the protectionism to the unrestrained search for biological paternity to the detriment of the affective and registry paternity, revealing the omissions found in the brazilian legislation, heaving as its basis the Portuguese legislation which I found more evolved in this subject.

To reach the intended goals, the author used the deductive method, having as research source brazilian and Portuguese doctrines and legislations with family law contents, more specificly, the paternity law.

It concludes at the end that even it is not legally foreseen, the affective paternity has been admitted in our legal system, which keeps away the biological and registry paternity rule to be coincident between each other.

The work still got to demonstrate the necessity of a legislation reform. So that, from the foreseen constitutional principles, the son can see his/her true paternity declared, but without affecting the right of the pre-existed affective paternity.

KEY-WORDS : Presumed paternity; pater is est presumption; paternity investigation; affiliation; family.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. O INSTITUTO DA FAMÍLIA.....</b>	<b>13</b>
1.1. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....	13
1.2. A FAMÍLIA COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	16
<b>2. FILIAÇÃO.....</b>	<b>23</b>
2.1. NOÇÕES GERAIS.....	23
2.2. A FILIAÇÃO NO DIREITO ROMANO.....	23
2.3. A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	25
<b>3. PODER FAMILIAR.....</b>	<b>30</b>
3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	30
3.2. O PODER FAMILIAR NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO.....	31
3.3. CONCEITO.....	35
3.4. CARACTERÍSTICAS.....	37
3.5. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.....	41
3.6. PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	42
3.7. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	43
<b>4. ALIMENTOS.....</b>	<b>45</b>
4.1. CONCEITO E FINALIDADE.....	45
4.2. CARACTERÍSTICAS DO DEVER DE ALIMENTAR.....	46
4.3. DEVER ALIMENTAR ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE.....	48
<b>5. SUCESSÃO.....</b>	<b>51</b>
<b>6. DIREITO AO NOME.....</b>	<b>53</b>
<b>7. PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE REGISTRÁRIA.....</b>	<b>55</b>
<b>8. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.....</b>	<b>57</b>
8.1. A PRESUNÇÃO "PATER IS EST".....	57

8.1.1. A PRESUNÇÃO DA ANTIGUIDADE ATÉ A ATUALIDADE.....	57
8.1.2. NOÇÕES GERAIS.....	60
<b>9. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.....</b>	<b>65</b>
<b>10. A VERDADEIRA PATERNIDADE.....</b>	<b>68</b>
10.1. PATERNIDADE BIOLÓGICA.....	68
10.2. POSSE DO ESTADO DE FILHO.....	70
10.2.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	70
10.3. A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA.....	71
<b>11. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....</b>	<b>74</b>
11.1. NOÇÕES GERAIS.....	74
11.2. EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE.....	82
<b>12. CONFLITO JURÍDICO ENTRE A LEI A E JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>85</b>
12.1. RECONHECIMENTO DE FILHO DE MULHER CASADA.....	87
12.2. A CESSAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.....	90
12.3. A ANULABILIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO PELA FALSIDADE IDEOLÓGICA.....	91
12.4. A POSSE DO ESTADO DE FILHO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	94
<b>13. A VERDADE BIOLÓGICA E A VERDADE JURÍDICA FRENTE À PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA.....</b>	<b>96</b>
<b>14. A PATERNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS.....</b>	<b>98</b>
14.1. A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS.....	99
14.2. A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	100
14.2.1. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O FILHO, NO CASO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO ANTERIOR.....	102
<b>15. CONCLUSÃO.....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

Sempre houve em nosso ordenamento jurídico, e em diversos ordenamentos espalhados pelo mundo, dificuldades para se atribuir a paternidade a alguém.

Mais especificamente a legislação brasileira anterior (Código Civil de 1916), o qual foi seguido pelo atual Código Civil, influenciado pelo direito romano, adotou uma postura eminentemente patriarcal e um sistema de presunções para se determinar a paternidade. Com isso, determinava-se a condição de pai a uma pessoa que a lei indicava presumivelmente ser o pai.

É a denominada presunção “pater is est”, que consiste em se atribuir a paternidade de filho concebido pela mulher na constância do casamento ao marido dela.

A presunção de paternidade foi criada, principalmente, no intuito de proteger a família, evitando que se acabasse com o matrimônio pelo fato do filho não ter como pai o marido da mãe. Sustentando-se uma situação que muitas vezes não correspondia à realidade.

Outra questão importante na família brasileira, é que foram criadas diversas classificações de filhos, distinguindo-os. Assim os filhos seriam legítimos, legitimados e ilegítimos, os filhos legítimos eram os filhos nascidos na constância do matrimônio de pais casados entre si, e auferiam os benefícios dessa condição. De outra parte os ilegítimos, eram os filhos nascidos de genitores não casados entre si, e eram subdivididos em naturais e espúrios, e estes, por sua vez, sofriam uma nova divisão, qual seja, eram incestuosos ou adúlteros. Por fim, os legitimados eram aqueles inicialmente ilegítimos, mas que pelo casamento, entre si, de seus genitores, ganhava a condição de filho legitimado. Tal diferenciação foi adotada pelo Código Civil de 1916.

Esta situação perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, momento em que diversos institutos do direito de família foram modificados radicalmente. Por intermédios dos artigos 226 e 227, a Constituição estabeleceu a igualdade entre cônjuges (art. 226, § 5º), diferentemente do Código Civil de 1916

que dava ao homem o posto de chefe da sociedade conjugal; proibiu a diferenciação entre filhos (art. 227, § 6º), como ocorria na legislação anterior; reconheceu novas formas de família, como a união estável e a família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º).

As legislações que se seguiram à Constituição Federal de 1988, sob pena de vício de inconstitucionalidade, adotaram todos os preceitos nela definidos. Principalmente a lei 8069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que garantiu ao filho o direito de, a qualquer momento, buscar a verdadeira paternidade, esta entendida como a paternidade biológica (art. 27).

Permitiu-se a busca da paternidade real ou biológica em detrimento da paternidade registrária ou jurídica, pois com o avanço da tecnologia e da medicina genética foram criados diversos meios de se comprovar a paternidade biológica, não mais necessitando de se determinar a paternidade com base em presunções legais, que, todavia, subsistem em nosso ordenamento.

Dentre tais métodos, criados para se definir a paternidade real, a principal descoberta foi o exame de DNA, que permite a certeza quase absoluta da paternidade.

No entanto, a permissão legislativa, avalizada pela doutrina e pela jurisprudência, concedida ao filho para buscar a sua real descendência, isto é, o direito do filho de buscar o reconhecimento jurídico da existência de uma pessoa com vínculo genético com ele, trouxeram diversas novas situações para a família brasileira. Pois, com o reconhecimento do novo pai, o filho perde o vínculo com o pai registrário, ou seja, com a pessoa que lhe registrou, dando-lhe um nome.

Diante de tal situação, é como se não houvesse tido qualquer vínculo entre pai e filho, durante o tempo em que este permaneceu registrado. E isso traz diversas implicações para ambos, pois o pai registrário não poderá pleitear alimentos do filho, caso necessite; não poderá herdar do filho; o pai perderá o poder familiar caso o filho seja menor, etc...

Assim, não é justo a legislação não estender qualquer proteção ao pai registrário, tendo em vista que foi ele quem educou, cuidou, ensinou, amou o filho até a extinção do vínculo, e, quiçá, mesmo após vê-lo extinto.

Haja vista o avanço da ciência e o desenvolvimento da sociedade brasileira, vem sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência uma nova forma de paternidade, qual seja, a paternidade sócio-afetiva, que é baseada no instituto da posse do estado de filho.

Essa nova visão fundamenta-se no fato de que a paternidade não pode ficar restrita ao vínculo biológico existente entre duas pessoas, porque o simples reconhecimento da paternidade real não cria uma relação afetiva entre pai e filho. Ressalte-se que o afeto, o carinho e o amor não decorrem simplesmente da biologia e, muito menos, não nasce de uma sentença de reconhecimento da paternidade. Os laços de afeto derivam da convivência e não apenas da paternidade consangüínea.

Este trabalho visa demonstrar situações existentes com relação à paternidade biológica, à jurídica e, mais modernamente, à sócio-afetiva. Assim deve definir qual paternidade deve prevalecer quando houver conflito entre a biológica ou a registrária. Deve, ainda, elucidar a questão de quem é realmente pai de uma criança, isto é, a pessoa que cuidou ou a pessoa que gerou um novo ser. Além disso, busca definir a justiça da eventual perda do vínculo existente entre pai jurídico e filho, para que seja reconhecido um novo vínculo entre ele e o pai biológico.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, buscando a compreensão geral do instituto da paternidade por meio de comparações de textos, jurisprudências e legislações brasileiras e portuguesas, que cuidam da matéria sob exame.

# 1. O INSTITUTO DA FAMÍLIA

## 1.1. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Desde os primórdios da humanidade até os tempos atuais a família foi um dos organismos sociais que mais sofreu evolução.

Assim, a família como estrutura é atualmente muito distante das civilizações do passado. No surgimento das primeiras civilizações, dentre elas a assíria, hindu, egípcia grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade basicamente ampla e hierarquizada, diferente do que acontece modernamente, em que é quase exclusivamente relacionado aos pais e filhos menores que vivem sob o mesmo teto.

No estado primitivo das civilizações a família não se assentava em relações individuais, pois as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que compunham a tribo, era a chamada endogamia. O que acontecia era que a mãe era conhecida, mas o pai, de modo inverso, não. Por isso alguns dizem que no início a família era eminentemente matriarcal, tendo em vista que somente a mãe criava e educava o filho. Todavia essa promiscuidade não é confirmada em todas as civilizações, sendo pouco provável sua ocorrência em nível global.

Em período posterior da civilização humana, as guerras, a carência de mulheres e talvez a inclinação natural levaram os homens a buscarem mulheres em outras tribos. E isso, confirmam os historiadores, seria a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia).

Disso nasce uma das características atuais do ente familiar, qual seja, a exclusividade, decorrente de relações individuais e conseqüentemente a monogamia. Claro que não em todas as nações atuais, haja vista que algumas preservam a característica poligâmica, dentre elas os países do Oriente Médio.

A monogamia tem papel fundamental no impulso social em favor da prole, pois faz surgir o poder dos pais sobre os filhos, hodiernamente denominado poder familiar. Faz surgir, ainda, a produção econômica que era realizada pelos grupos

familiares em seus lares; esta situação somente seria revertida com a Revolução Industrial.

A finalidade principal do casamento era a procriação, sendo admitida em algumas civilizações que o homem tivesse uma segunda mulher quando a primeira não pudesse conceber um filho. Mesmo nessa situação o casamento não perdia seu caráter monogâmico.

No direito romano a família era baseada na religião doméstica e no culto dos antepassados. O elo de ligação familiar independia do afeto natural existente entre os componentes do grupo familiar, mas sim pelo fato de cultuarem os mesmos deuses e antepassados. A família existia basicamente para a perpetuação do culto familiar. E a alguém seria conferido o poder de manter a união familiar, no caso “o pater”, que tinha um poder quase supremo sobre a mulher, os filhos e os escravos. Era ele quem dirigia o culto.

Somente o homem podia ser o chefe do culto familiar. A mulher não poderia ser continuadora do culto, porque quando contraísse núpcias iria cultuar os antepassados de seu marido e não mais os de seu pai. Surgiu com isso a adoção, que possibilitava àquelas famílias que não tivessem gerado um varão que adotassem um e a este seria conferido o poder de conduzir a família. Esta situação demonstra claramente que a família independia do laço sangüíneo ou afetivo entre os seus membros, o que era importante é que existisse uma pessoa que pudesse seguir a religião doméstica. É o que informa Fustel de Coulanges (apud VENOSA, 2003, p. 19):

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.

O celibato era considerado uma desgraça, haja vista que colocava em risco o culto doméstico. Além disso, o filho deveria ser fruto de um casamento religioso para se prestar a continuar o culto; o filho bastardo não poderia continuar a religião familiar.

Com o advento do Cristianismo o casamento foi instituído como sacramento, dando-se importância à comunhão espiritual entre os cônjuges, e não admitindo as uniões livres entre homem e mulher. Disso decorre que a família era ligada basicamente a partir do casamento.

O Casamento guardava ainda a conotação religiosa, que somente seria superada mais modernamente com a separação do Estado e da Igreja, possibilitando às legislações transformarem o casamento num fato a ser regulado pelo sistema jurídico.

A Igreja Católica, mais precisamente no ano de 1563, editou o denominado Concílio de Trento, impondo a observância de determinadas solenidades indispensáveis para a validade do casamento católico, assim como a livre manifestação de consentimento pelos nubentes, a presença do pároco celebrante e de duas testemunhas, e tais concepções vigoram até os dias atuais. Aliás, ainda hoje em alguns países se confere ao casamento religioso o status de casamento oficial, não necessitando da celebração do casamento civil para ter validade.

Modernamente, no Brasil, em 11 de setembro de 1861, foi instituído o casamento acatólico, destinado a pessoas que pertenciam a crenças cristãs diversas da católica. E dois anos após, em 17 de abril de 1863, foram fixados três formas de casamento no direito pátrio, o católico, com fundamento no Concílio de Trento; o casamento misto, celebrado entre uma pessoa católica e uma não católica, e realizado segundo as normas do casamento católico; e, por último, o casamento acatólico, destinado a nubentes não católicos.

O casamento civil somente foi introduzido em nosso ordenamento em 24 de janeiro de 1890, posteriormente ao nascimento da República, ocorrido em 1889.

Tais preceitos foram incorporados pelo Código Civil de 1916, o qual estabelecia ser a sociedade conjugal comandada pelo cônjuge-varão. Estabeleceu-se o casamento civil como regra, mas dando alguma conotação jurídica ao casamento religioso. A mulher casada não tinha capacidade jurídica plena e as decisões relativas à família eram submetidas ao poder do marido. O casamento era indissolúvel.



Com a evolução da sociedade brasileira, a partir da metade do século XX, começou-se a ultrapassar algumas barreiras que haviam sido inspiradas no direito canônico. Assim, em 1962 é promulgado o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121) acabando com a incapacidade relativa da mulher casada. Ainda assim, não havia uma igualdade entre o homem e a mulher no tocante ao poder de administrar a família e conseqüentemente os filhos menores.

Após, no ano de 1977, é editada a lei do divórcio, acabando com a indissolubilidade do casamento; tornando possível a quem desejasse por fim ao vínculo jurídico de relação matrimonial que lhe prendia a outra pessoa, e lhes abrindo a oportunidade para uma nova união conjugal. Essa lei nada mais fez do que permitir juridicamente algo que já era realizado de fato. Evidentemente havia um vínculo oficial de casamento, mas as pessoas se separavam extra-oficialmente e passavam a viver com outra ao arrepio da lei.

## **1.2. A FAMÍLIA COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL**

A família, como visto, estava direta e umbilicalmente unida à existência legal do casamento, tanto que a família poderia ser classificada em legítima ou ilegítima dependendo da existência dos vínculos de oficialidade dados pelo Estado.

Diante dessa visão, a família, para ganhar status de legitimidade e, com isso, proteção estatal, haveria de ser oficial, isto é, haveria de formar-se segundo os ditames da legislação civil. Qualquer outra forma de união não seria considerada família legítima, mesmo havendo ligação de pessoas por algum vínculo de afetividade e solidariedade, era a família ilegítima. E isto acontecia também com os filhos que era considerados legítimos ou ilegítimos dependendo dos pais serem casados ou não. Havia uma evidente desigualdade no tratamento dado pela lei aos filhos de pai casados e aos filhos de pais não casados.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma transformação nessa situação. O Estado, diante da constante evolução da sociedade brasileira reconheceu outras formas de família além do casamento. Com fundamento nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana,

a Constituição nada mais fez do que, genericamente, regular e amparar juridicamente algo que de há muito existia de fato.

Foi reconhecido que a família independia do casamento para existir, conforme ensina Francisco José Ferreira Muniz (apud TEIXEIRA apud VENOSA, 2003, p. 30):

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

Na nova visão estatal, a família é o instituto que promove a dignidade humana e merecedora de atenção e proteção especial para que, de forma objetiva, alcance sua finalidade. O Estado estabeleceu uma forma mais complexa e abrangente para tutelar as relações familiares, dando efeito jurídico às relações delas advindas ou, em outras palavras, reconheceu as conseqüências jurídicas do que antes era reconhecido apenas de fato. Tirou da marginalidade as relações familiares advindas de uniões extramatrimoniais.

A instituição familiar, dessa maneira, perdeu aqueles modelos pré-concebidos por legisladores civilistas, deixando seu âmbito demasiadamente privado, com escopos individualistas, transfigurando-se para o ramo de interesses públicos, com vistas exclusivamente à sociedade.

Conforme salienta Rosana Amara Girard Fachin (2001, p. 68):

Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional esculpido pela constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios da promoção da dignidade humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros. Desse modo, o antigo codificado Direito de família migrou para a Constituição, configurando-se nesse espaço, como direitos fundamentais da família. A partir dessa mudança, esses direitos moldam um novo ordenamento jurídico aplicável à família.

Nesse diapasão, a Carta Magna, em seus artigos 226 e 227, acabou por ampliar o conceito de família, vindo a contemplar o reconhecimento estatal da união estável, da família monoparental, da isonomia de direito entre os cônjuges e da igualdade jurídica de todos os filhos. Essas foram as principais conquistas da nova família brasileira com a Constituição Federal de 1988, que para a doutrina resultou num rol de princípios constitucionais. Essa a visão de José Sebastião de Oliveira (2002, p. 273):

São princípios constitucionais do Direito de Família previstos na atual Constitucional Federal a proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, § 5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º); assistência do estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever de assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

Dentre as novas formas de família, ou entidade familiar, reconhecidas pela Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, está a união estável, que nas palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 315) “consiste numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil”. Anteriormente a união estável era denominada concubinato. Com o advento do Novo Código Civil, o concubinato agora se refere à união de segunda classe, ou àquela para a qual há impedimento para o casamento. Segundo o artigo 1727 as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de se casar, constitui concubinato.

A união estável, então, perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da lei 9278/96, o qual regulamentou o disposto no artigo 226, § 3º da C.F., passa a reconhecer a existência da família constituída informalmente, facilitando sua conversão em

casamento, desde que se verifique entre os conviventes de sexos opostos a ausência de matrimônio civil válido, ausência de impedimentos, a existência de uma união duradoura e contínua com interesse em constituir uma família, convivência notória e fidelidade recíproca, conforme prevê o artigo 1º da referida lei.

Diante disso, o Estado atribui maior liberdade à constituição da família, permitindo que mesmo não havendo o matrimônio possa existir uma entidade familiar. Sendo oriunda de relação de fato ou de casamento solene, a família terá a mesma proteção.

Ressalta-se, porém, que o reconhecimento da união estável não constitui estímulo às uniões livres, mas sim um reconhecimento legal de mais uma forma de família, que não a constituída apenas pelo matrimônio.

Outra forma de família reconhecida pela Constituição é a chamada família monoparental. A C.F., no artigo 226, § 4º, a conceitua como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Tal estrutura familiar foi adotada pelas legislações que se seguiram à Carta Magna, especialmente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), que disse ser família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25) e nessa última parte, seria a família monoparental.

A doutrina conceitua a família monoparental. Para Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 22), “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças.”

A família monoparental pode nascer, portanto, do divórcio e da separação judicial, da ruptura da união estável, da viuvez, das adoções por apenas uma pessoa e dos celibatos paternos e maternos voluntários ou involuntários. Nesses casos atingirá o cerne para a constituição da família monoparental, em que apenas uma pessoa vive com seus descendentes.

Eduardo Oliveira Leite (1997, p. 21) ressalta ainda:

A admissão pela sociedade e pelo Direito, da pluralidade de modelos familiares tornou-se indiscutível a partir do momento em que, ao lado da

família tradicional – desejada como modelo único pelo legislador – desenvolveram outras modalidades familiares fundadas sobre o concubinato ou organizadas sobre a vontade de criar uma família unilinear (mães solteiras), ou mesmo em decorrência de uma separação (libertando-se de um marido ou companheiro incômodo), igualmente geradora da monoparentalidade (embora a criança tenha pai e mãe, o só fato da separação obriga-a a viver isoladamente com um deles).

Nessa linha de pensamento, a família monoparental será unilinear, quando a criança descender apenas de um dos genitores, desde a origem, ou após a extinção de um vínculo de filiação da família bilinear.

Sinteticamente falando, a monoparentalidade e a união estável, são espécies do gênero família. Por esse motivo, devem obter toda proteção jurídica estatal necessária.

Além do reconhecimento de outras formas de família, a Constituição, como já mencionado, estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher (artigo 5º, inciso I) e, também, a isonomia entre os cônjuges ao dizer que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (artigo 226, § 3º).

Antes da vigência dos referidos dispositivos constitucionais, tanto nosso ordenamento jurídico quanto os costumes da época consideravam a mulher um ser inferior ao homem. Quando solteira, a mulher era dominada pelo pai, e após o casamento, era submetida às ordens do marido, a quem devia total obediência. A sociedade colocava a mulher sempre em segundo plano, era uma incapaz em todos os sentidos. Tinha ela apenas o dever de cuidar dos filhos, do marido e do trabalho doméstico.

O Código Civil de 1916, com sua redação original, em diversos artigos, deixava clara a incapacidade da mulher, ao mencionar que os atos jurídicos por ela praticados só teriam validade se submetidos à concordância do cônjuge varão. Determinava, ainda, que o pátrio poder e a chefia da sociedade conjugal cabiam ao homem, não podendo a mulher interferir.

Surgiu, então, em 1962, a lei 4121, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, que outorgou à mulher a condição de colaboradora do marido, tendo em vista que ambos visavam um mesmo objetivo, qual seja, o bem-estar do casal e dos filhos. O pátrio poder passa, dessa forma, a ser exercido em conjunto pelo

homem e pela mulher, a qual passa também a colaborar na administração do patrimônio da família. Referido estatuto, em seus dispositivos, autorizou também a mulher a exercer a profissão que quisesse fora do lar, o que lhe proporcionava uma autonomia econômica e franqueava-lhe o direito de constituir um patrimônio reservado, administrado livremente por ela, permitindo-lhe dispor, como bem entendesse, do produto de seu esforço laboral, podendo até defender a sua parte no acervo comum contra credores do marido; permitindo-lhe que, em conjunto com o cônjuge, escolhesse o domicílio conjugal, determinou que a mulher não necessitava de autorização marital para praticar atos da vida civil, dispôs que a mulher, qualquer que fosse o regime de bens, concorreria para o sustento da família e prescreveu, ainda, que poderia administrar os bens dos filhos, se assim fosse deliberado pelo casal.

Todavia, diante de tantos direitos assegurados, a sociedade e a lei, de uma certa forma, ainda continuaram inferiorizando a mulher, pois ela ainda dependia da permissão do homem para tomar várias decisões em sua vida civil.

Portanto, a mulher não havia atingido a igualdade que ela merecia e almejava.

Tal igualdade jurídica somente veio a ocorrer em 1988, com o advento da Nova Constituição Federal, que acabou por revolucionar a sociedade conjugal, até então baseado no comando marital.

Com isso, a novel Constituição acabou por não recepcionar diversos dispositivos do Código Civil de 1916, que estabeleciam a superioridade do homem frente à mulher. Desaparece dessa forma o poder marital e a autocracia do chefe de família, que são substituídas por um sistema em que as decisões devem ser tomadas em comum acordo entre os conviventes ou cônjuges. Surge a denominada co-gestão da sociedade conjugal. Em outras palavras, o homem já não é mais o chefe da sociedade conjugal, ou seja, não há mais superioridade legal, e sim uma divisão de deveres e direitos.

Outro avanço na família brasileira promovida pela Constituição foi igualar a posição jurídica dos filhos, sejam eles concebidos dentro ou fora do casamento. Suprimem-se as expressões filhos ilegítimos e legítimos; todos são filhos e terão direito a pedir alimentos e à herança do seu genitor em igualdade de condições.

É o que vem disposto no artigo 227, § 6º, o qual conclama que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos foi consagrado pelo nosso direito positivo, porque, no que diz respeito ao nome, poder familiar e sucessão, não se pode fazer qualquer distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotivos.

Nosso ordenamento também, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, passou a permitir o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, proibiu que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e vedou designações discriminatórias relativas à filiação, de modo que a única diferença entre categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento, logo só se poderia falar em filho matrimonial e não matrimonial, reconhecido e não reconhecido. (DINIZ, 2002, p. 20).

Ressalte-se, todavia, que a lei não permite tratar igualmente os desiguais, mas sim, que se promova o tratamento desigual aos desiguais para que, com o tratamento diferenciado, possam eles alcançar a igualdade. Em resumo, a Constituição Federal apenas impediu a discriminação entre os filhos, mas de forma alguma, impõe seja dispensado tratamento idêntico a ambas as categorias de filho.

## **2. FILIAÇÃO**

### **2.1. NOÇÕES GERAIS**

O termo filiação deriva do latim “filiatio”, traduzindo-se pela relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, gerando o estado de filho.

A filiação, todavia, nem sempre decorre da consangüinidade, ou seja, de laços consangüíneos entre pai e filho. Além da filiação civil estabelecida por meio do instituto da adoção, hoje, temos a inseminação artificial homóloga v.g., o marido pode depositar seus espermatozóides em um banco de sêmen e, após meses ou anos e até mesmo após sua morte, pode a esposa, sendo artificialmente inseminada com o respectivo espermatozóide, vir a dar à luz a um bebê ou heteróloga, quando é feita em mulher casada ou convivente, com espermatozóides de terceiros e, também a fertilização "in vitro" ou na proveta, em que o óvulo da mãe é extraído do ovário, fecundado em tubo de ensaio com esperma de seu pai e, após algum tempo, colocado novamente no útero da mãe.

Quando relacionada à mãe, chamamos a filiação de materna e quando considerada com respeito ao pai, entende-se por filiação paterna. Ocorre, porém, que a doutrina costuma empregar a expressão paternidade em sentido amplo, englobando tanto a paternidade como a maternidade.

### **2.2. A FILIAÇÃO NO DIREITO ROMANO**

No direito romano, os filhos eram classificados em legítimos, quando os pais eram casados entre si; ilegítimos, quando oriundos de relações extraconjugais, subdividindo-se este último em espúrios e naturais. E essa diferença entre os filhos era importante para saber quem poderia ser continuador do culto familiar.



Devemos ter em mente, aliás, que a principal finalidade da procriação no direito romano era a de gerar um homem que pudesse continuar o culto familiar e prosseguir com as oferendas aos antepassados.

Com isso, as famílias romanas repudiavam os filhos ilegítimos, pois entendiam que estes não poderiam desempenhar o papel de filho determinado pela religião, e, portanto, não poderiam ser continuador do culto doméstico.

O laço de sangue isolado não constituía para o filho ilegítimo a família. Esta somente era constituída se fosse fruto do casamento dos pais, só teria laço sanguíneo reconhecido se efetivamente fosse derivado do matrimônio de seus genitores.

Nesse diapasão, se não houve a formalidade do casamento entre os genitores, na antiga Roma, na Grécia e na Índia, o recém-nascido ilegítimo não integrava a família e o seu nascimento se constituía tão somente num laço físico.

O filho ilegítimo não possuía posição definida no grupo familiar, não participava dos atos sacros e não podia sequer fazer orações. Era considerado, simplesmente, o portador dos erros e pecados dos seus pais que violaram o sistema estatuído, gerando um filho de forma contrária à moral e à religião. Ainda mais grave era a situação do filho ilegítimo adulterino, que sequer podia ser enterrado no túmulo familiar ao lado dos demais membros da família.

Os filhos ilegítimos eram subdivididos em espúrios e naturais. Os filhos ilegítimos espúrios podiam ser conceituados como aqueles advindos de pais impedidos para o casamento em razão de adultério e incesto. Já os filhos ilegítimos naturais eram aqueles nascidos de pais que viviam em relação concubinária, sem impedimentos civis para o casamento.

Durante o período em questão, a situação do filho espúrio era circunstância de absoluto desprestígio, tendo em vista que o direito romano não admitia a investigação de paternidade, impedindo o filho espúrio de buscar seu reconhecimento pelos meios judiciais.

Procurando amenizar essa situação de inferioridade dos filhos espúrios, o direito romano, por meio do instituto da adoção, passou a permitir a entrada do filho ilegítimo no seio familiar, colocando-o em condições de igualdade com os demais irmãos.

Durante o período de vigência da Lei das XII Tábuas e até a época de Constantino, os filhos havidos da relação concubinária não detinham direitos à alimentos e à sucessão paterna. Somente vieram a conseguir tais direitos com Justiniano, no ano de 539, permitindo-lhes a sucessão “ab intestato” (sem deixar testamento), bem como se atribuiu ao genitor a obrigação de prestar alimentos.

Passou-se, também, a permitir a possibilidade de legitimação dos filhos ilegítimos naturais, após subseqüente casamento dos pais, entendendo-se que o casamento posterior dos pais normalizava as relações familiares entre marido e mulher, reabilitando-se o filho tido como ilegítimo.

Somente na última fase do direito romano é que os filhos naturais, havidos de uniões concubinárias, foram equiparados aos legítimos.

Já os filhos espúrios, quais sejam, os adulterinos e os incestuosos, não foram atingidos pelo referido benefício, permanecendo impedidos de suceder ao pai falecido “ab intestato”, isto é, sem deixar testamento, não tendo também direitos a alimentos.

Assim os filhos espúrios, no direito romano, não tinham juridicamente um pai, nem era possível o seu reconhecimento. No entanto, a mãe era sempre certa e tinha obrigação de alimentá-lo.

### **2.3. A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

A filiação no direito brasileiro pode ser dividida em dois períodos distintos, um anterior e outro posterior à Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 1916, adotando as regras do direito romano, classificava os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Os filhos legítimos, segundo a redação original do artigo 337, eram aqueles que no momento da concepção, pai e mãe se achavam vinculados por casamento, ainda que posteriormente anulado ou mesmo nulo, para tanto bastava que fosse contraído de boa-fé.

Os filhos legitimados eram aqueles que concebidos por pai e mãe não casados, mas que eram legitimados pelo casamento subsequente dos pais, o qual reabilitava os filhos e os equiparava aos filhos legítimos.

A legitimação era um benefício dado pela lei, concedendo a condição de legítimo ao filho originariamente ilegítimo. Mas, para que tal ocorresse, era necessário, após o nascimento da criança, o casamento dos pais. Era necessário, também, que os genitores não fossem anteriormente casados com terceiros e que não trouxessem consigo nenhum outro tipo de impedimento. Somente dessa forma, os genitores poderiam reparar seu erro e reabilitar o filho perante a sociedade. Por esse motivo, a legitimação era considerada uma obra solidária dos pais para com os filhos.

Para Maria Helena Diniz (2002, p. 386) a finalidade da legitimação era:

a) dar ao filho legitimado a mesma situação jurídica do filho legítimo, pois, pelo art. 352 do Código Civil de 1916, “os filhos legitimados são, em tudo equiparados aos legítimos”, no que concerne aos direitos pessoais (nome, pátrio poder) e patrimoniais, mesmo sucessórios (CC de 1916, art. 1.605, e CF/88, art. 227, § 6º), e aos deveres durante a vida ou depois da morte dos pais; b) estabelecer, ainda, o parentesco legítimo em linha reta, não só entre o filho legitimado e seus genitores, mas também com os demais parentescos dos pais.

Por fim existiam os filhos ilegítimos, que se subdividiam em filhos naturais e espúrios.

Os filhos ilegítimos naturais, que não se confundem com a filiação natural consangüínea, eram aqueles nascidos de pais que, à época da concepção, não portavam nenhum tipo de impedimento matrimonial decorrente de parentesco (artigo 183, I a V, do Código Civil de 1916) ou de casamento anterior (artigo 183, VI, também do Código Civil de 1916).

Em síntese, filhos ilegítimos naturais nada mais eram do que os filhos de pais que viviam, em concubinato, não apresentando nenhum impedimento para o casamento válido.

Veja o que proclama o eminente Orlando Gomes (2002, p. 308):

Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condições superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse status com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito.

De outra parte os filhos ilegítimos espúrios eram aqueles oriundos da união de homem e mulher impedidos para o casamento na época da concepção da criança. Tal impedimento decorria do laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados, tanto um como os dois genitores, com outra pessoa,

Com isso surgiu uma subdivisão dos filhos espúrios em adúlteros e incestuosos.

Os filhos ilegítimos espúrios adúlteros eram os nascidos de pessoas impedidas de se casarem, em virtude de já serem casadas com terceiros (artigo 183, VI, do Código Civil de 1916). A adúlterinidade poderia ser bilateral ou unilateral. Sendo assim, o filho seria adúlterino “a patre”, se gerado por homem casado e mulher solteira, viúva ou divorciada, após 1977, e, da mesma forma, “a matre”, se fosse a mulher casada.

Os filhos ilegítimos espúrios incestuosos seriam os nascidos de pessoas impedidas de seu unirem por casamento válido em razão de haver entre eles parentesco, seja ele natural, civil ou afim (artigo 183, incisos I a V, do Código Civil de 1916), na linha reta até o infinito e na linha colateral até o 3º grau. Ressalte-se que o filho incestuoso não poderia ser beneficiado pela legitimação, tendo em vista que o impedimento matrimonial subsistia a todo tempo, mas teria todos os demais direitos, proibindo-se qualquer discriminação caso fosse reconhecido.

Nas palavras de Orlando Gomes (2002, p. 308), o caráter incestuoso da filiação tem que se apresentar no momento da concepção. Se o impedimento matrimonial surge depois, o filho será simplesmente natural.

Essas classificações consagradas no direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 eram por demais discriminatórias.

Somente com o nascimento da Carta Constitucional, no ano de 1988, em seu artigo 227, § 6º, já mencionado, acabou-se com a diferença entre os filhos, proibindo definitivamente quaisquer designações discriminatórias com relação à situação dos filhos, reconhecendo a ampla igualdade, quer sejam os filhos

biológicos, havidos na relação de casamento ou não, quer os não-biológicos, que integram a categoria dos adotivos.

Assim, não mais subsiste a distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos. O artigo 332 do Código Civil de 1916, que dispunha a respeito, não foi recepcionado pela Constituição. As legislações que se seguiram à Constituição já abordavam a norma visão do direito brasileiro em relação aos filhos, em especial a lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 26) e, principalmente com a lei 8560/92, que permite o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio. Não foi recepcionado também o artigo 358 do mesmo Código, que estabelecia referidas discriminações.

Surge, então, apenas para fins didáticos, a classificação dos filhos em matrimoniais e extramatrimoniais.

Os filhos matrimoniais são os concebidos na constância do casamento, ainda que nulo ou anulado e os extramatrimoniais concebidos fora do matrimônio.

Dessa forma, para que a filiação seja considerada matrimonial, o casamento dos pais deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também à sua concepção, pois o momento determinante da classificação matrimonial ou não matrimonial é justamente o momento da concepção da criança.

Ocorre, porém, que o filho pode vir a ser concebido antes do casamento e nascer após a regularização da situação matrimonial. Nesse caso, a filiação será considerada matrimonial, tendo em vista que se presume a concepção do filho durante a constância do casamento, desde que nascido até 180 dias após a convivência ou dentro de 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.

Em resumo, a filiação será matrimonial se o filho nasceu após a dissolução ou anulação do casamento, desde que tenha sido concebido na constância deste, seja ela válido, nulo ou anulável. Será matrimonial também se foi concebido antes da celebração do ato nupcial e nascido na vigência deste.

Já a filiação não-matrimonial, diferentemente, decorre das relações extramatrimoniais dos genitores.

Juridicamente, os filhos, serão apenas matrimoniais e não matrimoniais, esta última classificação levando-se em consideração que filhos fora do casamento sempre houve e sempre haverá. Esta classificação reflete uma realidade fática, sem discriminar as crianças nascidas do relacionamento de pessoas não casadas, isto é, independentemente da forma de concepção.

### 3. PODER FAMILIAR

#### 3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O Pátrio-poder, Poder Familiar ou, ainda, Poder Parental, como é chamado por alguns doutrinadores, é um dos institutos civis mais antigos da história da humanidade, ultrapassando as fronteiras culturais mais conhecidas da civilização humana.

Como é cediço o atual direito de família foi fortemente influenciado pelo Direito Romano, o qual deu ao instituto um papel predominante na proteção da criança e do adolescente no ambiente familiar. Todavia o instituto do pátrio-poder tinha uma conotação diferente da que conhecemos atualmente, pois no direito romano indicava o poder que o pai tinha sobre seus filhos, e hoje, diferentemente podemos defini-lo como o conjunto de direitos e obrigações que os pais tem perante os filhos.

Na antiga Roma, o pátrio poder tinha a função de sustentáculo da família patriarcal e era exercido pelo “pater famílias”, esse poder era exercido sobre tudo e sobre todos do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, e qualquer outra pessoa que estivesse ligada à grande família. A “patria potestas” representava um poder incontrastável do chefe de família, dentre tais poderes poderia decidir sobre a venda e, também, sobre a morte e vida dos filhos. Estes não tinham capacidade de direito, sendo considerados “alieni júris”. O patrimônio era todo do “pater” e os filhos não possuíam bens próprios. O pátrio poder tinha uma conotação religiosa e o “pater famílias” era o condutor da religião doméstica, mas não tinha apenas essa obrigação, conduzia também todo o grupo familiar. Esse poder que lhe era conferido era vital para manter a união do grupo familiar, que, por sua vez, era a base do Estado. Sua autoridade não tinha limites, tendo o direito sobre a vida e a morte dos membros da família, como já dito. Relembremos que a família era composta pelas pessoas com vínculos sangüíneos e também pelos agregados e escravos. Tinha o “pater” o poder de punir quaisquer dos membros do grupo familiar.

Esses poderes absolutos do pai começaram a ser restringidos com o surgimento da Lei das XII Tábuas, no período de governo de Justiniano; acabava-se, assim, o direito do “pater” de decidir sobre a vida e a morte dos filhos, dando-se ao pai apenas o direito de corrigi-los (*ius domesticæ emendationis*).

Nessa época permite-se ao filho que adquira o pecúlio castrense, propriedade de bens adquirida e decorrente de atividade militar, acabando com o conceito de que os filhos não poderiam ter bens próprios e que estes deveriam ser de seu genitor.

O sistema romano foi mantido nos países em que o direito era escrito e consagrava a predominância do pai sobre o filho, atribuindo-lhe um poder supremo em face de seus descendentes. Contrapondo-se ao regime romano, vigorava entre os países que adotavam o direito costumeiro, dentre eles o germânico, uma orientação diferente, sendo a autoridade paterna estabelecida em benefício do filho, como medida de proteção deste.

Ato seguinte na história da humanidade, com o nascimento de Cristo e conseqüente surgimento do Cristianismo, houve uma suavização dos costumes, resultando em uma conjugação dos sistemas romano e germânico, onde foi imposto ao pai o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural, quanto moral e religiosa da prole.

Na França, antes do Código de Napoleão, não existia posição definida sobre o pátrio poder, já que na Região Sul, dominada pelo direito escrito, de tradição romana, predominava o direito do pai em detrimento do filho, enquanto no norte, ao contrário, preponderava a tradição germânica, onde a autoridade paterna era estabelecida em benefício do filho. Assim na França não existia um regime único para regular as relações familiares de poder do pai sobre os filhos, o qual foi suplantado com o advento do Código de Napoleão, onde ficou prevista a preferência às normas do direito costumeiro, que vigorava no norte do país, passando-se o pátrio poder a ter o sentido de proteção, ao invés da dominação de origem romana.

### **3.2. O PODER FAMILIAR NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO**



Em Portugal durante a vigência das Ordenações Afonsinas, que tinham certa conotação feudal, diferentemente das Ordenações Manuelinas, que abandonaram os vestígios de propriedade comum, estas concentravam no pai todos os direitos patrimoniais, absolutos, à semelhança do regime romano, demonstrando a preferência do direito do pai em relação ao direito dos filhos. Tais poderes foram abrandados pelo poder do Estado.

Depois vieram, por fim, as Ordenações Filipinas, também contagiadas pelo sistema romano, quanto ao pátrio poder, conforme salienta Sílvio Rodrigues (apud SANTOS NETO, 1994, p. 42), senão vejamos:

O antigo direito lusitano se inspira na orientação romana, mas as Ordenações já acolhem o instituto após importantes abrandamentos que, através dos tempos, sofre em seu rigor. De modo que ao lado de direitos concedidos ao chefe de família, impõem-se-lhe muitos e variados deveres para com seus descendentes.

Evidentemente o pátrio poder já não tinha mais a conotação dos tempos em que houvera sido criado no direito romano, mas, apesar de atenuado, ainda perdurou no sistema um certo caráter autoritário.

É o que ensina Caio Mário da Silva Pereira (apud SANTOS NETO, 1994, p. 42):

... o poder conferido ao pai (exclusivamente ao pai), de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição, administrar o seu patrimônio. A maioria não emancipava o filho, que somente se liberava da sujeição paterna quando cessasse o pátrio poder pelas formas então previstas.

Vê-se, com isso, na legislação portuguesa o poder exclusivo do pai e a vitaliciedade, características essas do sistema romano, o qual tinha sido adotado por ela.

Contudo, o pátrio poder que vigorava no Brasil, no século XIX mostrava-se totalmente ultrapassado, o velho sistema previsto nas Ordenações não mais

satisfazia a sociedade que estava surgindo, principalmente no que tange ao caráter vitalício do sistema romano. Tendo em vista essa situação, no ano de 1831, a maioria é fixada em 21 anos, atingida essa idade ocorria emancipação, pondo termo final à menoridade. Portanto, estava habilitada para todos os atos da vida civil a pessoa com idade superior a 21 anos, não tendo mais a administração da sua vida conferida a seu pai. Em 1890, com advento do Sistema Republicano Brasileiro, o pátrio poder deixa de ser uma prerrogativa exclusiva do varão, já que no Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, foi concedido à viúva o direito sobre os filhos do casal extinto. Evidentemente não se tratava ainda em igualdade de exercício do pátrio poder entre homem e mulher, pois esta só exerceria o poder quando lhe faltasse o cônjuge.

Com o advento do Código Civil de 1916 o pátrio poder já era muito mais limitado que o preconizado no sistema romano, veja o que diz Clóvis Beviláqua (apud SANTOS NETO, 1994, p. 44):

O pátrio poder, segundo o organiza o nosso Código Civil, não é um poder discricionário, a que se não oponham os imperativos da moral, as exigências da vida social orientada pelos ideais da civilização, e os conselhos da higiene, que a sociedade moderna erige em normas obrigatórias do proceder (...) O pátrio poder há de exercer-se dentro das normas éticas e no interesse moral do filho.

Todavia, o direito brasileiro, que havia sofrido forte influência do direito lusitano dava ao homem, e apenas a ele, o exercício com exclusividade do pátrio poder. E isto pode ser verificado pela redação original do artigo 380 do Código Civil de 1916, que atribuía ao homem com exclusividade o poder sobre os filhos menores. Era o cônjuge-varão quem decidia sobre as questões relacionadas aos filhos, pois era ele o chefe da sociedade conjugal. Tal encargo somente seria dado à mulher na falta ou impedimento do pai. Essa disposição evidentemente demonstra a superioridade do homem na condução da família.

A situação foi amenizada com a promulgação da Lei 4.121/61, denominado Estatuto da Mulher Casada, que modificou o artigo 380 do Código Civil, alçando a mulher à prerrogativa de colaboradora do homem nas questões atinentes aos filhos menores. Claro que essa disposição não dava à mulher a igualdade que ela almejava, pois fica claro no § único do artigo 380 que em havendo divergência

entre a opinião da mulher e a do marido, a vontade deste prevaleceria, senão vejamos:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvada à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Somente com o surgimento da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, por meio de seu artigo 226, § 5º, foi estabelecida a igualdade jurídica entre os cônjuges. Passavam o pai e a mãe a ter os mesmos direitos e obrigações na criação dos filhos, o que notadamente refletia a sociedade moderna. E evidentemente o artigo 380 do Código Civil não foi recepcionado pela Lei Maior.

Essa igualdade foi corroborada com o advento das legislações posteriores referentes ao assunto, principalmente com o Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 21, estabelecia ser o pátrio poder exercido em igualdade de condições por ambos os cônjuges, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O novo Código Civil adotou uma nova denominação para o pátrio poder, referindo-se agora a poder familiar (artigo 1.631). Essa diferença de nomenclatura não é apenas algo que surgiu com o Código Civil de 2002 para renomear um velho instituto do direito de família. É sim a constatação de uma situação social que já havia sido declarada pela Constituição Federal de 1988 que proclama a igualdade de cônjuges em seu artigo 227, § 5º.

O que ocorre é que a denominação pátrio poder levava ao entendimento que o conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores pertencia exclusivamente ao cônjuge-varão, o que, aliás, há algum tempo já não era verdade, haja vista a evolução da sociedade.

Além disso, o novel código civil, seguindo a C.F., conferiu a ambos os genitores o exercício do poder familiar e na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade.

E essa igualdade de condições entre o homem e a mulher fica ainda mais evidente quando há divergência entre ambos, pois o parágrafo único do artigo 1631 do novo Código Civil diz que em ocorrendo esta situação a solução deverá ser dada pelo juiz, e este decidirá qual a melhor conduta a ser adotada, sempre tendo em mente a doutrina da Proteção Integral do Menor, previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

### **3.3. CONCEITO**

Há diversas posições doutrinárias sobre o conceito desse instituto. No tempo do império, Lafayette Rodrigues Pereira (apud SANTOS NETO, 1994, p. 49) dizia que “Em sentido legal, o pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho-família”.

Seguindo esse caminho Clóvis Bevilacqua (apud SANTOS NETO, 1994, p. 50) afirmava ser o pátrio poder o complexo de direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos.

Todavia os conceitos mencionados sobre o pátrio poder não previam a figura da genitora, o que, aliás, é fácil de compreender, pois no período em que foram formulados o pátrio poder era reservado exclusivamente ao pai e não à mãe, que hoje sem dúvida alguma exerce em igualdade de condições com o pai. Inclusive isso é que proclama a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, como já vimos.

Com uma nova visão, já se referindo aos pais e não somente ao pai do menor, o professor Washington de Barros Monteiro (apud SANTOS NETO, 1994, p. 50) ensina que “o pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”.

Ocorre que tal conceito ainda não se mostra imune de críticas, pois prescreve aos pais somente obrigações e não direitos.

Para José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 51) se mostra de melhor catadura a posição de outros autores, dentre eles Sílvio Rodrigues, que enunciam o pátrio poder como complexo de direitos e deveres. Segundo eles, no geral e descontando-se pequenas variações de um para outro, o instituto em estudo pode ser conceituado como o conjunto de direitos e obrigações que se atribuem aos pais em relação aos bens e à pessoa do filho menor

Esse mesmo doutrinador assevera que:

De fato, não há que se confundir o pátrio poder com a relação jurídica que existe entre pais e filhos. Essa relação jurídica nada mais é do que o próprio vínculo de filiação, que se estabelece com o nascimento da criança, já que esta nada mais é do que o próprio vínculo de filiação, que se estabelece com o nascimento da criança. O pátrio poder, por seu turno, é, isto sim, um conjunto de direitos e obrigações com respeito à prole que serve de norte, de regulamento até, à relação entre os genitores e os filhos. Deveras, tal relação, vale dizer, o vínculo de filiação, longe de se confundir com o poder paternal, é pressuposto para existência e o exercício deste. Do ponto de vista lógico, o antecede (SANTOS NETO, 1994, p. 51-52).

Há ainda um grupo de autores que buscam salientar o sentido instrumental desse instituto, que é apresentado como um meio de garantir os interesses dos menores e propiciar a sua formação e o seu desenvolvimento, tendo em Maria Helena Diniz a sua mais expoente voz.

Indo além desse conceito, temos Arnaldo Wald (apud SANTOS NETO, 1994, p. 52) dizendo que o pátrio poder “é definido pelo direito contemporâneo como um poder jurídico, ou seja como poder dever, exercido pelo pai e pela mãe, por delegação do Estado, no interesse da família”. Portanto, tenta conceituar o pátrio poder como uma delegação do Estado, ou seja, um múnus público conferido ao particular para que o exerça sobre os filhos e no interesse da família.

Entretanto essa definição encontra resistência, pois na opinião de José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 53) conceituar o pátrio poder como sendo uma delegação do Estado vai contra os antecedentes históricos desse instituto, pois a família, munida no exercício do pátrio poder foi a precursora do nascimento

do Estado, então como o pátrio poder veio antes do Estado não se pode conceber que tal instituto seja uma delegação estatal.

Mas, ainda que não se admita o pátrio poder como uma delegação estatal, o Estado estará sempre presente, intervindo para a tutela dos interesses do menor e de sua proteção, conforme o artigo 227, § 1º, da Constituição Federal.

O conceito dado por Arnaldo Wald acerta quando menciona o fato que o poder familiar há de ser exercido no interesse da família, e isso fica evidente com o instituto do usufruto legal sobre os bens dos filhos ser conferido aos pais quando aqueles ainda forem menores.

José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 55) entende que:

...o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Esse conceito engloba o pensamento mais moderno sobre o instituto do poder familiar, definindo-o como sendo um complexo de direitos e obrigações atribuídos a ambos os pais, no interesse da família e do menor, conforme prescreve a Constituição Federal.

### **3.4. CARACTERÍSTICAS**

O Poder Familiar tem algumas características inerentes ao instituto, quais sejam, a irrenunciabilidade, indivisibilidade, intransferibilidade, imprescritibilidade, temporariedade, exclusividade e, por fim, incompatibilidade com a tutela, as quais passamos a descrever mais detidamente:

a) Irrenunciabilidade. O poder familiar ou poder parental, como dizem alguns doutrinadores é, em regra, irrenunciável, pois se deve levar em consideração que os direitos assegurados aos genitores foram a eles conferidos visando única e exclusivamente ao bem-estar dos filhos e da família e não ao

interesse dos pais. Assim, caso haja alguma cláusula contratual estabelecendo a renúncia do poder familiar, tal disposição será nula de pleno direito.

Contudo há uma exceção admitida por grande parte da doutrina, entendendo que a adoção é uma forma de renúncia, pois mediante declaração escrita ou por termo nos autos, os pais ou responsáveis ao concordarem que seu filho seja adotado por outra família, estariam abrindo mão do poder que lhes foi conferido pela lei. Aliás, a adoção leva ao fim do poder familiar dos pais biológicos e os transfere aos novos pais, adotivos.

Outros doutrinadores enxergam que além da adoção, a emancipação importa, também, em renúncia ao poder familiar. Na emancipação voluntária os genitores do menor decidem pela renúncia ao poder familiar afirmando não haver mais necessidade de manutenção do instituto protetor sobre o filho.

Essa é a opinião do eminente José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 68):

Em face de todo o exposto, é de se deduzir que o pátrio poder não é irrenunciável por natureza. É, isto sim, irrenunciável em regra, o que se explica pela necessidade de evitar que menores fiquem ao desamparo em decorrência da irresponsabilidade paterna. Mas a renúncia é possível em certos casos previstos na lei, como a emancipação e consentimento para adoção contempladas pela legislação brasileira.

Evidentemente nas outras formas de emancipação não se vislumbra a renúncia ao poder familiar pelos detentores do seu exercício. A renúncia pressupõe ato de vontade, o que não ocorre quando o filho se emancipa, se tornando plenamente capaz para os atos da vida civil, por ter comércio sustentado exclusivamente por ele, por exemplo.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 359) vislumbra, ainda, a renúncia ao poder familiar quando os pais praticam atos incompatíveis com o poder paternal.

b) Indivisibilidade. O poder familiar tem dentre suas características a indivisibilidade, mas há forte corrente doutrinária no sentido da divisibilidade.

Uma corrente doutrinária entende ser o poder familiar um instituto indivisível, tendo em vista não se admitir ser o pai ou a mãe apenas em parte. Assim, não se admite o fracionamento do instituto.

Outra parte da doutrina entende de forma diferente, alegando que o poder familiar pode ser divisível, tanto que dele pode ser destacada uma parcela que o compõe, v.g., a guarda.

Para Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 359) o poder familiar é indivisível, porém não seu exercício, veja:

Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.

c) Intransferibilidade. O poder familiar é intransferível e seus titulares não podem, por livre disposição, transferi-lo a título oneroso ou gratuito.

O que pode ocorrer, como no caso da adoção, é uma renúncia ao poder familiar pela família originária do menor, como já visto acima, em que a família adotante passa a ter o exercício do poder familiar. Dessa forma os genitores renunciam ao poder familiar que lhes foi concedido e este passa para a nova família. Todavia para que tal renúncia produza seus efeitos faz-se necessário a presença do Estado, por meio do Poder Judiciário, para homologar o ato. E somente após a sua formalização, realizada em ação de adoção, a transferência do poder familiar será efetivada. Vê-se então que a renúncia realizada por meio da adoção não depende somente da vontade dos genitores, mas também da concordância estatal para que se realize. E o juiz no caso concreto verificará a melhor conduta a ser tomada, isto é, se deve deixar a criança na família biológica ou colocá-la numa nova família, sempre tendo em mente o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

d) Imprescritibilidade. O poder familiar não está sujeito a prazos de prescrição e de decadência. Ainda que, por qualquer circunstância não possa ser



exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso (VENOSA, 2003, p. 361).

e) **Temporariedade.** O tempo de exercício do poder familiar é uma característica intrínseca ao instituto, haja vista que no momento em que o filho atingir a maioridade ou seja emancipado, perde o instituto a sua utilidade.

f) **Instituto de Ordem Pública.** Os pais são titulares do poder familiar, mas o Estado fiscalizará o seu exercício, impondo, quando necessário, a suspensão (artigo 1637 do Código Civil) e a perda ou destituição (artigo 1638 do Código Civil) do poder quando não exercido segundo os ditames da lei. Isso ocorre, pois o Estado tem o dever, inclusive constitucional, de tutelar os menores, decorrente de sua maior fragilidade em relação aos maiores e, além disso, deve proteger o instituto da família, que é um dos pilares da sociedade. Inclusive temos uma lei para salvaguardar os direitos dos menores, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

g) **Exclusividade.** A característica da exclusividade advém do fato de que somente os responsáveis terão o direito ao exercício do poder. A exclusividade não se refere a ser o poder familiar exercido por apenas um dos pais, aliás, como já visto, o exercício é conferido de forma colegiada ao pai e à mãe, conforme estabelece o artigo 226, § 5º da Constituição Federal e o artigo 1631 do Código Civil. Em determinados casos, v.g., a família monoparental, em que um dos genitores tenha falecido, o poder familiar será exercido de forma exclusiva pelo cônjuge supérstite. Lembre-se que se a família monoparental surgir da separação dos cônjuges, ambos os genitores exercerão o poder familiar, embora mais limitado àquele que não detiver a guarda.

h) **Incompatibilidade com a Tutela.** No direito brasileiro há uma clara incompatibilidade entre o poder familiar e a tutela, chegando-se a se falar que em existindo um, deixa de existir o outro. Inclusive para que o juiz nomeie um tutor ao menor deve ter sido suspenso integralmente o poder familiar ou ter sido os pais destituídos de tal poder. Não basta que se suspenda o poder familiar de apenas um dos genitores, é necessário que seja suspenso em relação a ambos os genitores, pois senão o outro continuará a exercer o “munus” que lhe é garantido, não dando margem ao nascimento da tutela a ser exercida por um tutor.

Veja o que diz o professor Washington de Barros Monteiro (apud SANTOS NETO, 1994, p. 75):

Finalmente, o pátrio poder é incompatível com a tutela. Nessas condições, não se nomeia tutor a menor cujo pai, ou mãe, não foi suspenso ou privado regularmente do pátrio poder. Suspende-se ou tira-se primeiro o pátrio poder ao genitor, para depois dar tutor ao incapaz. Nomear tutor a quem tem pai ou mãe, no exercício dos seus direitos, não é jurídico, antes aberras das disposições legais em vigor.

E isso ocorre porque a tutela é um instituto que tem por objetivo suprir a lacuna deixada pelo poder familiar, tendo as mesmas prerrogativas conferidas ao titular do poder familiar. Por esse motivo não há como ambos institutos coexistirem, ou seja, a presença de um afasta a existência do outro. Seguindo esse pensamento, é válido ressaltar que, ainda que o poder familiar seja suspenso em parte, ele continua existindo, proibindo a nomeação de um tutor para suprir tal deficiência.

De outra parte, sendo o poder familiar suspenso integralmente ou havendo destituição nomeia-se um tutor. Resumindo, apenas quando o poder familiar for totalmente suspenso é que existirá a figura da tutela, haja vista a incompatibilidade de tais institutos.

### **3.5. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR**

As causas de suspensão do poder familiar estão previstas no artigo 1637 do Código Civil, que elenca entre as hipóteses de suspensão do exercício do poder familiar, quando os titulares do poder agirem com abuso de autoridade, quando faltarem com os deveres inerentes ao poder familiar ou arruinarem os bens dos filhos. Há, ainda, a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 1.637, que diz ser causa de suspensão quando o pai ou a mãe forem condenados por crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão. Entretanto, se os genitores forem condenados a cumprirem pena menor pode também o juiz suspender o poder familiar, dependendo da gravidade com relação ao filho; deve-se analisar o caso concreto (VENOSA, 2003, p. 367-368).

Ocorrendo quaisquer das situações acima elencadas os genitores perderão, durante um dado tempo, o poder de decisão que têm sobre a vida dos filhos menores.

O pedido de suspensão do poder familiar pode ser feito por qualquer parente ou pelo Ministério Público ou, ainda, de ofício pelo juiz. Com o pedido o juiz analisará se os genitores devem ser suspensos ou não do seu poder sobre os filhos menores. Entendendo pela suspensão deverá determinar o tempo que ficarão os pais privados do exercício do poder familiar, tomando as medidas necessárias.

Há, também, causas de suspensão do poder familiar previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente em seu artigo 24, em que há descumprimento dos deveres e obrigações do artigo 22 da mesma lei, que são o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como a obrigação de cumprir as determinações judiciais realizadas no interesse do menor.

A suspensão do poder familiar pode ocorrer somente em parte de seus atributos. Se a suspensão for parcial os genitores continuarão a exercer o poder familiar em relação aos outros, por ela não atingidos.

Durante a suspensão do poder familiar os genitores perdem todos os direitos em relação ao filho, dentre eles o usufruto legal. Após o fim do prazo determinado pelo juiz restabelece-se o poder familiar e com ele as obrigações e benefícios.

### **3.6. PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

A perda ou destituição do poder familiar é a maior sanção imposta aos genitores por faltarem com as obrigações e deveres que lhe são impostos em relação aos filhos. Ocorre que não devemos entender a destituição apenas como sanção aos genitores que não cumprem os deveres para com os filhos, mas acima de tudo uma forma de proteger os filhos menores dos pais irresponsáveis, isto é, um ato de benefício aos menores, essa é a lição do eminente doutrinador Silvio Rodrigues (apud VENOSA, 2003, p. 369).

As causas de perda ou destituição do poder familiar vêm disciplinadas no artigo 1638 do Código Civil, quais sejam, castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1637 do Código Civil, ou seja, nas hipóteses de suspensão do poder familiar.

Tais causas devem ser examinadas caso a caso, essa é a opinião de Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 369):

Os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinqüência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição, etc., são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz. Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos.

### **3.7. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR**

As hipóteses de extinção do poder familiar estão disciplinadas no artigo 1635 do Código Civil e dentre elas estão a morte dos pais ou do filho. Silvio Rodrigues (2002, p. 415) entende que na primeira situação, desaparece o titular do direito e no segundo o sentido de existência do instituto, que é a proteção do menor.

Na hipótese de falecimento de um dos pais o exercício do poder familiar será conferido ao outro genitor. Entretanto, se falecerem ambos os genitores e os filhos ainda forem menores, há necessidade da nomeação de um tutor, o qual passará a cuidar dos interesses daquele, tanto patrimoniais como pessoais.

Quando o menor atingir a maioridade, e esta o será quando completar dezoito anos ou quando for emancipado, extingue-se também o poder familiar, e isso se justifica pelo sentido do instituto, que é a proteção do menor por alguém responsável, e entende-se que a pessoa emancipada ou com dezoito anos já tem plena capacidade de se administrar, não necessitando da ajuda de outra pessoa.

A adoção, apesar de prevista como hipótese de extinção do poder familiar (inciso IV, do artigo 1635 do Código Civil), não acaba com o poder familiar, pois

neste caso haverá a renúncia do poder pelos pais biológicos e será ele conferido aos pais adotivos, e estes terão os direitos e obrigações inerentes ao “múnus” que estão assumindo.

Silvio Rodrigues (2002, p. 416) informa ainda que sendo imposta a destituição do poder familiar estará extinto tal poder, e tal causa de extinção está prevista no artigo 1635, inciso V, do Código Civil, que seria uma pena imposta aos genitores irresponsáveis na criação do filho. Nesse caso, após a destituição do poder familiar o juiz nomeará um tutor, que passará a administrar a pessoa e os bens do tutelado e, como já vimos, a tutela e o poder familiar são institutos incompatíveis entre si, existindo um, não existirá o outro, portanto, estará extinto o poder familiar. Todavia, como já dito anteriormente, havendo a destituição do poder familiar com relação a apenas um dos genitores o outro o exercerá com exclusividade, não sendo caso de se fazer a nomeação de um tutor para o menor.

## 4. ALIMENTOS

### 4.1. CONCEITO E FINALIDADE

Para conceituarmos alimentos devemos em primeiro lugar classificá-los em alimentos naturais e alimentos civis. Os alimentos naturais são os alimentos propriamente ditos. De outra parte ao conceituarmos os alimentos civis, devemos ter em conta não somente o direito a uma boa nutrição, pois a interpretação é muito mais ampla, quer dizer, também, constituem-se no necessário para que a pessoa tenha condições mínimas para a manutenção de sua vida, isto é, os gastos com vestuário, moradia, assistência médica, lazer; e no caso de menores, gastos, também, com educação e outros.

Essa é a interpretação dada pela doutrina, veja o conceito do professor Silvio Rodrigues (2002, p. 418):

Alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

A obrigação alimentar nasce do princípio da preservação da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei Maior e, também, em decorrência da solidariedade familiar, fazendo com que o alimentante, em virtude do parentesco com o alimentado e do dever moral e jurídico, forneça-lhe meios de subsistência. Os alimentos podem ser fixados também em razão do ato ilícito ou do casamento.

O valor econômico dos alimentos decorre do princípio básico da obrigação alimentar, devendo ser fixado de acordo com as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante, conforme § 1º do artigo 1694 do Código Civil. É o binômio necessidade-possibilidade, sendo a necessidade a quantia necessária à

manutenção do alimentado e a possibilidade a disponibilidade que tem o alimentante de prover a necessidade do alimentado. Assim o alimentante deve fornecer ao alimentado uma quantia compatível com o seu ganho mensal, e este, por sua vez, receberá a quantia necessária para prover sua subsistência, respeitando-se sempre o critério da razoabilidade.

#### **4.2. CARACTERÍSTICAS DO DEVER DE ALIMENTAR**

a) É um direito personalíssimo. É a característica primordial do instituto, pois o direito aos alimentos surge do vínculo de parentesco existente entre o alimentante e o alimentado, e, ainda, do escopo de tutelar a integridade física e moral desse último. A titularidade no exercício do direito não passa de forma alguma da pessoa do beneficiário.

b) É irrenunciável. Aqui temos que fazer uma diferenciação entre o instituto alimentos e o seu exercício, pois o direito a alimentos não poder ser renunciado de forma alguma, o que pode ocorrer é o não exercício do direito. Assim, se em algum contrato houver cláusula prevendo a exclusão ao direito alimentar ou ao dever de prestar alimentos, tal disposição é nula.

É o que está contido no artigo 1707 do Código Civil, que prescreve ser o direito a alimentos insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

c) Impossibilidade de Restituição. Em tese, aquele que pagou os alimentos não poderá tê-los restituídos, ou seja, exigir a sua restituição, seja dos provisórios ou dos definitivos. Ainda que eventual recurso venha a modificá-los ou a suprimi-los, aquele que pagou não poderá recebê-los de volta, e, por conseqüência, aquele que os recebeu não terá que devolvê-los. Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 379) elenca uma hipótese de restituição, que é a prestação de alimentos feito com evidente erro à pessoa, assim aquele que recebeu terá que devolvê-lo ao credor, para que esse pague a pessoa que deveria receber. Não chega a ser uma hipótese de restituição, pois aquele que recebeu não era a pessoa que deveria ter recebido, pois se quem tivesse recebido os alimentos fosse o alimentado não haveria de restituí-los.

d) Incompensabilidade. O Código Civil prevê, em seu artigo 373, II, a incompensabilidade das obrigações alimentícias com qualquer outra dívida que o alimentado tenha com o alimentante. Isso em virtude da finalidade dos alimentos que é a de manter uma pessoa que não tenha condições de se prover sozinha. Eventual compensabilidade invalidaria o instituto, que passaria a não ter nenhuma finalidade. Portanto, se o alimentado tiver alguma dívida perante o alimentante, este deverá utilizar-se dos outros meios de cobrança, que não a compensação com os alimentos.

e) É impenhorável. Os alimentos são impenhoráveis, conforme artigo 649, II, do CPC e artigo 1707 do Código Civil. Como o sentido do instituto é dar àquele que não tem condições de se prover sozinho um meio para que o faça, não podem ser penhorados os alimentos, pois senão inviabilizaria o instituto, provocando uma aversão ao previsto na lei. Todavia a impenhorabilidade não atinge os frutos derivados da prestação alimentar (VENOSA, 2003, p. 380).

f) Impossibilidade de Transação. Os alimentos não admitem transação, assim como não admitem renúncia. O que pode ser transigido é o valor da prestação a ser paga pelo alimentante, o direito em si não.

g) É imprescritível. O direito de pedir alimentos é imprescritível, mas o exercício do direito é prescritível, conforme prevê o artigo 206, § 2º, do Código Civil, que estabelece o prazo máximo de dois anos para serem exigidos. O que ocorre é que uma vez fixados os alimentos judicialmente o alimentado tem dois anos para exigir o cumprimento da obrigação do alimentante, o que se não for feito gera a prescrição.

g) Variabilidade. Está expressamente previsto no artigo 1699 do Código Civil. O valor da pensão alimentícia é variável. Assim modificadas as características econômicas do alimentante e do alimentado pode ser alterado o valor da pensão e até mesmo ser extinta, pois deve se ter em mente a situação de alguém que não tem mais condições de manter a si próprio; se passar a ter as condições necessárias a sua manutenção não deve mais receber alimentos. De outra parte não se deve exigir o cumprimento do devedor de pagar alimentos aquela pessoa que não tem mais condições de manter a outra.



h) Periodicidade. O pagamento da obrigação alimentícia deve ser periódico, dentro de uma razoabilidade. Geralmente o cumprimento é em prestações mensais, mas podem ser acordados outros prazos, todavia não pode ser fixado o pagamento em uma só parcela, o que iria contra o escopo do instituto. Também não pode ser fixado em parcelas muito distantes uma da outra, pois o alimentado que não tivesse condições de administrar o seu numerário viveria sempre sem condições de se manter.

i) Divisibilidade. A obrigação alimentícia pode ser dividida entre os vários parentes, de acordo com os artigos 1696 e 1697, ambos do Código Civil. Portanto vários parentes podem concorrer com uma parcela no montante final da obrigação, mas saliente-se que não haverá entre eles qualquer tipo de solidariedade.

#### **4.3. DEVER ALIMENTAR ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE**

Em primeiro lugar é preciso fazer uma classificação desta obrigação alimentar, pois esta pode decorrer do poder familiar e também do parentesco entre ascendente e descendente.

A obrigação decorrente do poder familiar subsiste até que o menor adquira capacidade civil, o que não ocorre na obrigação fundada na relação de parentesco.

Os genitores têm o dever de, em igualdade de condições, sustentarem seus filhos, procurando dar a eles o necessário para a subsistência moral e material, até que possam cuidar deles próprios, quando atingirem a capacidade necessária.

Essa obrigação decorre do poder familiar que exercem os genitores sobre as pessoas dos filhos, enquanto menores.

Ao contrário do que se pode pensar a obrigação alimentar não vincula somente pais e filhos, mas outros ascendentes e descendentes em linha reta, v.g., avô e neto, bisavô e bisneto. Claro que os parentes mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, havendo um parente mais próximo do alimentado em

condições de prover-lhe os alimentos estão excluídos os demais da obrigação, segundo a regra prevista no artigo 1696, do Código Civil.

Aliás, o dever de prestar alimentos ocorre também no sentido inverso, isto é, o dever dos filhos em relação aos pais, quando aqueles forem maiores e seus genitores necessitarem de sua ajuda. Assim se o pai sustentou o filho durante toda a menoridade dele, quando estiver na terceira idade e se for necessário, o filho terá que contribuir com o sustento dos pais. Evidentemente que o dever de alimentos dos filhos para com os pais segue a regra geral do código, isto é, contribuirá se tiver condições para tanto.

O que não pode ocorrer é o necessitado querer se socorrer de um parente mais abastado em detrimento daquele que lhe é mais próximo na relação parental. Portanto, tendo condições, deve se socorrer de seus pais ou de seus filhos e estes não tendo também condições de prestar-lhe os alimentos, pode intentar a ação de alimentos contra os avós, ou contra os netos e assim por diante.

Devido à característica de reciprocidade que traz o Código Civil, terão direito aos alimentos e estarão obrigados a prestar a seus descendentes, se estes vierem a precisar, tudo isso em decorrência do parentesco. Ressalte-se que a reciprocidade não ocorre quando a obrigação alimentar estiver fundada no poder familiar.

Da mesma forma o filho adotivo, em decorrência do parentesco civil estabelecido com os novos familiares, poderá reclamar alimentos dos pais adotivos e, da mesma forma, poderá ser compelido a fornecê-los, quando for maior. Esta situação não acontece com relação ao parentesco consangüíneo que tem o adotado com os pais biológicos, pois todo o vínculo anteriormente existente será rompido com a adoção, não podendo ele exigir e nem ser obrigado a fornecer alimentos (DINIZ, 2002, p. 466) e, conforme salienta Antônio Chaves (1995, p. 513), o princípio do artigo 1626 do Código Civil, ressalva que o parentesco resultante da adoção de menor limita-se ao adotante e ao adotado, quebrando o vínculo antigamente existente entre os familiares consangüíneos. Assim é como se não houvesse tido qualquer relação de parentesco entre o adotado e seus pais biológicos, e se não há parentesco não há obrigação de fornecer e nem dever de dar alimentos.

Os genitores, ainda que pobres, não estão isentos do dever de prestar alimentos ao filho menor. Nem mesmo com a perda ou suspensão do poder familiar o dever de prestar alimentos deixará de existir. Esse direito só se extingue com a morte do alimentado ou com a maioridade deste, quando tiver condições de se manter sem a ajuda dos pais, mas, conforme Yussef Said Cahali (1998, p. 545), “eventualmente pode surgir obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos adultos, quando estes, por incapacidade ou enfermidade, não tiverem condições de se manterem sozinhos”.

Outra situação em que os genitores continuam obrigados é aquele em que o filho apesar de completar a maioridade ainda está estudando, v.g., cursando faculdade, o genitor deverá prestar-lhe alimentos até a sua colação de grau, esse é um caso de construção eminentemente doutrinária e jurisprudencial.

## 5. SUCESSÃO

Sucessão é a transferência total ou parcial, de herança, por morte de alguém a um ou mais herdeiros.

Sempre que o titular dos bens, direitos e obrigações, tiver descendentes ou ascendentes, estes o sucederão, por serem os herdeiros legítimos, como prescreve a lei civil. Nisso verifica-se a íntima ligação entre o instituto da sucessão e da filiação.

No direito brasileiro verificamos a existência de duas formas de sucessão.

A primeira é aquela que deriva de um ato entre vivos, como, por exemplo, um contrato, por isso a denominação de sucessão “inter vivos”.

A segunda forma de sucessão tem a ver com morte do titular dos bens, direitos e obrigações, sendo conhecida como sucessão “causa mortis”, é a sucessão propriamente dita. Esta segunda forma de sucessão tem uma relação mais forte com a filiação, pois não depende da vontade do “de cujus”, a lei obriga a transmissão para aquelas pessoas definidas no artigo 1829 do Código Civil.

Com o falecimento do titular dos direitos, o seu patrimônio será transmitido aos herdeiros, em decorrência da sucessão hereditária.

Em primeiro lugar na linha sucessória estão os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal ou separação obrigatória, ou, ainda, no regime de comunhão parcial, quando o falecido não tiver deixado bens particulares, depois vêm os ascendentes, também em concorrência com o cônjuge, a seguir o cônjuge e, por último, os colaterais.

Assim os filhos terão direitos sucessórios sobre os bens dos pais independentemente de disposição de última vontade do pai. Os filhos são herdeiros legítimos dos bens dos pais. É a denominada sucessão legítima ou “ab intestato”. O que também ocorre no sentido inverso, pois os pais são herdeiros legítimos dos bens dos filhos.

Tal espécie de sucessão se contrapõe à testamentária, que depende de manifestação de vontade do titular dos bens.

Como já dito acima, suceder não quer dizer somente ter direito à herança, isto é, ter direito aos bens deixados pelo falecido, mas também assumir obrigações; diante disso só serão extintas as obrigações personalíssimas do “de cujus”, as demais obrigações terão continuidade na pessoa do herdeiro, claro que essa situação vai até o limite de bens deixados pelo morto. O herdeiro não está obrigado a cumprir uma obrigação acima do que lhe foi deixado como herança.

O direito sucessório origina-se tanto do interesse privado, quando do interesse do Estado. Este tem interesse que nenhum patrimônio fique sem um titular, e, ainda, garantindo o direito à sucessão estará também protegendo a família. Se agisse de outra forma, proibindo o direito à sucessão estaria prejudicando a capacidade produtiva do indivíduo, impedindo-o de garantir o futuro de sua família, fazendo com que o fruto que amalhou durante toda a sua vida fosse parar nas mãos de um estranho. O que certamente o desestimularia a conseguir algum patrimônio.

O direito de herança é inclusive postulado constitucional garantido aos brasileiros e estrangeiros, conforme prescreve o artigo 5º, inciso XXX.

Com relação aos termos, herança e sucessão, apesar de opiniões no sentido de que são palavras sinônimas, há evidentes distinções entre ambos os institutos.

Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 20) é um dos doutrinadores que tem opinião no sentido da diferença entre as expressões sucessão e herança, senão vejamos:

Sucessão refere-se ao ato de suceder, que pode ocorrer por ato ou fato entre vivos ou por causa de morte. Já herança é o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.

Assim, pode se diferenciar as duas expressões, pois a sucessão pode se dar por dois meios, quais sejam, por atos “inter vivos” e “mortis causa”, e a herança somente ocorrerá quando houver a morte do titular de direitos e obrigações.

## 6. DIREITO AO NOME

Na antiguidade, especificamente na Grécia, as pessoas utilizavam apenas um nome, assim como: Aristóteles, Péricles. Já na Bíblia, o registro censitário do Livro dos Números, aponta a existência, não de um nome complexo, mas de um nome pelo qual se possibilitava conhecer o indivíduo e sua família de uma forma mais direta, mais específica, utilizando as seguintes denominações: De Ruben, Elisur, filhos de Sedem; De Simeon, Salamiel, filhos de Gedeão. Percebe-se, no entanto, que nessa época, utilizavam-se três designações para identificar a pessoa, ou seja, o primeiro nome que era de uso pessoal seguido do nome familiar e finalizavam com a especificação do grau de filiação do indivíduo, seja filho, neto, etc...

Os latinos, por sua vez, agiram de forma ainda mais minuciosa, procurando exprimir no nome a relação da pessoa com a família e o Estado, designando o indivíduo de acordo com a situação social. Assim, como explica Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 172): “distinguiam-se o praenomen, que designava a pessoa; o nomen, que indicava sua gens; o cognomen, que apontava sua família.”

Posteriormente, passou-se a generalizar o uso dos nomes compostos, vindo o nome a ser formado pela designação individual e pelo sobrenome ou patronímico de família, que por sua vez designa a família de que descende o indivíduo, que é transferido hereditariamente.

Em regra, são esses os elementos que constituem o nome, isto é, nome e sobrenome, conforme dispõe o artigo 16 do Código Civil.

O nome é um elemento integrante da personalidade do indivíduo, pois é por meio dele que a pessoa se identifica perante a sociedade, demonstrando sua filiação e sua história familiar.

A natureza jurídica do nome origina-se do respeito à personalidade.

Nos dizeres do professor Spencer Vampré (apud PEREIRA, 1996, p. 174): “o direito ao nome é um direito da personalidade. Consiste no poder de individualizar-se, e tem, caráter de direito pessoal inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto (erga omnes)”.

Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 174), porém, concorda em parte com Vampré, vindo a complementar suas palavras, afirmando que o direito ao nome realmente constitui uma prerrogativa individual, um direito pessoal, mas, por outro lado, não foge ao interesse da ordem pública, vindo este direito a ser tutelado pelo Estado e por ele regulado.

Por outro lado, verifica-se, também, que o nome, antes de ser considerado apenas um direito, é visto, primeiramente, como um dever, tendo em vista que o registro civil é uma obrigação que a lei impõe a todo indivíduo e, principalmente ao pai e à mãe do recém-nascido.

Assim, somente depois de cumprido o dever é que o direito à denominação personativa se convalida. A partir daí, o aspecto público desse direito passa a acompanhá-lo para sempre.

No que diz respeito à filiação, o direito ao nome é, como já se disse, um direito e um dever. É um dever dos pais registrarem seus filhos, possibilitando a eles o uso de seu patronímico e um direito dos filhos, independentemente de como foram concebidos (matrimonialmente, extramatrimonialmente ou por adoção), de serem reconhecidos como filhos, passando a utilizar o nome dos pais.

De forma geral, o uso do sobrenome paterno (e materno) possibilita ao filho sua identificação pessoal e, ao mesmo tempo, determina seu parentesco, vinculando-o como membro de uma família.

## 7. PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE REGISTRÁRIA

A família é a base da sociedade e isto contribuiu para que fossem organizados pela legislação civil diversos institutos com ela relacionados, dentre estes a adoção, a sucessão, o parentesco.

Ocorre, todavia, que em período anterior à Constituição de 1988, a família era basicamente patriarcal, isto é, o homem decidia sobre o futuro da esposa, dos filhos, enfim do ente familiar.

Com o advento da Constituição, a superioridade jurídica paterna se dissolve, dando lugar à igualdade entre os cônjuges, o que até poderíamos denominar de co-gestão da sociedade conjugal entre o homem e a mulher.

O filho, então, passa a manter um vínculo parental com o pai e com a mãe, com absoluta igualdade.

Tradicionalmente, no que diz respeito à filiação materna há sempre certeza do vínculo, disto decorre o brocardo “mater semper certa est” (a maternidade é sempre certa).

Já quanto à paternidade, não há total certeza do vínculo com o filho, pois a paternidade era sempre incerta (“pater semper incertus est”).

Procurando, então, criar um meio de se fixar a paternidade foi criada o instituto da presunção da paternidade, mais conhecida como “pater is est”.

Nesse sentido, o eminente Luiz Edson Fachin (1992, p. 21):

...diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera presunção pater is est; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

Ocorre que a presunção de paternidade, não garante a paternidade biológica, pois há casos em que o marido da mãe registra o filho nascido na constância do casamento achando ser o pai e, posteriormente, vem a descobrir que na realidade é apenas o pai jurídico, pois, por infidelidade da esposa, o pai



biológico da criança é um terceiro. Essa hipótese era conhecida como filho adúltero “a matre”.

Assim, segundo o modelo regulado pelo nosso ordenamento jurídico, temos que, em regra, pai é aquele que mantém um vínculo consangüíneo e registrário com o filho. Principalmente o registrário, tendo em vista que se, eventualmente, não coincidir com o biológico é necessário uma ação judicial para que seja extinto o vínculo anterior e para que seja reconhecido o novo.

Na legislação civil anterior, qual seja, o Código Civil de 1916, a paternidade jurídica prevalecia sobre a paternidade biológica, pois se buscava proteger o instituto da família, não permitindo que fosse ajuizada ação de investigação de paternidade em face de homem casado. Essa circunstância somente foi modificada com a Constituição de 1988 e com a lei 8560/92, que passou a permitir a investigação de paternidade contra homem casado ou pelo filho de mulher casada contra seu verdadeiro pai.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, “caput”, adotando o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, permitiu que essas pessoas pudessem ter seus direitos reconhecidos em face da família, da sociedade e do Estado, dentre tais direitos que se pudesse reconhecer a verdadeira paternidade, esta entendida a biológica. Outra lei importante sobre o tema foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmando 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 (art. 27).

## **8. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE**

### **8.1. A PRESUNÇÃO “PATER IS EST”**

#### **8.1.1. A PRESUNÇÃO DA ANTIGUIDADE ATÉ A ATUALIDADE**

Os povos romano e germânico, durante certo lapso de tempo, punham fim a incerteza da paternidade com a utilização da figura da presunção, dizendo que a maternidade era sempre certa e, em decorrência disso, o marido da mãe, normalmente, seria o pai dos filhos oriundos dessa coabitação.

O Código Civil de 1916 utilizava-se da presunção, conforme o artigo 338, para determinar a paternidade e a maternidade. Conferiam ao marido e suposto pai legitimidade para contestar essa paternidade, conforme artigo 344 daquele código. Todavia deveria fazer prova, segundo o artigo 340, de que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300 que houverem precedido o nascimento do filho (inciso I) ou, ainda, que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados (inciso II).

Tendo em vista tais disposições por via de regra o marido da mãe seria o pai biológico dos filhos concebidos na constância do casamento. Tal presunção tinha como objetivo estabelecer a paternidade, fazendo coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica.

Segundo a doutrina havia um nexó direto e inseparável entre o casamento e os filhos concebidos durante a sua constância, pois mesmo havendo a figura de um terceiro, que seria o pai biológico, em uma relação extramatrimonial da mãe, o marido da mãe seria o pai jurídico, tendo para si o direito e deveres inerentes ao poder familiar.

Essa a lição de Carvalho Santos (apud GUIMARÃES, 2001, p. 64):

A prova do parto da mãe, somada à prova da identidade do filho – o filho gerado por aquela mãe durante o casamento – seriam os elementos

suficientes para a demonstração da legitimidade da prole, prescindindo de qualquer investigação biológica quanto à pessoa do marido.

E de acordo com os ensinamentos do professor Zeno Veloso (1997, p. 33):

Não há nenhum exagero ou desvio em se atribuir legalmente a paternidade do marido. O pai jurídico, em regra, é o pai biológico. Com base no que geralmente acontece, nos dados da experiência, nas realidades práticas da vida, a mulher casada, que coabita com o esposo, é fecundada por este.

Existia a presunção de paternidade para proteger acima de tudo o instituto da família, pois conferia a paternidade àquele que fosse o marido da mãe.

Esse era o intuito do Código Civil de 1916. Veja a lição do eminente Luiz Edson Fachin (1992, p. 92):

...ainda que se quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência, de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica-se a primeira em favor da segunda. Dá, assim, preferência a um critério nupcialista da paternidade e não a um critério biológico da paternidade que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico.

Durante essa época diversas teorias sustentavam e fundamentavam a presunção da paternidade do marido:

a) Teoria da Acessoriedade. Fundamentava-se a teoria no domínio que o marido exercia sobre sua esposa e, também, na máxima de que o acessório segue o principal. Assim, como a mulher pertencia ao marido, seus filhos, que eram o acessório, também deveriam pertencer ao cônjuge-varão (BOEIRA, 1999, p. 43). É a teoria mais antiga.

b) Teoria da Presunção de Fidelidade da Esposa. Segundo essa teoria havia uma presunção que a mulher sempre era fiel ao esposo. Por esse motivo os filhos dela eram, também, filhos também do seu marido. Deveria o marido fazer prova no sentido contrário, isto é, demonstrando a infidelidade da mulher, para

combater a presunção de paternidade que tinha contra si. Todavia a prova do adultério não indica a exclusão da paternidade.

c) Teoria da Coabitação Exclusiva. Por coabitação devemos entender relações sexuais. Então haveria relações sexuais exclusivas entre os cônjuges. Ocorre, todavia, que tanto essa teoria da coabitação quanto a da presunção de fidelidade encontram-se abaladas, tendo em vista que são afastadas se produzidas provas em contrário.

d) Teoria da Vigilância do Marido. Defende a tese de que o marido por exercer o poder marital, está legalmente obrigado à vigilância da conduta de sua esposa e, portanto, o filho que ela der à luz deve ser-lhe atribuído (BOEIRA, 1999, p. 44). Não era muito aceita.

e) Teoria da “Admissão Antecipada” do Filho pelo Marido. De acordo com essa teoria, o marido ao casar, por antecipação, assume todos os filhos que sua esposa vier a conceber.

Essas teorias perduraram por muito tempo, pois com o avanço da ciência e da tecnologia, especialmente nos campos da biologia e da genética, com o descobrimento do exame de DNA, o qual permitiu-se oferecer certeza científica comprovada quanto à paternidade, o sistema da paternidade presumida passa a ter um novo tratamento, sendo aplicado de forma limitada pela lei e jurisprudência, reconhecendo situações em que se afasta de seu âmbito a presunção de paternidade.

Assim, o sistema de presunção da paternidade, que era o único meio de se estabelecer a paternidade. E, como já vimos, imperfeita, pois não estabelecia com certeza a filiação, sucumbiu à modernidade, sendo superada pela paternidade biológica comprovada pelo exame pericial de DNA.

Entretanto, o sistema ainda persiste no nosso direito, inclusive há previsão no novo Código Civil, mas deve ser utilizado somente quando impossível o exame acima referido. Verifica-se no artigo 1597 do Código Civil, o qual reproduziu o artigo 338 do Código anterior, além de acrescentar outras, as hipóteses ao aduzir que presume a paternidade para os filhos:

I - concebidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - os nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de 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 e

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

### 8.1.2. NOÇÕES GERAIS

Como dito anteriormente, a maternidade era sempre certa (“mater semper certa est”), enquanto a paternidade era sempre incerta (“pater semper incertus est”). Assim era difícil se atribuir a paternidade a alguém. Enquanto a maternidade era sempre suscetível de ser provada, a paternidade era de difícil comprovação.

Essa dificuldade levou à criação pelo legislador civil de 1916 de um sistema de presunção de paternidade. Utilizava-se a presunção para determinar a maternidade e, principalmente, a paternidade.

Quanto à maternidade, esta teria um caráter absoluto, isto é, provado o parto, a filiação estaria estabelecida.

É o que ensina Roberto de Ruggiero (1999, p. 266) ao afirmar, “é mãe, aquela que pariu o filho, e é este um fato que consta de modo visível”.

Entretanto a maternidade vem deixando de ter esse caráter absoluto de outrora, sendo portanto presunção de natureza relativa, tendo em vista que o filho de que se trata pode não ser precisamente aquele que a mulher deu à luz.

Diante disso, abre-se a possibilidade de se impugnar a maternidade, desde que se prove a substituição da criança. Aliás, o Brasil conheceu nesses últimos tempos o caso de duas crianças que foram subtraídas da maternidade por uma mulher, e essa mulher registrou os filhos como se fossem seus.

Quanto à paternidade, ao contrário da maternidade, apresenta-se dificuldades sérias para se estabelecer.

Por esse motivo, a lei adotou o princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias ("pater is est quem nuptiae demonstrant"), estabelecendo que o filho concebido na constância do casamento teria como pai o marido de sua mãe. Tal presunção, no entanto, afigura como não absoluta, pois pode o filho nascido na constância do casamento não ter como pai o marido da sua mulher (RUGGIERO, 1999, p. 267).

Nesse caso, para afastar essa presunção deverá o marido impugnar essa paternidade.

Outra presunção criada no intuito de se estabelecer a paternidade era aquela em que o homem que mantinha relações sexuais com a mãe da criança, no período da concepção, era o pai. Contrapondo essa presunção havia a chamada presunção "exceptio plurium concumbentium", afirmando que nem sempre aquele que manteve relações com a mãe durante o período da concepção seria o pai da criança.

O conceito dado pela doutrina de presunção é:

A presunção é uma inferência do caráter dedutivo: de uma regra geral, ditada pela experiência, extrai-se uma conclusão particular. Distingue-se, portanto da prova em senso estrito, pois esta proporciona a verificação direta do fato, ao passo que aquela o faz por via indireta (GUIMARÃES, 2001, p. 62).

O sistema de presunção permitiu que no momento do nascimento da criança se determinasse juridicamente a identidade do pai, mediante apenas a comprovação do casamento, excluindo qualquer outro tipo de prova da paternidade, isto porque a intenção do legislador foi preservar ao máximo a família, pelo fato de ser ela a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Tal presunção criada para se estabelecer a paternidade e, ainda, proteger a família, foi completamente modificada pela Constituição Federal, que instituiu direitos iguais aos filhos, acabando, juridicamente, com a classificação estabelecida anteriormente, qual seja, os filhos legítimos (nascidos na constância do casamento) e os filhos ilegítimos (nascidos de relações extramatrimoniais).

Com isso não foi recepcionado o artigo 337 do Código Civil de 1916 que dispunha textualmente sobre os filhos legítimos e ilegítimos, afirmando que a presunção de legitimidade era conferida apenas ao filho concebido dentro do casamento, enquanto aos filhos advindo de relações extramatrimoniais eram excluídos da presunção.

Diante disso o que antes era chamado de presunção de legitimidade, passou a ser chamado de presunção de paternidade, extinguindo a diferenciação.

Esclarece-se, porém, que essa diferenciação de tratamento não fere o princípio constitucional da igualdade dos filhos.

O princípio da igualdade dos filhos proíbe que a lei possa dar tratamento diferenciado às relações surgidas dentro e fora do casamento, pois na verdade correspondem a diferentes realidades sociológicas. Em resumo, o que a Carta Magna proibiu foi a discriminação entre os filhos e não o tratamento diferenciados entre estes, até porque não se pode tratar de forma igual os desiguais.

Em outro aspecto, ressalta-se também que a presunção da paternidade não é uma presunção absoluta ("juris et de juris"). O fato de poder ser afastada mediante prova em contrário a caracteriza como uma presunção "juris tantum".

Essa é contribuição dada pela douta civilista Maria Helena Diniz (2002, p. 276):

A presunção de paternidade não é júris et de jure ou absoluta, mas júris tantum ou relativa, no que concerne ao pai, que pode elidi-la provando o contrário. Essa presunção de paternidade é de ordem pessoal, sendo privativa do marido, pois só ele tem legitimatio ad causam, para propô-la (art. 1.601, caput do NCC).

Nesse contexto, Orlando Gomes (2002, p. 325) afirma que a presunção de paternidade "Tem a regra caráter imperativo, aplicando-se à generalidade dos casos, mas sua força não é absoluta, admitindo a presunção prova em contrário, reservada ao marido, se ocorrerem as condições que lhe é lícito contestar a paternidade."

Assim, esta presunção é relativa, cabendo ao pai, nos limites da lei, contestá-la, provando que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com

a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; que a esse tempo estava legalmente separado da mãe da criança ou que estava absolutamente impotente à época da concepção.

E segundo o artigo 1599 do Novo Código Civil a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Arnoldo Wald (1999, p. 171), por sua vez, assevera que:

A presunção pater is est tem sofrido restrições na sua aplicação pela jurisprudência. Entendeu-se assim que, embora a lei considerasse privativa do pai presumido a ação negatória, dever-se-ia admitir que o filho pudesse, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, pedir a retificação de sua filiação provando que o pai presumido não é o real, pois na época do nascimento estava separado de fato da esposa. Admitiu-se também que o prazo estabelecido pela lei para denegar a paternidade não devesse ser considerado como fatal, permitindo-se que o pai presumido declare, por ocasião do desquite, não ser filho seu o rebento de sua mulher nascido na vigência do casamento e considerando-se como válida tal declaração quando feita em testamento. São conquistas jurisprudenciais que vão derrubando o velho princípio romano de defesa exacerbada da família.

A jurisprudência do STJ, todavia, tem reconhecido o caráter relativo da presunção de paternidade, vindo a decidir que:

REGISTRO DE NASCIMENTO – Procedimento administrativo. Mandado de Averbação. Paternidade contestada. Vias próprias. Investigação de paternidade. 1) A presunção legal da paternidade admite a prova em sentido contrário, não sendo possível, em mero procedimento administrativo, determinar-se a averbação em nome do pai, havendo contestação, presente o precedente da Corte assentando que “o filho nascido na constância do casamento pode buscar o seu verdadeiro pai em ação de investigação de paternidade. 2) Recurso especial não conhecido (RESP 90617/MG – Terceira Turma – 04/12/2001. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida sob a égide do Código Civil de 1916, admite a relatividade da presunção da paternidade:



CIVIL. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. DECADÊNCIA SUPERADA. INTERPRETAÇÃO ATUAL DO § 3º DO ARTIGO 178 DO CÓDIGO CIVIL.

“Nos termos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece notavelmente seguros para verificar para verificar a existência do vínculo de filiação”. (Min. Eduardo Ribeiro, RESP 194.866/RS.)

Criou-se durante a vigência do Código Civil de 1916 grande divergência na doutrina e na jurisprudência sobre o prazo para propor a ação legal para impugnar a paternidade.

O Código estabelecia o prazo de dois meses, se estava presente o marido, para este propor a ação negatória de paternidade, nas presunções do artigo 338 (art. 178, § 3º); e, de três meses, se o marido achava-se 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 (art. 178, § 3º)

Pelas especiais peculiaridades da espécie, admitia-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado os prazos previstos nos §§ 3º e 4º do artigo 178 do Código Civil de 1916.

Entendia-se que o aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor. Assim as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito.

Atualmente conforme o disposto no artigo 1601 do Código Civil, cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Por fim, conclui-se que, apesar de o objetivo do instituto da presunção de paternidade nos conferir uma estabilidade nas relações familiares, acaba, muitas vezes, por esconder uma falsidade. Esse é o motivo que fez com que referida presunção já não possua mais tanta força, passando a adotar o caráter relativo, e poder ser contestada sem qualquer prazo decadencial, sendo constantemente alvo de discussões em juízo, ainda mais hoje, com o avanço da genética e a descoberta do exame de DNA.

## 9. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Sob a égide do Código Civil de 1916 adotou-se um sistema de presunção de maternidade e da paternidade, haja vista que a maternidade era sempre certa (“mater semper certa est”) e a paternidade era sempre incerta (“pater semper incertus est”).

Tendo em vista a dificuldade de se estabelecer a paternidade por meio da presunção se definia o parentesco paterno-filial. Então o Código de 1916 adotou o princípio segundo o qual pai é quem demonstram as justas núpcias (“pater is est quem nuptiae demonstrant”). Essa presunção resultava que o filho de mulher casada era considerado concebido pelo marido. E tal presunção existia em benefício da estabilidade da família.

As presunções de paternidade estavam previstas no artigo 338 do Código Civil de 1916. E agora com o advento do novo Código Civil foram mantidos no artigo 1597, que aliás incluiu mais três situações de presunção, senão vejamos:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes 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.

Os prazos foram definidos tendo em vista critérios científicos. Assim, em relação aos filhos nascidos fora desse período, isto é, antes dos cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal e trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal não se opera a presunção de paternidade.

E para negar a paternidade o pai presumido tem à sua disposição a ação negatória de paternidade, pois importa saber a paternidade real e não a presumida.

O antigo código dispunha que a legitimidade do filho concebido na constância do casamento somente se podia contestar provando-se:

I – que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho;

II – que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados (artigo 340 do Código Civil de 1916).

Para contestar a legitimidade do filho, impunha-se que o marido comprovasse a impossibilidade física ou material de o casal manter relação sexual. Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 271) elenca alguns exemplos no caso concreto: “... o casal estava afastado em razão de viagem; o marido estava acometido transitoriamente de moléstia que impedia as relações sexuais, etc.”

O artigo 342 do CC de 1916 completava a disposição dizendo que somente a impotência absoluta vale para sustentar alegação contra a legitimidade do filho. No entanto, o fato do marido provar que estava impotente quando o momento da concepção não implicava negativa da paternidade. E também quanto ao afastamento ou separação material do homem e da mulher não leva a impossibilidade de filiação, haja vista, atualmente a inseminação artificial tanto homóloga quanto heteróloga.

O novo Código em seu artigo 1599 salienta que a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade. Saliente-se que essa presunção é relativa, ou seja, dependendo das outras provas existentes nos autos, principalmente a prova pericial (leia-se exame de DNA) pode-se derrubar tal entendimento.

Feitas estas considerações há que relativizá-las. O novo código civil, apesar de ter entre suas disposições diversas regras dispondo sobre a presunção de paternidade, assumiu definitivamente uma nova orientação, adotando os julgados dos Tribunais em prol da paternidade real, em seu artigo 1601 dispondo

que o marido tem o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível, diferentemente do código anterior que estabelecia prazos exíguos para o homem propor ação negatória de paternidade (ver artigo 178, §§ 3º e 4º do Código Civil de 1916).

Veja o que diz o professor Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 271-272):

Assumindo definitivamente a nova orientação, inclusive com julgados nesse sentido nos tribunais em prol da paternidade real, o art. 1601 do novo Código dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Desse modo, caem por terra os vetustos pressupostos do direito anterior, que se arraigavam a princípios sociais e culturais hoje totalmente superados. A qualquer momento pode o marido impugnar a paternidade do filho de sua mulher. A verdade da paternidade genética não pode ser subordinada a prazo. De há muito já se notava nos julgados a repulsa ou certa tergiversação aos exíguos prazos estabelecidos no Código de 1916 para a impugnação da legitimidade de filho nascido de sua mulher.

E nada mais vital para o conhecimento da paternidade real do que o exame que surgiu com o avanço da tecnologia, qual seja, o exame de DNA. Exame esse que aponta com certeza quase absoluta a paternidade. Todavia deverá ser utilizado o sistema de presunção de paternidade quando a prova técnica for impossível.

A legitimidade para a propositura da ação negatória de paternidade é do suposto pai ou pai presumido, conforme artigo 1601. Entretanto deve se admitir que o filho, após a dissolução da sociedade conjugal possa pedir a retificação da filiação provando que o pai presumido não é o verdadeiro.

Além disso, também estarão legitimados para a impugnação da paternidade, os herdeiros do impugnante que tem o direito de prosseguir com a ação (artigo 1601, § único, do Código Civil).

## **10. A VERDADEIRA PATERNIDADE**

### **10.1. PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Com o advento da novel Constituição Federal de 1988, foi assegurado a todas as pessoas o direito de ter reconhecido o seu estado de filiação. Tal direito posteriormente foi consagrado ainda pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, onde afirma textualmente garantir a todos os filhos o direito de ter sua filiação biológica reconhecida, sendo este um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O sistema de presunção de paternidade, principalmente a “pater is est”, consagrado no Código Civil de 1916, o qual no intuito de defender o instituto da família, que por sua vez é a base do Estado e da sociedade, estabelecia uma paternidade jurídica, ao proclamar que o filho da mulher casada presume concebido pelo marido dela.

Todavia, nem sempre a paternidade jurídica coincidia com a paternidade real, isto é, poderia aquele filho nascido durante a constância do casamento não ser filho do marido da mulher que deu à luz.

O sistema acima referido vigeu durante um tempo em que não se podia estabelecer com alguma certeza a verdadeira paternidade. E foi útil durante esse tempo, pois dava uma solução jurídica, solucionando os conflitos sobre filiação, uma questão tormentosa no nosso direito.

Assim, com o avanço científico e tecnológico ocorrido em grande parte durante as últimas décadas do século XX, houve inúmeras mudanças no meio social, principalmente no âmbito do direito familiar, mais especificamente quanto à definição da paternidade.

É a denominada Bioética, que pode ser conceituada como uma ciência que estuda as questões ligadas à vida, dentro de valores éticos. Esta ciência foi uma das responsáveis pelo avanço da ciência médica que, no campo da genética desenvolveu os testes de paternidade.

E para se ter uma idéia do avanço científico no tocante à questão da genética e conseqüentemente à definição da paternidade, há algumas décadas só se podia concluir com certeza pela exclusão da paternidade. Hoje, diferentemente, pode-se concluir com a mesma certeza da exclusão a certeza da paternidade. Os exames até pouco tempo modernos e eficazes e que ainda são utilizados em alguns lugares, tendo em vista a dificuldade econômica por que passam a maioria dos brasileiros, como os exames sangüíneos, ABO, MN, RH e o sistema HLA, não mais despertam o interesse que até outrora lhes eram conferidos. O sistema HLA ("human lymphocyte antigen") estabelecia margens de erro entre 96 a 99,9%.

Os sistemas e técnicas citadas perderam o interesse e, por conseguinte, deixaram de ser utilizados com em outras épocas, pois na década de 1980 é descoberto o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), que estabelece uma margem de certeza superior a 99%, portanto, muito acima do sistema HLA.

Este novo sistema acaba de uma vez por todas com as dúvidas existentes com relação ao vínculo biológico entre pais e filhos.

Até mesmo em relação à maternidade, que é definida pelo tradicional princípio "mater semper certa est", ou seja, a maternidade é sempre certa, o exame pericial de DNA pode colocá-lo em questão, haja vista, que pode estabelecer também com certeza o vínculo do filho com a mãe. Acaba com eventual dúvida existente sobre troca de bebês na maternidade, algo comum no mundo moderno.

Sendo assim, é direito de todo indivíduo, caso queira buscar o reconhecimento de sua verdadeira paternidade, fazer uso do exame de DNA, que atualmente é definitivo, pelo fato de não deixar qualquer margem de dúvida, ou seja, em um primeiro exame, o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, já no segundo exame, o resultado afirma ou nega a paternidade com absoluta certeza.

Tendo em vista o exame de DNA, que define a paternidade biológica, tem-se que ela se liga meramente ao vínculo genético existente entre pai e filho.

Exclui-se da paternidade biológica o exame referente a outros tipos de relação que possam configurar o vínculo paterno-filial, dentre eles o afeto, a amizade, os ensinamentos sobre a vida, etc.

## **10.2. POSSE DO ESTADO DE FILHO**

### **10.2.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS**

A posse de estado de filho é a relação clara e pública de um vínculo natural existente entre pais e filhos. Para o doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 60):

... a posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

É semelhante à posse do estado de casado. Para a configuração da posse é necessário a presença de alguns elementos, “nominatio”, “tractatus” e “reputatio”. Assim a “nominatio” seria o uso do patronímico de família do pai pelo filho, a “tractatus” seria o tratamento usado de pai e filho e, por último, a “reputatio”, seria a reputação de pai e filho que eles tem perante as outras pessoas e a sociedade.

É o que ensina o eminente Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 276):

A posse do estado de filho, em paralelo com o que já vimos com respeito à posse do estado de casado, descreve a situação em que a pessoa é tratada como filho pela família, usa o nome familiar etc. Assim como para o casamento, a posse do estado de filho leva em conta os três elementos: nominatio, tractatus e reputatio.

No mesmo sentido, Orlando Gomes (apud BOEIRA, 1999, p. 60) esclarece que “... a posse de estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa”.

### **10.3. A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA**

Depois do apogeu da paternidade presumida, cuja importância para a definição da paternidade foi grande durante todo o século XX, e que ainda vigora no novo Código Civil, e depois do surgimento da paternidade biológica verificável pelos exames periciais e que encontra no exame de DNA o seu maior expoente, surge na doutrina e na jurisprudência a paternidade sócio-afetiva.

A paternidade nasce para se contrapor à fixação jurídica de determinar a paternidade de alguma pessoa baseado em presunções, que é a paternidade jurídica e, também, a paternidade biológica, no qual o vínculo que liga uma pessoa a outra é apenas o genético. Portanto, a paternidade sócio-afetiva tem uma base fortemente sociológica.

Juridicamente a paternidade acima prefalada fundamenta-se principalmente no princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

Atualmente, com a introdução no Novo Código Civil da paternidade decorrente de inseminação heteróloga, em que o marido aceita a fecundação de sua mulher por sêmem de um terceiro, já se estaria estabelecendo a paternidade sócio-afetiva no momento em que o pai concorda com a fertilização de sua esposa. Ninguém poderia conceber que o verdadeiro pai do filho concebido por inseminação heteróloga seria aquele que tem um vínculo biológico. O pai será aquele que criar e educar a criança.

Para essa nova definição de paternidade pai ou mãe não é apenas a pessoa que gera e que tem vínculo genético com a criança. Ser pai ou mãe, antes disso, é ser a pessoa que cria, instrui, ampara, dá amor, carinho, educação, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança.



Diante disso, o vínculo biológico nunca poderá se sobrepor à relação existente entre um filho e um pai. Um verdadeiro vínculo pode surgir com os pais afetivos e, nesse aspecto, os pais da criança podem perfeitamente não ser os biológicos.

Temos como grande exemplo de relação existente entre pai e filho se sobrepor ao vínculo genético, a adoção, em que se verifica a paternidade como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno científico (VENOSA, 2003, p. 279).

Nesse contexto, ressalta-se ainda que o afeto não decorre da herança genética que recebemos de nossos pais biológicos. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

A partir daí, fala-se que deve haver uma desbiologização da paternidade. É na posse do estado de filho, acima referida, base da paternidade sócio-afetiva, que ela vê-se mais evidente.

José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 54), analisando este tema, assevera que:

A posse de estado de filho revela a constância social da relação paternofilial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse de estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica.

É inconcebível, mediante o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que o filho que sempre conheceu o marido de sua mãe como sendo seu pai, e com ele manteve uma harmoniosa relação paterno-filial, obtendo dele amor, carinho, educação, de uma hora para outra, mediante a verificação de inexistência do vínculo biológico, se veja sem pai.

Isso geralmente acontece nos casos em que o pai, descobrindo o adultério da esposa, queira dela se vingar e também se livrar do encargo dos alimentos, requerendo, para tanto, a desconstituição da paternidade, mediante a argumentação de falsidade ideológica do registro de nascimento.

Procurando evitar um trauma maior à criança, atualmente, o juiz tem à sua disposição a faculdade de determinar a paternidade sócio-afetiva, não permitindo a desconstituição da paternidade registrária, apenas pela ausência do vínculo biológico.

Forma-se, então, o liame de filiação com base na filiação sócio-afetiva que não mais poderá ser contestado ou repudiado e que prevalecerá sobre as demais formas de filiação, salvo se, futuramente, o filho, utilizando-se do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quiser reconhecer sua verdadeira origem genética. Nesse caso, terá ele total direito, tendo em vista que este é um direito personalíssimo e imprescritível, o qual será objeto de análise em momento oportuno.

Válido se faz ressaltar, porém, que essa paternidade sócio-afetiva não é uma regra, pois, o juiz deverá, primeiramente, analisar o caso concreto, observando a relação afetiva existente entre pai e filho, ou seja, verificando a existência dos elementos necessários para que a posse de estado de filho seja configurada. Presentes os requisitos e prevendo o relacionamento futuro que irá surgir entre pai e filho após a descoberta da inexistência de paternidade biológica, o juiz poderá ou não optar pela permanência do vínculo no âmbito afetivo, já, de forma contrária, o juiz verificando a inexistência dos elementos necessários e se notar a ausência de qualquer prejuízo no desenvolvimento futuro da criança, poderá, perfeitamente, admitir o desligamento da filiação, mediante o reconhecimento da inexistência do vínculo biológico, reconhecendo a conseqüente falsidade ideológica do registro de nascimento.

Em resumo, a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. A paternidade sócio-afetiva visa, primeiramente, o bem-estar da criança. A partir daí, é que ela se estabelecerá ou não.

## **11. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

### **11.1. NOÇÕES GERAIS**

No direito vigente, o reconhecimento da paternidade pode se dar de duas maneiras, quais sejam, pelo reconhecimento voluntário ou espontâneo e pelo reconhecimento judicial ou coativo.

O reconhecimento da paternidade será voluntário ou espontâneo quando o reconhecimento se der pelo registro de nascimento, por escritura pública ou particular, a ser arquivada em cartório, pelo testamento, ainda que incidentalmente manifestado e, também, pela manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém. Tais hipóteses estão previstas no artigo 1609 do Código Civil e são inteiramente iguais à redação constante do artigo 1º, da lei 8560/92, a qual regulou especificamente a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Assim, o novo Código Civil revogou tal dispositivo por regular a mesma matéria.

O Reconhecimento, neste caso, é ato personalíssimo, necessitando da plena capacidade daquele que fizer a manifestação favorável à paternidade e, também, unilateral, pois gera efeitos pela simples manifestação de vontade do declarante. Não depende da concordância do reconhecido, salvo na hipótese deste ser maior de idade, haja vista que o artigo 1614 do Código Civil exige o consentimento dele. Se for menor não há necessidade da concordância do reconhecido, mas quando atingir a maioridade poderá impugnar a sua filiação.

Havendo o reconhecimento voluntário o ato é irrevogável, tendo em vista a eficácia retroativa e a constitutividade do ato, conforme dispõe o artigo 1610 do Código Civil.

A manifestação do genitor no sentido do reconhecimento da paternidade pode ocorrer antes do nascimento, pois a lei resguarda os interesses do nascituro (artigo 2º do Código Civil), apesar da personalidade começar somente com o nascimento e, também, após a morte do reconhecido.

A segunda forma de reconhecimento da paternidade, qual seja, o judicial ou coativo, se dá, conforme José Aparecido da Cruz (2001, p. 97), pela:

... ação judicial, quando então, a parte legitimada, por meio de regular processo, exige do Estado Judiciário uma declaração (sentença) de que a pessoa apontada é seu genitor e, de conseguinte, determine ao Oficial do Registro Civil que anote à margem do assento anterior de nascimento os dados do suposto pai e sua filiação, bem como os apelidos da família.

Assim, o reconhecimento deverá ocorrer por meio da ação de investigação de paternidade, prevista no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estatui a ação de reconhecimento de filiação ser exercitável em face do pai e seus herdeiros, sem qualquer restrição, sendo direito inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Além do dispositivo mencionado há previsão no Novo Código Civil, artigo 1607, o qual aduz que o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente, e o artigo 1616 asseverando que a sentença que julgar procedente a ação de investigação de paternidade produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento.

A legitimação ativa é daquele filho que quer ver reconhecido oficialmente a relação de filiação com o seu genitor. Se for menor deverá ser representado ou assistido pela sua genitora. O Novo Código Civil a possibilitar a continuidade da ação de investigação pelos herdeiros, desde que esta seja iniciada pelo suposto filho, conforme prescreve o artigo 1606, § único.

O nascituro também terá direito a pleitear o reconhecimento da paternidade, conforme disposição do artigo 1609, § único e artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há também legitimidade ativa para o Ministério Público. Este atuará como substituto processual (artigo 6º do Código de Processo Civil). Será substituto processual, pois a ação será proposta em nome próprio, pleiteando direito alheio, ou seja, direito da criança.

Quando o Ministério Público atuar como substituto processual, portanto, parte, defendendo interesse de incapazes, para a corrente majoritária haverá necessidade de outro membro do Ministério Público atuar como “custos legis”.

De outra parte, no pólo passivo da ação de investigação deve figurar o suposto pai ou seus herdeiros. A legitimação dos herdeiros surge quando já estiver falecido o pai. Disso decorre que se a mãe do autor da ação for herdeira deverá estar no pólo passivo da presente ação. É o que dispõe o artigo 1615 do Código Civil: “Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação da paternidade, ou maternidade”.

Veja o que ensina Silvio da Salvo Venosa (2003, p. 306):

... qualquer pessoa que possa ser afetada pela sentença de reconhecimento pode figurar no pólo passivo, ali colocada na inicial ou pedindo seu ingresso como assistente litisconsorcial. Nesse sentido o art. 1.615 (antigo 365): “Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”.

Anteriormente, durante a vigência do Código Civil de 1916, em seu artigo 363, a ação de investigação de paternidade era admitida contra os pais e herdeiros em somente três hipóteses: 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.

Atualmente, com o advento do já comentado exame pericial de DNA, que afirma com certeza quase absoluta a paternidade, a ação de paternidade não ficou restrita somente àquelas hipóteses. E ainda os outros meios de prova da paternidade devem ser usados subsidiariamente. Somente deverão ser utilizados com exclusividade quando impossível a realização da prova pericial. Veja:

Toda matéria jurídica criada pelo legislador do passado perde terreno hoje perante a Biologia Genética, que permite apontar a paternidade com a mínima margem de erro. Desse modo, os princípios tradicionais, concubinato, rapto, relações sexuais, início de prova escrita, devem ser vistos atualmente não mais como *numerus clausus*, mas como elementos subsidiários e somente devem ser utilizados isolada ou

conjuntamente quando se torna impossível, falível ou incerta a perícia genética. Em síntese, a prova técnica coloca em segundo plano a prova das relações sexuais ou qualquer outra em matéria de paternidade. Não se diga, porém, que a perícia genética é sistematicamente prova definitiva. Pode haver necessidade de recurso às demais provas permitidas, inclusive as descritas no artigo sob enfoque. (VENOSA, 2003, p. 307).

Todavia, podem ser utilizadas provas tendentes a indicar a posse do estado de filho, o qual leva à declaração da paternidade sócio-afetiva. Neste caso, o exame pericial de DNA, provando a paternidade, não constitui óbice ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva.

Quanto ao procedimento da presente ação de investigação, o réu ou suposto pai será citado e terá o prazo de 15 (quinze) dias, para apresentar resposta.

Dentre as matérias de defesa alegáveis pelo requerido esta a impotência “coeundi” ou “in generandi” ao tempo da concepção. Com este tipo de prova aduzirá que ao tempo da concepção da pessoa que está demandando contra ele não poderia manter relações sexuais, tendo em vista a impotência “coeundi”, ou a impotência para procriar, denominada impotência “in generandi”.

Outra matéria que pode ser alegada pelo suposto pai é a tradicionalmente conhecida “exceptio plurium concubentium”, o qual consiste em provar que a mãe, no período de concepção, manteve relações sexuais não somente com o investigado, isto é, manteve também relações sexuais com outro homem ou homens (VENOSA, 2003, p. 307). Esta prova pode ser obtida com a oitiva de testemunhas confirmando que a genitora do autor da ação mantinha relações com outros homens além do suposto pai.

Estas matérias alegáveis na defesa do investigado merecem o mesmo tratamento ao que foi dito quanto às provas a serem produzidas pelo investigador, pois com o aparecimento do exame de DNA estas provas perderam espaço e somente devem ser utilizadas exclusivamente quando impossível a realização do exame pericial; no mais servem como provas supletivas ou provas que complementam a convicção do juiz quanto a afirmação ou negação da paternidade.

Passada a fase instrutória, com a inicial e a resposta, é dado às partes a possibilidade de confirmação das suas alegações por intermédio da realização de prova pericial (exame de DNA) e prova oral, com a realização da audiência.

Questão relevante na doutrina e na jurisprudência é no tocante a recusa do réu em submeter-se ao exame pericial de DNA.

Há duas posições tendentes a solucionar tal questão.

Uma corrente entende que não se pode exigir a realização do exame pelo investigado, pois é garantia constitucional que ninguém é obrigado a prova contra si, o que evidentemente ocorre no caso da ação de investigação de paternidade, em que eventual exame positivo possibilitará ao juiz com absoluta convicção declarar a paternidade do réu em relação ao autor. É posição minoritária.

De outra parte a segunda corrente entende que o réu deve realizar o exame pericial, sob pena de ter contra si uma presunção de que é efetivamente o pai.

Veja o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Investigação de paternidade. Recusa de se submeter a exame genético. Verdade relativamente presumida contra o recusante. HLA e DNA. Embora ninguém possa ser coagido a exame ou inspeção corporal, o investigado que se recusa ao exame pericial de verificação de paternidade, deixa presumir contra ele, a verdade da impugnação (CPC, art. 359, II), por aplicação analógica (CPC, art. 126). Presunção harmoniosa com o conjunto da prova (Rel. Des. Paulo Roberto A. de Freitas. RDTJRJ 10/200).

Assim pesa contra o investigado o ônus probatório de realizar o exame pericial, e sua recusa gera presunção contra ele. Todavia somente a recusa não pode fundamentar a declaração da paternidade contra o suposto pai. A decisão deve ser fundamentada em todo o conjunto probatório presente na ação de paternidade.

Outro argumento a ser levantado por quem defende esta segunda posição é no sentido de que se houver conflito entre normas constitucionais, ou seja, o conflito entre a garantia de o investigado não fazer prova contra si e o direito de ter reconhecido a filiação legítima do investigante, deve prevalecer esta última

norma, pois é o direito mais relevante, assegurar ao filho o direito de conhecer seu verdadeiro pai em detrimento à garantia deste de não fazer prova que possa implicar em decisão judicial contra si. É a adoção do princípio da proporcionalidade, defendida pelos constitucionalistas como sendo um dos meios de se interpretar a Constituição Federal, tentando evitar que duas normas constitucionais aparentemente conflitantes possam inviabilizar o exercício de um direito.

Essa segunda posição foi adotada pelo novo Código Civil, no artigo 231, ao aduzir que a negativa do agente em submeter-se a exame médico necessário não poderá ser aproveitada em seu favor e, ainda, acrescenta o artigo 232 que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Evidentemente este conflito está longe de ser pacificado, pois pode fazer com que os defensores da primeira posição cheguem a conclusão de que estes dispositivos do novo Código Civil são inconstitucionais, haja vista que conflitam com uma garantia constitucional.

Após a realização do exame pericial ou não, com o conflito acima demonstrado, e com a realização da prova oral, por intermédio de audiência é conferido ao juiz o dever de proferir sentença, no qual se manifestará pela declaração ou não da paternidade, conforme pedido feito pelo autor da ação de investigação.

Ao proferir a sentença o juiz poderá julgar procedente o pedido do autor e neste caso estará declarando a paternidade do réu em relação ao investigante. Esta decisão impede o ajuizamento pelo pai, agora reconhecido, da ação negatória de paternidade.

Ao contrário, se julgar improcedente o pedido do autor, em alguns casos será lhe permitido propor novamente a ação investigatória e pedir a realização do exame de DNA que eventualmente não tenha sido realizado por falta de pedido ou por qualquer outra situação, v.g., as ações que tiveram pedido improcedente antes da referida perícia tornar-se comum nos tribunais brasileiros.

Verificamos a possibilidade de novo ajuizamento, ainda, da ação de investigação de paternidade, quando não tenha sido realizado por que impossível



materialmente. O que ocorre é que nesses casos o juiz não poderá se valer da laudo pericial para fundamentar sua decisão, devendo, para tanto, utilizar outros meios de prova, como as presunções de paternidade, a posse do estado de filho, etc..

Não obstante haja coisa julgada material, pois houve uma sentença de mérito ao julgar improcedente o pedido do autor, a coisa julgada deve ser relativizada nas ações de estado, como é a ação que pleiteia o reconhecimento de filiação. Deve-se permitir ao filho, que teve contra si uma sentença desfavorável, pedido, portanto, improcedente, ajuizar novamente a ação de paternidade, uma vez que não foi realizado, na ação primária, o sistema pericial do exame de DNA, que, como vimos, é meio principal para se estabelecer a paternidade biológica ou real.

É o que menciona Silvo de Salvo Venosa (2003, p. 309):

Por todas as razões expostas, em sede de reconhecimento de paternidade, não há que se conceder um valor absoluto à coisa julgada. Nesse aspecto, há que se levar em conta as particularidades do direito de família e os avanços científicos. Não há como se impingir à sociedade e a alguém uma paternidade irreal, se lastreada em coisa julgada questionável por meio de nossos instrumentos probatórios disponíveis. A verdade real e axiológica suplanta, nesse campo, os estritos limites tradicionais das regras de processo, que nem mesmo a elasticidade da ação rescisória pode resolver. Nossos julgados já propendem para essa nova fórmula, a qual, todavia, deve ser trazida para o texto expresso da lei.

Rolf Madaleno (apud LEITE apud VENOSA, 2003, p. 309) acrescenta a respeito:

Tendo a ciência da herança genética atingido seus níveis de certeza e segurança, repulsa seguir em defesa do escopo político e social da coisa julgada quando um laudo de DNA pode atestar a certeza jurídica da filiação e completar ou reescrever a verdade dos vínculos de parentesco que antes de estampar a realidade dos registros públicos, acalma a alma agitada de cada um dos protagonistas desta ações que procuram a semente exata de sua criação.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua 4ª Turma, em aresto do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, posicionou-se nesse sentido, senão vejamos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III – Diante do cada vez maior sentido plubicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

IV – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz (RESP 222445/PR, 07/03/2002).

E, ainda:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de

certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade”.

IV – Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, afirmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (RESP 226436/PR, 28/06/2001).

Evidentemente, hoje em dia é difícil que ocorra a situação de não realização do exame de DNA, pois o juiz pode determinar a realização do exame, em caso de não haver pedido do autor da ação, é o chamado Ativismo Judicial. Mas certamente pode ser utilizado para aquelas ações em que ainda não havia a aludida perícia genética.

## **11.2. EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE**

O reconhecimento da paternidade pode ser voluntário, ou seja, quando o pai reconhece por qualquer meio a paternidade em relação ao filho, e, também, pode ser judicial, que se dá quando o filho tem que se valer do Poder Judiciário para ser reconhecido como tal, como já visto no tópico anterior.

Apesar desta diferenciação tanto o reconhecimento voluntário quanto o judicial geram os mesmos efeitos no tocante à esfera jurídica.

Assim, o reconhecimento tem efeito “ex tunc”, ou seja, efeito retroativo, pois apesar do reconhecimento ter ocorrido algum tempo após o nascimento do filho é como se tivesse se dado nesse exato momento. A paternidade, com isso, retroagirá à data de nascimento do filho.

A eficácia do reconhecimento é “erga omnes”, uma vez que o reconhecimento valerá para o pai, para o filho e, também, para terceiros. Isso acontece devido à indivisibilidade do reconhecimento, em que ninguém pode ser

reconhecido como filho para algumas pessoas e não ser reconhecido como filho para outras (VENOSA, 2003, p. 313).

Com o reconhecimento o filho adquire todos os direitos e deveres que lhe são garantidos pela legislação nacional. Investe-se no estado de filho. De outra parte surge para o pai, também, direitos e deveres decorrentes da paternidade.

Tais direitos e deveres foram discutidos em algumas partes do presente estudo, mas vale a pena repisá-los, ainda que sucintamente.

Dentre tais direitos temos que se estabelece uma relação de parentesco entre pai e filho, e, com isso, surge a possibilidade de incorporar ao nome do filho o patronímico de família ou sobrenome do pai. Para tanto bastará uma retificação do registro de nascimento, em que constará, ainda, o nome do pai e dos avós paternos.

O reconhecido poderá manter, se quiser, o sobrenome da mãe.

O direito ao nome, conforme já vimos, é direito da personalidade, imprescritível, podendo o reconhecido pleitear a qualquer tempo o acréscimo ao nome dele do sobrenome do pai. Esse direito advém do princípio constitucional da isonomia entre os filhos, havidos ou não do casamento (art. 227, § 6º).

No que diz respeito ao nome, Caio Mario da Silva Pereira (1996, p. 177) ressalta que:

O direito ao nome é uma prerrogativa individual, intimamente ligada ao estado, e, uma vez estabelecido este, uma vez incorporado o filho à família do genitor que o reconheceu, poderá usar o respectivo patronímico, ainda contra a vontade de todos os membros da família.

Outro direito relevante que nasce com o reconhecimento da paternidade é o direito a alimentos que terá o filho em face do pai. Tal direito é decorrente da relação de parentesco entre ambos.

Baseia-se tal direito no binômio necessidade-possibilidade, isto é, necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante. Portanto, quando o filho necessitar de alimentos para manter sua vida poderá pleitear de seu pai.

Todavia, como dito, o direito a alimentos advém do parentesco entre pai e filho, então o pai também poderá se valer desse direito para pleitear alimentos a seu filho, caso necessite. É direito recíproco entre pai e filho, haja vista o que assevera o artigo 1696 do Código Civil.

O reconhecimento da paternidade gera, também, para o filho o direito à herança, sem testamento (“ab intestato”), do pai e dos parentes deste, em absoluta situação de igualdade com os outros filhos, tendo em vista que, por força constitucional, possuem os mesmos direitos e qualificações.

Esse direito do filho de poder herdar do pai merece o mesmo comentário dado no tocante aos alimentos, pois o pai também terá direitos sucessórios sobre os bens deixados pelo filho, sem testamento, será herdeiro legítimo e, portanto, participará na herança deixada pelo seu filho.

Por fim, outro direito e dever que surge quando do reconhecimento da filiação é o poder familiar de que será investido o pai sobre o filho menor. Passará o genitor a reger a vida do filho e decidirá sobre as questões importantes para o desenvolvimento do menor. Inclusive ditará as regras sobre os bens que eventualmente tenha o menor.

Assim, o reconhecimento tanto o compulsório quanto o espontâneo do filho natural atribui-lhe o status de filiação, e, como se não permite nas certidões passadas pelo oficial do registro civil a menção de sua antiga condição de ilegitimidade, seu estado civil equivale ao que antigamente era atribuído ao chamado filho legítimo.

O filho adquire o sobrenome paterno, nas condições já acima apontadas. Tem direito aos alimentos e à herança paterna, participando como herdeiro da classe dos descendentes, e, pois, com a qualidade de herdeiro necessário, na sua qualidade de filho, sucede ao pai, e aos herdeiros do pai, o mesmo acontecendo com o filho havido fora do matrimônio, vindo o direito sucessório se travestir de amparo social. Da mesma forma cria para o reconhecido o dever de prestar alimentos em caso de necessidade do pai e este passa a ser herdeiro legítimo do filho.

## 12. CONFLITO JURÍDICO ENTRE A LEI E A JURISPRUDÊNCIA

Com a evolução social e com as transformações por que passaram o instituto família após a promulgação da Constituição Federal, em 1988, nosso Código Civil anterior (1916), acabou por ficar desatualizado, demonstrando uma deficiência valorativa no âmbito da filiação, que não passa despercebida.

O Código Civil Brasileiro de 1916 trazia em seu corpo uma busca incontida da paz familiar, procurando evitar conflitos que viessem a abalar a estrutura da sociedade constituída por famílias.

Nesse contexto, deixava claro Luiz Edson Fachin (1992, p. 118) que “são legítimos os filhos nascidos na constância do casamento, cabendo privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.”

Num primeiro momento, então, o Supremo Tribunal Federal, nos ditames do antigo Código, passava a admitir a investigação da paternidade do filho adúltero “a matre”, apenas se a paternidade deste já foi contestada pelo marido, mediante ação negatória da filiação, do contrário, vigorava a presunção “pater is est”.

Assim, tal presunção só poderia ser desfeita por ação negatória de paternidade proposta por aquele que presumivelmente era o pai. Caso o filho viesse a propor ação investigatória em face do pai biológico, sem que o marido de sua mãe houvesse em algum momento contestado a paternidade, referida investigação seria julgada extinta sem julgamento do mérito, por entender o julgador que a paternidade do filho já se encontrava estabelecida pela presunção.

O Supremo Tribunal Federal, então, passou a decidir da seguinte forma: Sem a ação negatória de paternidade do pai reputado legítimo, não tem o filho adúltero “a matre” ação para investigar a paternidade. (Rec. Ext. nº 41.450 – Pernambuco – Rel. Min. Henrique D’Avila, em 10/12/1950).

Dessa forma, nos casos em que a mãe, separada de fato do marido, vivendo em concubinato com terceiro, viesse com este ter um filho, em decorrência da presunção “pater is est”, a paternidade seria por presunção ao

marido, isto é, seria presumida a paternidade daquele que tem vínculos oficiais de matrimônio com a genitora.

E se o marido, por sua vez, não contestasse tal paternidade, esta não poderia vir a ser desfeita, mesmo sabendo ser uma paternidade improvável. A criança, então, como se observa, era impedida de ver reconhecida sua verdadeira paternidade.

Numa fase posterior da jurisprudência nacional, esta começa a se afastar dos ditames do Código Civil como estabelecido em sua forma original.

Passa, então, a permitir que o filho adulterino “a matre”, promova ação de investigação de paternidade em face de seu suposto pai biológico, mesmo sem a contestação do marido de sua mãe. Mas para que essa possibilidade ocorra, exigia a jurisprudência que houvesse comprovada separação de fato do casal à época da concepção da criança, pois somente assim seria possível verificar a real impossibilidade da paternidade do marido.

Esse foi o entendimento do Supremo, no Recurso Extraordinário nº 54.891 - RN, proferido pelo Relator Ministro Victor Nunes, em 24/11/1964, em que ressalta: A efetiva separação de fato do casal ao tempo da concepção, passou a ser admitida como um desses fatos aptos a ensejar a ação de investigação de paternidade.

Contrariando o Código Civil de 1916 que, no intuito de proteger a família, proibiu a busca da verdadeira paternidade por meio da ação de investigação, a jurisprudência passou a ter como objetivo assegurar à criança o direito de ver reconhecida a sua verdadeira paternidade.

É o que diz o eminente Luiz Edson Fachin (1992, p. 122):

... a separação de fato qualifica a inexistência de qualquer vínculo afetivo entre o marido da mãe e os filhos desta e, de forma diversa, mostra a presença de efetiva relação paterno-filial entre o terceiro (pai verdadeiro) e os filhos tidos pela mulher casada.

Nesse sentido, verifica-se que, junto com a separação de fato, encontra-se a inexistência do vínculo afetivo entre o marido da mãe e do filho desta. Tais fatos foram os responsáveis pela a mudança de pensamento de nossos julgadores,

que, analisando casos concretos, passaram a dar procedência ao pedido de investigação de paternidade mesmo sem a prévia contestação pelo marido da mãe.

Com isso, nossa jurisprudência, principalmente a do STF, passou a criar formas diversas para se afastar a presunção “pater is est”, não se atendo apenas à contestação prevista no Código Civil.

Ocorre, porém, que as divergências não pararam por aqui. Com um pensamento ainda mais hodierno, novos questionamentos foram surgindo, agora com relação à possibilidade do reconhecimento de paternidade de filho de mulher casada, que merece destaque, por ser o objetivo principal do presente trabalho.

## **12.1. RECONHECIMENTO DE FILHO DE MULHER CASADA**

Com a edição da nova Constituição Federal, em 05 de Outubro de 1988, passou-se a tutelar a igualdade entre os filhos, assegurando a eles os mesmos direitos, proibindo qualificações relativas à origem da filiação, seja esta decorrente de casamento ou não, caindo por terra antigas designações que qualificavam negativamente os filhos como as expressões: incestuoso, espúrio, adulterino, etc. (artigo 227, § 6º).

Nas legislações posteriores foi se consagrando o que previa a Constituição Federal, principalmente como o surgimento da Lei 8069, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual assegurou aos filhos, de forma personalíssima, indisponível e imprescritível, o direito ao reconhecimento de seu estado de filiação (artigo 27 do ECA).

Sendo, portanto, uma ação personalíssima, a investigação de paternidade é privativa do filho. Seus herdeiros não podem iniciá-la sem que o filho legitimado tenha tomado a iniciativa. Podem apenas prosseguir na ação se ela já tiver sido iniciada, quando demonstrado a clara intenção do filho ser reconhecido pelo seu verdadeiro pai, conforme artigo 1606, § único do Código Civil.



Já, no que diz respeito à imprescritibilidade, o filho, a qualquer momento, poderá lançar mão da referida ação para procurar a sua verdadeira paternidade, entendida esta como a biológica.

O Professor Zeno Veloso (1997, p. 99) ensina que:

Atualmente, temos visto, que a investigação de paternidade é livre. A Constituição e a lei consideram que o filho, qualquer que seja a natureza da filiação, tem o direito de ver estabelecida sua verdadeira ascendência biológica, e, como determinou o legislador, sem restrição alguma.

Apesar do novo Código Civil estabelecer um prazo de quatro anos, após completar a maioridade ou se emancipar, para o filho intentar ação visando a impugnação da sua paternidade, esta disposição não se coaduna com o novo direito de família, sendo direito imprescritível.

A igualdade constitucional entre filhos (art. 227, § 6º), e, confirmada pelo artigo 27 do ECA, impõe sejam feitas algumas indagações pertinentes ao caso: o filho que, tendo como pai registrário o marido de sua mãe que, em decorrência da presunção “pater is est” foi por ele registrado, poderá ao descobrir a verdade biológica, requerer o reconhecimento de sua verdadeira paternidade. Como ficaria o conflito entre o direito de paternidade do pai registrário e o direito do filho de, a qualquer momento, requerer o reconhecimento de seu estado de filiação?

É pacífico, hoje, o entendimento de que, em decorrência do princípio constitucional, que assegura ao filho, sem distinção de qualquer origem, o direito de ter sua paternidade real reconhecida (leia-se paternidade biológica). É lícito permitido reivindicar estado contrário ao que consta em seu registro de nascimento, para tanto necessita provar o erro ou a falsidade do registro anterior. Ele poderá, alegando a falsidade ideológica do registro, anulá-lo, vindo a estabelecer o vínculo de filiação com o verdadeiro pai biológico, independentemente de contestação prévia da paternidade pelo marido da mãe e independente de separação de fato do casal, como determinava as decisões anteriores de nossos Tribunais.

Esse é o entendimento predominante em nossa jurisprudência que, conforme se verifica abaixo, afasta-se ainda mais dos ditames estabelecidos pelo

Código Civil de 1916, que visava a proteção da família, em detrimento da verdade biológica ou real da nova Constituição Federal.

Assim, temos que:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE DE FILHO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PRECEDENTES DA CORTE. 1- Com ressalva do entendimento do Relator, o filho nascido na constância do casamento pode buscar o seu verdadeiro pai em ação de investigação de paternidade (STJ -Resp. 195527/SP, Rel Min. Carlos Alberto Menezes, em 10/04/2000).

E, também:

CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Ação proposta por quem, registrada como filha do marido de sua mãe, quer a declaração de que o pai é outrem. Inaplicabilidade do artigo 178, § 9º, VI e do artigo 362 do Código Civil, que se referem à hipótese diversa: a de quem, nascido como filho natural, isto é, fora do casamento, foi reconhecido. Prescrição afastada. Recurso especial conhecido e provido.

Todavia, junto com o cancelamento do registro, extingue-se, também, todos os vínculos existentes entre o filho e o antigo pai registrário, pelo fato de se admitir que o registro falso não pode produzir efeito algum.

Diante disso, o antigo vínculo de pai e filho torna-se, perante a lei, inexistente. É como se nunca houvessem sido pai e filho. Extingue-se, pois, todos os direitos e deveres existentes entre eles, dando lugar a um novo vínculo formado com o pai biológico.

Com o novo registro o filho passa a utilizar o patronímico do pai biológico, de quem adquire também todos os demais direitos atinentes à filiação, como o parentesco com os familiares do pai, direito aos alimentos e o direito à sucessão.

Além disso, o novo pai eventualmente poderá pleitear alimentos do filho, poderá herdar bens de seu filho e será investido no poder familiar; direitos esses pertencentes, até então, ao pai registrário.

Como visto o pai registrário que educou, cuidou, deu carinho, alimentação, amor não terá qualquer direito relativo à paternidade.

Diante do exposto, nossa legislação se mostra totalmente ofensiva ao pai registrário, resguardando apenas os direitos do filho e esquecendo-se do pai que, durante toda sua vida se mostrou presente e que, após, a comprovação da inexistência de vínculo biológico, vê-se destituído da qualidade jurídica de pai.

A jurisprudência posiciona-se no sentido de que, além da proteção constitucional que assegura o direito dos filhos reconhecerem os pais biológicos, verificando-se a existência de infidelidade por parte da esposa, conclui-se que não há mais que se falar em proteção à família, pois, nessa fase, a vida em comum entre marido e mulher já se encontra destruída, não havendo mais o que se proteger.

## **12.2. A CESSAÇÃO DA PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE**

Conforme visto acima, a jurisprudência vem admitindo a possibilidade do filho intentar ação de investigação de paternidade para reconhecimento da paternidade biológica, em detrimento da paternidade registraria.

Nasce, com isso, um conflito, o qual coloca frente a frente a paternidade reconhecida por intermédio da ação de investigação e a paternidade estabelecida mediante o instituto da presunção “pater is est”.

Procura, a jurisprudência, solucionar tal questão da seguinte forma: quando for julgada procedente a investigação da paternidade biológica, cessará, automaticamente, os efeitos da paternidade anterior, porque não tem mais sentido manter a presunção.

Cancela-se o registro feito anteriormente, levando-se em consideração a falsidade ideológica nele contida, pois referido registro estará demonstrando uma idéia de paternidade falsa, o que não é admitido.

Isso fica evidente, pois com a sentença de procedência, declarando a paternidade real do réu, seria impossível a co-existência da situação anterior.

Essa saída encontrada não tem origem legal, mas meramente jurisprudencial. O legislador procurou apenas preservar a paternidade jurídica por meio da presunção “pater is est”. Já a jurisprudência, utilizando-se do princípio

constitucional que determina a igualdade dos filhos (art. 227, § 6º) e, do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, procura ficar cada vez mais próxima da verdadeira filiação, facultando ao filho, a qualquer momento, buscar sua verdadeira paternidade.

Todavia, já há forte corrente no meio jurisprudencial para se reconhecer a paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica, hoje consagrada tanto jurisprudencialmente como doutrinariamente, pois como já vimos, a herança genética não determina uma situação de pai ou de filho, o que claramente é mais importante é o vínculo que ambos mantêm desde o nascimento do filho.

### **12.3. A ANULABILIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO PELA FALSIDADE IDEOLÓGICA**

Uma das características do registro, em especial o registro de nascimento, em nosso ordenamento pátrio é a irrevogabilidade. Diante disso, o registro em cartório faz com que o ato se torne perfeito e acabado, o que impossibilita a alteração das declarações nele contidas.

Ocorre, porém, que o artigo 1604 do Código Civil, com redação igual ao artigo 348 do Código Civil de 1916, como uma verdadeira exceção a essa regra, veio possibilitar a anulação do registro quando nele conter defeitos que acabem por macular a sua eficácia, estabelecendo que: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

Assim, para se anular o registro de nascimento, deve-se comprovar a existência de erro ou de falsidade.

No tocante à falsidade, podemos dividi-la em material e ideológica. A falsidade material é aquela caracterizada pela falsificação de um registro civil, ou seja, o ato de forjar um documento de fé pública, utilizando-o como se verdadeiro fosse. A falsidade ideológica, objeto de estudo do presente capítulo, ocorre

quando o documento em si é verdadeiro, mas, em contrapartida, o conteúdo dele é inverídico, falso.

Nesse diapasão, a jurisprudência abandona o entendimento anterior no sentido da extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de carência da ação quando o filho pleiteia o reconhecimento da paternidade verdadeira e passa a julgar o seu mérito, fundamentando seu novo entendimento nos artigos 1604 do Novo Código Civil e 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, declarando ser possível a anulação do registro por falsidade ideológica em razão do direito que o filho tem de ver reconhecido a qualquer momento o seu estado de filiação.

Em entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO PATERNO. LEGITIMIDADE. INTERESSADOS. A anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no art. 348 do Código Civil, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade. Precedentes. Recurso conhecido e provido (Resp. 257119/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, em 20/02/2001).

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 68):

Na paternidade reconhecida, o pai concede *status* ao filho, que o seja biologicamente. Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponde à realidade (o pai reconhece como seu um filho que não o é) o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica, em se provando a inverdade da declaração.

Com o novo entendimento jurisprudencial surgem novas divergências e vários entendimentos com relação ao momento oportuno para se requerer tal anulação.

Uma corrente entende que, antes de interpor a ação de investigação de paternidade, se faz necessário interpor uma anulatória da paternidade registrária para acabar primeiramente com o parentesco.

De outra parte uma segunda corrente, porém, diz que, sendo julgada procedente a ação de investigação de paternidade, esta terá o efeito de anular o registro anterior. Não necessitando de nenhuma ação anterior para anular o vínculo existente entre o filho e o pai registrário.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu alguns acórdãos ainda sob a égide do Código Civil anterior, mas que demonstram sua vinculação à segunda corrente acima mencionada, senão vejamos:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PROPOSTA POR QUEM TEM EM SEU REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO A DECLARAÇÃO DE SER FILHO LEGÍTIMO, NÃO HAVENDO CONTESTAÇÃO DO PAI REGISTRAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, INDEPENDENTE DE PRÉVIA ANULAÇÃO DO REGISTRO. A falsidade do registro de nascimento pode ser demonstrada no âmbito da ação de investigação de paternidade. A procedência do pedido conduz ao cancelamento do registro, não se exigindo pedido expresso nem muito menos ação própria. Inaplicabilidade dos artigos 178, § 9º, IV e 362 do Código Civil, pois imprescritível o direito do filho de buscar a paternidade real. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido (Resp 162028/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, em 20/11/2001).

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. A Ação de investigação de Paternidade pode ser proposta independentemente da ação de anulação do registro de nascimento do investigante, cujo cancelamento é simples consequência da ação que julga procedente a investigação, sem necessidade de expresso pedido de cumulação. Precedentes. Recurso não conhecido (Resp. 203208/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 26/06/2001).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Falta de ação ou de pedido para anulação do registro. Desnecessidade. A alteração do assento de nascimento no registro civil é consequência da sentença de procedência da ação de investigação de paternidade. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido (Resp. 107222/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 29/02/2000).

No entanto, tal entendimento não é majoritário na doutrina, tendo em vista que ofende o princípio da ampla defesa e do contraditório, fazendo o pai registrário suportar um efeito sem ter direito à defesa.

Uma terceira corrente, por sua vez, afirmando que a ação anulatória poderá ser interposta juntamente com a ação de investigação de paternidade.

Serão, portanto, duas ações distintas, pois as partes e a causa de pedir são diferentes, mas, no entanto, conexas entre si.

Por fim, uma quarta e última corrente, diz que, em um só processo poderão ser feitos os dois pedidos, um negando a paternidade do pai registrário e o outro o declarando pai biológico. É a corrente majoritária.

É necessário dizer, ainda, que uma vez cancelado o vínculo do filho com o pai registrário, este não se estabelece mais, mesmo que a ação de investigação seja, posteriormente julgada improcedente. No registro de nascimento não constará qualquer alusão ao pai e aos avós paternos e o filho perderá, ainda, o sobrenome do antigo pai.

Em síntese, não importa qual o momento da propositura da ação anulatória do registro estabelecido com o pai registrário. Na verdade o que se leva em consideração é a possibilidade de se desconstituir a paternidade registrária anterior para posterior reconhecimento da paternidade biológica, tendo como fundamento a falsidade ideológica do registro de nascimento e a possibilidade do filho, a qualquer momento, requerer o reconhecimento da paternidade real ou biológica, conforme prevê a Constituição Federal.

#### **12.4. A POSSE DO ESTADO DE FILHO NOS TRIBUNAIS**

O Código Civil de 1916, procurando proteger o instituto da família, estabeleceu as presunções de paternidade e a autoridade marital, explicitamente, nada mencionou sobre a posse de estado de filho.

Alguns doutrinadores, porém, extraem do artigo 349 (atual 1605) do Código Civil uma forma de previsão da posse de estado de filho.

Para Carvalho Santos (apud FACHIN, 1992, p. 130), o legislador, ao dizer que “na falta do termo de nascimento a filiação poderá ser provada por presunções resultantes de fatos já certos”, acabou, mesmo de forma implícita, por abrigar tal instituto, que se constitui pelo fato de o filho ter sempre usado o nome daquele que se designa seu pai; o fato de ser ele (o filho) sempre tratado por aqueles que se apresentam como seus pais como se filho fosse, educando-o e

tratando-o como tal; e o fato de ser ele considerado pela sociedade como membro daquela família. Tais fatos constituem-se meios de provas veementes da paternidade legítima, previsto no inciso II do artigo supra citado.

Antigamente, para a jurisprudência, a posse de estado de filho lhe era estranho, o que contribuía para a desconsideração da paternidade sócio-afetiva.

Procurando uma explicação para essa exclusão da paternidade afetiva tanto no âmbito da lei ordinária, quanto no âmbito jurisprudencial, conclui-se que, ambos, procuravam manter um vínculo entre a verdade civil e a biológica, o que acabava por afastar a posse de estado de filho.

Atualmente, porém, verifica-se uma grande valoração pela jurisprudência da posse de estado de filho. Embora em muitos acórdãos não apareça claramente, o instituto da paternidade afetiva e da posse de estado de filho vem encontrando sua razão de ser, principalmente nas decisões do Supremo.

Em resumo, a busca da verdade biológica é protegida e defendida em nosso ordenamento, dependendo apenas da vontade do filho para que ela se concretize. Mas, embora a jurisprudência não admita claramente, a noção de posse de estado de filho se faz cada vez mais presente, o que possibilita uma maior proteção àquele pai registrário que sempre cuidou e educou o filho, achando ser ele seu filho biológico.



### **13. A VERDADE JURÍDICA E A VERDADE BIOLÓGICA FRENTE À PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA**

O Código Civil anterior, como vimos, quando de sua promulgação, em 1916, visava, eminentemente, proteger a família e o matrimônio. Assim, estabeleceu o instituto da presunção “pater is est”, onde a existência do vínculo do casamento com a mãe atribui, de pleno direito, a paternidade ao marido.

Nessa linha de pensamento, a paternidade jurídica vê-se num plano superior, quase que indissolúvel, desbancando a busca da verdadeira filiação.

Todavia com o avanço da ciência e conseqüentemente com a descoberta do exame de DNA, surge a possibilidade de se investigar a verdadeira paternidade biológica. Assim, na ânsia de fazer corresponder a paternidade jurídica com a biológica e, em respeito aos princípios constitucionais que estabelece que todos os filhos são iguais perante a lei, os julgadores, passam a dar mais valor à verdade biológica, admitindo que o filho, a qualquer momento, possa reconhecer sua verdadeira filiação por intermédio da propositura da ação de investigação de paternidade em face do suposto pai.

Com isso, sendo a paternidade biológica confirmada ou não, o registro de nascimento anterior será cancelado, pois constava em tal documento um conteúdo inverídico, qual seja, a paternidade.

Cancelado então, o registro anterior, a paternidade jurídica se desfaz, dando lugar à paternidade biológica. Nesse contexto, o pai registrário é excluído da vida do filho, perdendo todos os direitos e deveres sobre ele, tudo em busca da verdade biológica.

Num terceiro momento, surge a paternidade afetiva estabelecida após a verificação da existência da posse de estado de filho.

Para os adeptos da possibilidade de se estabelecer a paternidade, tendo em vista o vínculo social, não se pode determinar a paternidade apenas com informação biológica ou genética; mais do que isso, exige-se uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, o que, com certeza, não nasce em uma sentença de reconhecimento de paternidade. Os sentimentos de

afeição de pais e filhos biológicos são frutos da convivência afetiva das partes (FACHIN, 1992, p. 130).

Valoriza-se, dessa forma, o elemento afetivo e sociológico da filiação em detrimento da paternidade biológica.

A presunção “pater is est”, após análise da posse de estado de filho, se fortalece ou se enfraquece. Se fortalece pelo fato de ser mantida, mesmo após a verificação de inexistência de vínculo biológico, pois o julgador, protegendo a pessoa do pai registrário, que sempre cuidou do filho, deu carinho e amor, impede que o filho obtenha o reconhecimento de sua paternidade genética. Diferentemente, quando inexistente a posse de estado o julgador afasta a presunção da paternidade para que possa dar lugar à verdadeira filiação genética.

Observa-se, assim, que a paternidade sociológica busca uma análise profunda do caso em discussão, para após determinar a continuidade da paternidade registrária ou o estabelecimento da paternidade biológica.

Com o nascimento de uma nova visão doutrinária e jurisprudencial não se prende o julgador ao simples fato do resultado do exame de DNA, o que terá em mente ao decidir quem é o pai de uma pessoa é a relação afetiva que mantêm entre si. Assim, não se perderia qualquer vínculo existente entre aquele que educou, criou, alimentou, e aquele que supostamente era seu filho. Subsistiria, portanto, o direito a pleitear alimentos do filho, o direito de herdar, o poder familiar sobre o filho menor, etc...

## **14. A PATERNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS**

O direito português, o qual serviu de base para muitos dos institutos civis que utilizamos até hoje na legislação brasileira, no tocante à paternidade tem alguns pontos em comum com a nossa legislação, dentre eles o instituto da presunção da paternidade.

Ocorre que há alguns pontos que divergem do nosso ordenamento, o qual nos ocuparemos agora.

### **14.1. A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS**

Igualmente ao que estabelece o nosso Código Civil, a legislação civil portuguesa, em seu artigo 1826, estabeleceu um sistema de presunção de paternidade, ao dizer que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio tem como pai o marido da mãe.

Além disso, estabeleceu um período dentro do qual presume-se a paternidade, isto é, será considerado pai o filho da mãe concebido antes do casamento, mas nascido dentro do casamento e o filho concebido dentro do casamento e nascido após a sua dissolução.

Todavia há algumas circunstâncias em que será excluída a aplicação da presunção da paternidade, v.g., a presunção não se aplicará se o filho nascer dentro dos cento e oitenta dias posteriores ao casamento e a mãe ou o marido declararem, no ato do registro, que o marido não é o pai.

Não será aplicado, ainda, o sistema de presunção da paternidade quando houver prova de que à data da concepção os cônjuges não mais coabitavam. A comprovação da não coabitação será determinada mediante a prova da primeira audiência do divórcio por mútuo consentimento, da data da citação do réu para a ação de divórcio ou separação litigiosa, da data em que a sentença reconhecer a cessação da coabitação ou ainda da data em que a mulher deixou de ter notícias do marido ou o marido deixou de ter notícias desta.

Estará excluído o sistema de presunção, por fim, quando a mãe declarar no ato do registro que o pai não é o marido dela. É comum ocorrer tal situação quando a mulher é separada apenas de fato do marido e passa a coabitar com outro homem, vindo a ter um filho deste.

Hoje, todavia, com a reforma da legislação portuguesa abandonou-se o sistema de presunção, adotando o sistema da prova livre da paternidade, permitindo todos os meios de provas em direito admitidos (FACHIN, 1992, p. 110), conforme se nota na decisão do Tribunal da Relação de Coimbra abaixo descrita:

AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE – 1 – A partir da reforma de 1977, nascido ou concebido o filho na constância do matrimônio, pode o marido da mãe provar que não é o pai biológico, desde que demonstre, podendo recorrer-se de todos os meios de prova, que é manifestamente improvável que ele, presumido pai, seja o pai verdadeiro; 2 – Tal sistema da prova livre da não paternidade exige menos do que a prova da impossibilidade do marido da mãe ser o pai e mais do que a simples probabilidade de ele não o ser; 3 – Tornando a ré impossível a prova que ao “A” competia, de que não manteve com ela relações de sexo durante o período legal de concepção, recusando-se, sem qualquer razão para tal, a submeter-se, bem como o filho de menor idade, a exame hematológico por aquele proposta, fica a mesma onerada com a prova em contrário (Apelação nº 1457798, 02/02/99 – Rel. Serra Batista)

No direito Português, encontra-se prevista no artigo 1831, do Código Civil, a possibilidade de ajuizamento de Ação de Renascimento da Presunção da Paternidade. Esta ação tem cabimento quando algumas das circunstâncias em que a lei faz cessar a presunção estão presentes e, um dos cônjuges, ou o filho, vêm a provar que no período legal da concepção existiram relações entre os referidos cônjuges, ou que o filho foi reputado e tratado como tal, configurando a posse de estado, o que torna verossímil a paternidade do marido.

Há, ainda, a possibilidade do renascimento da presunção de paternidade, conforme prevê o artigo 1826 do Código Civil Português, quando houver a reconciliação dos cônjuges separados judicialmente, quando houver o regresso do ausente e quando houver o trânsito em julgado da sentença que, sem ter decretado o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, pôs termo ao respectivo processo.

## 14.2. A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Segundo dispõe o artigo 1839 do Código Civil Português: “A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho ou, nos termos do artigo 1841, pelo Ministério Público”.

Diferentemente do que prevê o direito brasileiro, o qual afirma ser a ação de investigação de paternidade personalíssima, conferindo legitimidade apenas ao filho para propor tal ação, no direito português, de outra parte, ela pode ser proposta pelo filho, que tem o direito de ver registrada a sua paternidade biológica; pela mãe, no interesse do filho, desde que já estabelecida a maternidade; e pelo marido que, assim como a mãe, no ato do registro de nascimento, pode declarar a ausência de paternidade com relação ao marido (art. 1828).

Outro ponto relevante é que enquanto no Brasil a ação de investigação de paternidade é imprescritível, podendo ser proposta a qualquer momento, em Portugal, o artigo 1817 do CC prescreve que a ação só poderá ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. Fundamenta a limitação de prazo para propositura da ação à dificuldade da realização da prova em investigações imprescritíveis.

A ação de impugnação ajuizada pelo marido poderá ser intentada no prazo de dois anos contados da data em que teve conhecimento da não paternidade. A mãe, por sua vez, poderá propor a ação apenas nos dois anos subseqüentes ao nascimento do filho.

Com relação à legitimidade do Ministério Público, para que possa propor a ação de impugnação, o genitor deve pleitear ao Tribunal que declare a viabilidade do pedido, dentro de 60 dias, a contar da data em que registrada a paternidade do marido da mãe.

Na doutrina e na legislação portuguesa, a classificação processual das ações de filiação não é pacífica. Diante disso, os efeitos podem manifestar-se

tanto na forma constitutiva como na forma de simples apreciação. Assim, nas ações de simples apreciação o autor apenas pretende a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de um fato juridicamente relevante. Já nas ações de efeitos constitutivos o autor pretende a conformação da ordem jurídica existente, criando direitos (CAPELO, 1996, p. 58).

A doutrinadora portuguesa Maria José de Oliveira Capelo (1996, p. 59) afirma que:

Nas ações que visam a impugnação do vínculo de filiação (p.ex. a ação de impugnação da paternidade presumida), o autor não pretende apenas a declaração de inexistência de uma concreta relação natural de procriação entre o presumido pai e filho, mas visa a extinção dessa relação jurídica cuja fonte biológica não radica a verdade biológica.

Ocorre que nas ações de impugnação de paternidade, além da declaração de desconformidade entre o vínculo jurídico e a verdade, o autor deve requerer a extinção do vínculo, o que só será possível mediante uma sentença de efeitos desconstitutos.

De outra parte há doutrinadores que entendem que a ação de impugnação apresenta efeitos de simples apreciação por apenas declarar a ausência do vínculo entre as partes.

No tocante às ações de investigação de paternidade e maternidade, o autor pleiteará seja estabelecido o vínculo com o investigado. Para tanto deverá fazer uso de algumas provas. Sendo essas provas suficientes, a sentença terá efeito constitutivo. No sentido inverso, caso não haja prova suficiente para o reconhecimento do vínculo, o efeito constitutivo será afastado, dando origem a sentença declaratória de inexistência do vínculo.

Para Maria José de Oliveira Capelo (1996, p. 67) a investigação de paternidade é caracterizada como sendo uma ação de natureza constitutiva, pois a tutela jurisdicional pretendida não se esgota na mera declaração da existência do vínculo de sangue entre duas pessoas, isto porque a sentença de procedência provoca o surgimento de um vínculo jurídico. Se a sentença tivesse apenas o efeito declaratório não se estabeleceria um novo vínculo jurídico.

Alfredo Rocco (apud CAPELO, 1996, p. 69), por sua vez, nega a existência de sentenças constitutivas, afirmando que estas sentenças se limitam a declarar situações jurídicas preexistentes caracterizadas pelo estado de latência em que se encontra o direito novo.

Verifica-se, assim, que esses assuntos ainda não se encontram pacificados na doutrina portuguesa.

#### **14.2.1. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O FILHO, EM CASO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO ANTERIOR**

Como visto no tópico anterior, a sentença proferida em ação de investigação de paternidade, proposta pelo filho poderá ser declaratória ou constitutiva, conforme a posição doutrinária adotada. Será constitutiva quando criar um vínculo de filiação entre as partes envolvidas.

Entretanto o fato de o filho, autor da ação, já possuir um vínculo de filiação válido com terceiro há uma diferença, porque em ocorrendo tal fato, o efeito da sentença que reconheceu a existência do vínculo biológico entre o filho e o investigado terá força apenas declaratória. É inadmissível que essa sentença venha a destruir o vínculo jurídico preexistente.

Ao filho será dado o direito de manejar ação de investigação de paternidade para ver declarada a existência do vínculo biológico com o investigado, mas, face à paternidade jurídica já existente, não poderá ter o vínculo sanguíneo reconhecido juridicamente, tendo em vista que o “duplo laço filial não é aceito à luz do ordenamento vigente” (CAPELO, 1996, p. 122).

Tendo em vista tal situação o vínculo preexistente do pai registrário e do filho não será desfeito e os efeitos da filiação serão mantidos. Não sofrerá mudança alguma. Terá o filho apenas o direito de ver declarado sua filiação com o pai biológico, mas os efeitos da filiação não serão aplicados nesse caso.

Em síntese, o filho poderá pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, mas a sentença proferida na ação de investigação de paternidade terá

efeitos meramente declaratórios, subsistindo o vínculo anterior de parentesco. Essa sentença não desconstituirá o vínculo preestabelecido, não tendo qualquer efeito prático para o filho e para o pai. Esse entendimento é diametralmente oposto ao direito brasileiro.

Decorre disso que se, futuramente, o pai biológico vier a necessitar de alimentos, o filho não terá o dever de prestá-los, pois tem obrigação alimentar apenas perante o pai registrário, que é o pai juridicamente reconhecido no direito português quando já houver registro. Da mesma forma, esse filho não terá direito à herança do pai biológico quando este vier a falecer.

Veja as palavras de Maria José de Oliveira Capelo (1996, p. 123):

A pretensão do autor traduz-se no pedido de eliminação, por decisão judicial, da incerteza grave e objetiva gerada em torno da sua responsabilidade no fato da procriação em causa, pretensão que ficará satisfeita com a pronúncia de uma decisão de procedência e nesta se esgotará.

Esse entendimento português tem fundamento primordial no interesse da criança e do pai jurídico, da paz familiar e da privacidade do núcleo familiar. E confirmam o que vem dizendo alguns doutrinadores brasileiros, no sentido de que o reconhecimento da verdade biológica poderá vir a ser útil para a identificação genética de um sujeito, mas de forma alguma poderá acarretar a edificação de uma relação jurídica.

Fique com as palavras da eminente doutrinadora portuguesa Maria José de Oliveira Capelo (1996, p. 83):

O fato da verdade emergir à luz do dia, não implica que necessite de ser iluminada à luz do Direito. A verdade biológica continuará a servir o homem em vez de ser obstáculo ao seu desenvolvimento no seio de uma família que, se não é a biológica, poderá arrogar o estatuto de núcleo familiar ideal.

Assim deve ser dado o direito à pessoa humana de conhecer os seus vínculos genéticos, mas tal direito não pode se sobrepor à relação social afetiva



existente entre um pai e um filho, eliminando qualquer relação que anteriormente mantinham.

## 15. CONCLUSÃO

Sempre houve dificuldades em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, principalmente a paternidade. Com isso, nas mais diversas legislações do mundo, passaram-se, então, com base no direito romano, a se estabelecer presunções de maternidade e paternidade.

O sistema de presunção da paternidade estabeleceu que o marido da mãe seria o pai dos filhos dela concebidos durante o casamento. Essa é a chamada presunção “pater is est”.

O fundamento primordial do sistema de presunção de paternidade era proteger o instituto da família. Evitava-se, com isso, que a eventual verdade, ou seja, evitava-se que o marido da mãe, que não fosse o pai do filho concebido durante a constância do matrimônio, acabasse por destruir o matrimônio. Optava-se pela paternidade registraria em detrimento de qualquer outra paternidade.

Esse sistema foi adotado também no direito brasileiro, que sofreu influência do direito português, e que, por sua vez, tem base no direito romano. O sistema adotado pelo direito brasileiro fica claro em diversos dispositivos presentes no Código Civil de 1916.

Todavia com o intuito de proteger a família causou-se diversas injustiças, pois impedia que se investigasse a paternidade com relação a homem casado. E, além disso, fazia-se uma clara distinção entre os filhos, chegando-se a classificá-los em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Os legítimos eram os filhos concebidos durante a constância do matrimônio entre pais casados entre si, os legitimados eram aqueles que em princípio os pais não eram casados, mas que ganhavam tal condição com o posterior casamento dos pais entre si e os ilegítimos eram aqueles advindos de pais impedidos para o casamento.

Tal diferenciação tinha repercussões práticas, pois os legítimos tinham mais direitos que os ilegítimos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma grande revolução no instituto da família brasileira. Dentre as mudanças ocorridas está a

vedação de diferenciação entre filhos, acabando por igualá-los. Com isso todos teriam os mesmos direitos e obrigações decorrentes da filiação.

Nas leis que se seguiram à Constituição Federal foram adotados todos os princípios dela decorrentes, sob pena de incorrerem em flagrante inconstitucionalidade.

Dentre tais leis está o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) que trouxe, em seu artigo 27, o direito imprescritível e indisponível aos filhos de pleitearem o reconhecimento de seu verdadeiro estado de filiação.

O verdadeiro estado de filiação para a Constituição Federal e para a legislação infraconstitucional brasileira era a descoberta da paternidade biológica, que é a paternidade decorrente de vínculos genéticos que ligam um pai e seu filho.

A verificação da paternidade biológica somente foi possível, tendo em vista a evolução que sofreu a ciência e a medicina. Surge, com isso, o exame pericial de DNA, capaz de se estabelecer com certeza quase absoluta a paternidade biológica. Algo impensável no começo do século XX, quando o Código Civil de 1916 adotou o sistema de presunção para determinar a paternidade.

Assim se estabeleceu nos Tribunais brasileiros e na doutrina a predominância da paternidade biológica em detrimento da paternidade registrária. Possibilitou-se ao filho que manejasse ação de investigação de paternidade para ver reconhecido o seu verdadeiro vínculo de filiação.

Se houvesse um registro anterior de paternidade em relação a ele, isto é, se já tivesse uma pessoa registrada como seu pai o vínculo seria desfeito, sob o fundamento de que houvera sido feito em evidente falsidade ideológica.

Isso faz com que termine qualquer tipo de relação existente entre o pai registrário e o filho. É como se nunca houvesse existido qualquer relação entre eles. O filho perderia o sobrenome do pai registrário, o qual cedia lugar ao sobrenome do pai biológico.

Além disso, um não pode mais pleitear alimentos do outro, acaso necessitem. Um não será mais herdeiro legítimo do outro. O pai perderá o poder familiar que detém sobre o filho menor.

Todavia a predominância da paternidade biológica, com o reconhecimento do vínculo por meio de ação de investigação de paternidade, não estabelece um vínculo social e afetivo entre o pai biológico e o filho.

A relação de filiação não decorre simplesmente do vínculo genético estabelecido entre eles. A filiação, sociologicamente, somente se desenvolve com o convívio entre o pai e o filho, o que não se dá, evidentemente, com o simples reconhecimento da paternidade, por meio de ação judicial.

Sob esse pretexto surge na doutrina brasileira uma nova forma de se determinar a paternidade, é a denominada paternidade sócio-afetiva, baseada não no vínculo genético, mas na relação de afetividade existente entre pai e filho. Tem fundamento na posse do estado de filho, instituto pelo qual a paternidade é estabelecida, principalmente, na relação duradoura de filho e pai que mantém entre si.

Entende-se que o verdadeiro vínculo de paternidade é o afetivo e, portanto, o pai pode perfeitamente não ser o que determina o vínculo genético.

Nesse contexto, o conceito de paternidade vê-se dividido entre a relação biológica, a jurídica e a sócio afetiva.

Com a adoção da paternidade sócio-afetiva não se quer excluir o direito do filho de ver reconhecido a sua paternidade biológica, pois se estaria indo contra a Constituição Federal.

O direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo do filho, garantido pela Constituição Federal, não sendo passível de renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai. Nesse contexto, utilizando-se do entendimento predominante, na doutrina e jurisprudência atual, descobrindo o filho a verdadeira paternidade biológica, terá ele total legitimidade para requerer o cancelamento do registro anterior, para posterior reconhecimento da paternidade biológica.

Todavia, o que não se pode é evidentemente fazer desaparecer o vínculo registrário entre pai e filho. Pois o pai que cuidou do filho, dando-lhe amor, carinho, educação perca todos os vínculos jurídicos que mantém com ele. Se eventualmente necessitar do filho não lhe socorrerá qualquer medida judicial para tanto.

Melhor solução adota a doutrina e a jurisprudência portuguesa, ao dizer que o filho tem todo o direito de ver reconhecido sua paternidade biológica. Tendo em vista isso poderá mover ação de investigação de paternidade e por sentença judicial será reconhecida a paternidade.

Todavia a sentença judicial terá efeitos declaratórios apenas, diferentemente do entendimento brasileiro, no sentido de que a sentença gera a mudança no registro de nascimento do nome do pai.

Assim no direito português o pai registrário continua como pai, após a sentença judicial em ação movida por seu filho em face do pai biológico dele. Não perde o pai o direito de pleitear alimentos, caso necessite; continuará a ser herdeiro legítimo do filho; o filho continuará a usar o sobrenome do pai registrário.

A solução dada pelo direito português é muito mais justa para o pai, que não se verá privado da relação de filiação que mantém com o filho desde o nascimento deste.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade – posse de estado de filho – paternidade sócioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. (revista e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPELO, Maria José de Oliveira. **Interesse processual nas ações de filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

COELHO, Pereira. **Filiação**. Coimbra: Universidade de Coimbra/Faculdade de Direito, 1978.

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CURY, GARRIDO e MAÇURA (coord). **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 2. ed. (revista e atualizada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. (atualizada de acordo com o novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, 5 v.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Belo Horizonte: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

FACHIN, Rosana Amara Girard. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separados e filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao código civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5.ed. (revista e ampliada). São Paulo: Atlas, 1999.

NETO, Antônio de Paula Santos. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5.ed., São Paulo: Forense, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1994, 2v.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 6 v.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

VEIGA, Vivian Alves de Almeida. **A paternidade presumida e a descoberta da paternidade biológica**. 2002. 112 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – direito de família**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, 5 v.

\_\_\_\_\_. **Direito civil – direito das sucessões**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, 6 v.

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.