

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PATERNIDADE PRESUMIDA E O ADVENTO DA LEI 12.004/2009

Jeniffer Freire Rodrigues Azenha

Presidente Prudente/SP

2011

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PATERNIDADE PRESUMIDA E O ADVENTO DA LEI 12.004/2009

Jeniffer Freire Rodrigues Azenha

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP

2011

PATERNIDADE PRESUMIDA E O ADVENTO DA LEI 12.004/2009

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

Francisco José Dias Gomes
Orientador

Ana Laura Teixeira Martelli
Examinadora

Murillo Marques
Examinador

Presidente Prudente, 19 de Novembro de 2011

“A solidão é boa somente para refletir, porque, sem dúvida, fomos criados para viver uns com os outros”.

Chico Xavier

Dedicatória

Dedico este trabalho as três mulheres da minha vida: a minha avó Narciza, a quem devo tudo o que eu sou hoje; a minha mãe Telma, exemplo de ternura e perseverança e a minha tia Claudete, que se faz presente sempre que preciso.

Meu sempre muito obrigado, além de meu carinho e admiração eterna!

Agradecimentos

A Deus, pois sem a fé que Nele deposito nada seria.
A minha família, pela educação e formação de caráter que me propuseram e por sempre me apoiarem em minhas decisões.

A Prof.^a Daniela Martins Madrid, por ter me auxiliado no início desse trabalho.

Ao Prof. Eduardo Gesse, que dispôs do seu tempo e do seu saber jurídico, sem medir esforços para me ajudar.

Ao meu orientador, Prof. Francisco José Dias Gomes, a quem devo a realização e a concretização desse trabalho.

Aos bancas, Dra. Ana Laura e Dr. Murillo, por aceitarem prontamente o convite para participarem da mesa examinadora

Aos poucos, porém verdadeiros amigos que fiz ao longo do curso, que direta ou indiretamente sempre me ajudaram.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se nos dias de hoje, mesmo com o avanço da tecnologia, no que tange ao reconhecimento da paternidade, é cabível a utilização do instituto da presunção. Para isso, foi necessário estudar a fonte histórica dos institutos: família e filiação, observando que com o evoluir da sociedade, as normas jurídicas tiveram que evoluir também, destacando a importância do advento da Constituição Federal de 1988, que, por exemplo, estabeleceu a igualdade entre os filhos havidos ou não do matrimônio, e com grande relevância também a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em outro momento, abordaram-se as formas de reconhecimento da filiação, bem como, as hipóteses em que ocorre a presunção da paternidade, sendo mencionadas as formas impugnativas desse instituto. Houve uma diferenciação entre vínculo genético e o paterno-filial, concluindo-se que deve prevalecer o melhor para a criança e/ou adolescente, que no mais das vezes, é o vínculo socioafetivo. Por fim, tratou-se da recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA e o advento da Lei nº 12.004/2009, a qual veio confirmar o entendimento jurisprudencial pátrio, de que, tal recusa faz gerar a presunção relativa da paternidade.

Palavras-chave: Família. Filiação. Paternidade Presumida. Socioafetividade. Lei nº 12.004/09.

ABSTRACT

This paper aims to examine whether these days, even with the advancement of technology, regarding the recognition of paternity, it is reasonable to use the institute of presumption. For this, we need to explore the historical source of the institutes: family and filiation, noting that with the evolution of society, the legal standards have to evolve as well, highlighting the importance of the advent of the Federal Constitution of 1988, for example, set equality among children conceived or not in the marriage, and with great importance too, the creation of the Child and Adolescent (ECA). Later in this text, we'll discuss forms of recognition of membership, as well as the situations that presumption of paternity occurs, being mentioned the impugned forms of that institute. There was a distinction between genetic linkage and parent-child, concluding that the best should predominate for the child and/or adolescent, which in most cases, is the socio-emotional bond. Finally, it was alleged father's refusal to perform the DNA and the advent of Law n° 12.004/09, which confirmed the jurisprudential understanding of this country, that such refusal, generate the relative presumption of paternity.

Key words: Family. Filiation. Paternity Presumption. Social-Emotional. Law n° 12.004/09.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO	11
2.1 Da evolução histórica	11
2.1.1 A família no Direito Romano	11
2.1.2 A família no Direito Canônico	13
2.2 Conceito e Espécies de Família	15
2.3 Conceito e Espécies de Filiação	18
2.4 As mudanças realizadas a partir do Código Civil de 1916	20
3 DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO	23
3.1 Modos de conhecimento da paternidade	23
3.1.1 Reconhecimento Voluntário	23
3.1.2 Reconhecimento Oficioso	27
3.1.3 Reconhecimento Judicial	30
4 DA PATERNIDADE PRESUMIDA	36
4.1 Aspectos Gerais	36
4.2 Presunção “ <i>juris et de jure</i> ”	40
4.3 Impugnação legal da Paternidade Presumida	42
4.3.1 Ação Negatória de Paternidade	43
4.3.2 Impugnação à Paternidade	46
4.4 Posse de estado de filho	48
4.5 Filiação biológica x Filiação socioafetiva	51
5 DA RECUSA EM REALIZAR O EXAME DE DNA E A LEI N° 12.004/2009	55
6 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
ANEXO-A	69

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo acerca da “Paternidade Presumida e o advento da Lei nº 12.004/09”, buscaremos analisar a normatização jurídica, em que, um dos ramos do direito que sofreram maiores transformações foi o Direito de Família, passando por constantes reformas, desde o direito romano até os dias de hoje.

Sendo demonstrada a evolução dos institutos da família e da filiação, que com a evolução da sociedade, o poder antes concentrado na figura do pai, passou a ser compartilhado entre o casal, sendo regido pelo princípio da isonomia.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi assegurado aos filhos legítimos e ilegítimos a igualdade, como estabelece o artigo 227 § 6º da Constituição Federal de 1988, passando a ser inconstitucional qualquer distinção discriminatória entre os filhos.

E no que se refere ao direito dos filhos pleitearem o reconhecimento do verdadeiro estado de filiação, a Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), em seu artigo 27 veio regulamentar esse direito, tratando-se de direito imprescritível e indisponível dos filhos, podendo ser utilizado a qualquer tempo.

O presente estudo procurou demonstrar as formas de reconhecimento de filiação, tanto da filiação advinda do matrimônio quanto daquela advinda da relação não matrimonial. Podendo os filhos nascidos da relação não matrimonial serem reconhecidos por meio do reconhecimento voluntário; do reconhecimento oficioso; ou pelo reconhecimento judicial, que se dá por meio da ação de investigação de paternidade. Já os filhos advindos do matrimônio tem a sua paternidade presumida.

A paternidade presumida ocorre na filiação derivada do matrimônio, no qual, presume-se que o marido da mulher é o pai da criança. Esta presunção é relativa, podendo o pai impugná-la, desde que, demonstre a inexistência do vínculo paterno-filial. Não existindo em nosso ordenamento a presunção absoluta.

Ao se falar em paternidade, deve-se analisar o liame biológico, jurídico e sócio-afetivo. A paternidade biológica é aquela em que se presume que é o pai dos filhos, o marido da mãe, vindos da coabitação deles; já a paternidade jurídica é aquela estipulada pela ordem jurídica e a paternidade sócio-afetiva, é aquela que se

considera o pai, aquele que cria, que ampara, que dá amor, educação, dignidade e carinho para o filho.

Tratou-se também da posse de estado de filho, conhecida como filiação socioafetiva, fazendo uma distinção com a filiação biológica, objetivando solucionar o conflito entre esses dois institutos. Concluindo que deve prevalecer o interesse da criança e do adolescente, muitas vezes prevalecendo o liame afetivo sobre o genético.

Destarte, que o que possibilitou e trouxe maior probabilidade à verificação da verdadeira filiação biológica, foi o exame de DNA, entretanto, na maioria dos casos, o suposto pai se nega ao realizar o exame de DNA, o que induz a presunção da paternidade, como dispõe a Súmula 301 do STJ e os artigos 231 e 232 do Código Civil Brasileiro.

Nesse diapasão, é que foi aprovada a Lei nº 12.004 de 2009, com o intuito de solucionar a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA ou qualquer outro meio científico de prova, sendo a paternidade presumida diante de tal recusa. Tratando-se de presunção relativa, pois além do nosso ordenamento jurídico não reconhecer a presunção absoluta, o pai pode impugná-la.

Pretende-se por intermédio desse trabalho científico fazer a análise sobre esta nova lei, averiguando os benefícios que ela trouxe para o ordenamento jurídico e as críticas realizadas a ela.

Para análise deste trabalho foram utilizados os métodos histórico, dedutivo e comparativo; pesquisando através da doutrina, da jurisprudência pátria e de sites da internet as informações necessárias.

2 DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO

2.1 Da evolução histórica

2.1.1 A família no Direito Romano

Para conceituar a família no direito romano, deve-se observar o que traz Arnaldo Wald (2000, p. 9), “Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consangüinidade”.

Na Antiga Roma, prevalecia o poder patriarcal, onde o pai detinha poderes sobre os filhos e sua esposa. Nesse sentido explica Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 1-2), “[...] O chefe de família era o pai, o *pater familias*, e a família patriarcal era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, formada por um conjunto de pessoas e coisas que ficavam submetidas a seu poder”.

Portanto, a família era regida pelo pai, o qual chefiava todo o grupo familiar que vivia sobre seu comando, cabendo a estes o dever de obediência, não podendo assim participarem das decisões tomadas pelo *pater*.

Segundo Silvio A. B. Meira (1962, p. 104):

Todo o patrimônio pertencia ao pater. Este exercia poderes de vida e de morte sobre os filhos, netos, mulher, os escravos. Era o sacerdote da religião doméstica em que se adoravam seus próprios deuses (Lares e Manes), deuses esses que protegiam a domus e as pessoas a ele ligadas.

No mesmo sentido afirma Lôbo (1989 apud ASSUMPÇÃO, 2004, p. 3):

Essa família é baseada no domínio do homem, com a expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, e esta paternidade é exigida porque os filhos devem entrar na posse da fortuna paterna por sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre as condições não naturais, mais econômicas [...].

O parentesco era subdividido em agnação e cogação, cuja subdivisão existia para distinguir o parentesco consanguíneo daquele sem laços sanguíneos, visto que, o parentesco se baseava no poder (*potestas*). Nesse raciocínio, o douto Arnaldo Wald (2000, p. 10) assevera:

A agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo pater, por exemplo). A cogação era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra.

José Virgílio Castelo Branco Rocha (1960, p. 17) elucida que:

Pode, assim, haver laços de sangue entre várias pessoas, sem que estas pertençam à mesma família; e por sua vez, pessoas sem nenhum vínculo consanguíneo podem constituir uma só família, desde que sujeitas à autoridade de um mesmo chefe.

Logo, se intui que o parentesco não era determinado exclusivamente pelo vínculo sanguíneo, mas sim pela submissão ao *paterfamilias*, pela participação do mesmo culto e adoração dos seus deuses cultuados pelo *pater*. O parentesco *cognatio*, que é aquele que se dá pelo sangue, não gerava efeito algum em relação à família materna, desta forma, os filhos não teriam parentesco civil com a sua genitora, nem com os parentes dela (ROCHA, 1960, p. 18) e (MEIRA, 1962, p. 106).

Assevera Ricardo Pereira Lira (1997 apud GUIMARÃES, 2001, p. 11) que:

Na família romana o *pater familias*, com relação aos cognados e agnados, era o chefe absoluto, era o chefe incumbido de officiar a veneração dos penates, deuses domésticos. Era o chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, com direitos absolutos sobre a mulher, que remanesca *in loco filiae*. Dispunha de poderes também absolutos sobre os filhos, com direito de vida e morte sobre eles, *jus vitae necisque*.

O *pater* possuía direitos absolutos sobre o filho, como por exemplo o *jus vitae et necis*, que consistia no direito de dispor da vida do seu filho, sem cometer qualquer infração penal; o *jus exponendi* que consistia na faculdade do pai abandonar o filho menor e o *jus vendendi* que possibilitava o pai vender seu filho (ROCHA, 1960, p. 20-24) e (SANTOS NETO, 1994, p. 21-23).

No que tange a possibilidade de venda do filho, explica José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p. 22-23) que, “Não se tratava, porém, de uma venda definitiva. Durava, tão somente, por cinco anos, ao cabo dos quais restaurava-se o poder paterno”.

Nota-se que por esse sistema a mulher jamais chegaria à posição de *pater família*, uma vez que sempre estava subordinada à autoridade do marido, bem como os filhos eram submissos a figura paterna. Mesmo com a morte do *pater*, a mulher jamais assumiria o comando da família; o poder era transferido ao primogênito, e em caso de não haver um filho varão, assumiria outro homem, pertencente ao grupo familiar.

Contudo, com o passar do tempo houve a evolução familiar romana, a qual se deu com a restrição da autoridade do *pater*, dando maior autonomia à mulher e aos filhos, substituindo assim o parentesco agnático pelo cognático. Passando a ser a vinculação sanguínea o fundamento prevalecedor do parentesco. Deixando o poder familiar de ser tão concentrado nas mãos da figura paterna da família, passando a mulher e os filhos a terem uma maior participação perante a sociedade.

2.1.2 A família no Direito Canônico

No período da Idade Média, a partir do século V, não somente a família, como também toda a sociedade sofreram grandes transformações devido a influência do cristianismo. O poder antes centralizado na pessoa do *pater* começou a migrar para a Igreja Católica Romana.

Elucida Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 9) que:

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros de família e sancionadas como penalidades rigorosas.

A Igreja combatia o divórcio, uma vez que o matrimônio se tratava de um sacramento, cuja união era feita por Deus, não cabendo ao homem desfazê-lo. O matrimônio era indissolúvel, salvo os casos em que envolvessem infiéis. E para que houvesse a separação era necessária a autorização do bispo ou do sínodo (WALD, 2000, p. 12-15).

O matrimônio por ser um sacramento indissolúvel, que decorria da união entre um homem e uma mulher cristãos, que tinham como objetivo a procriação, não podia ser desfeito em qualquer tempo ou por qualquer razão. A Igreja não reconhecia outras relações, que não as provenientes do casamento, portanto, os filhos adulterinos e incestuosos, que são aqueles advindos de relações não matrimoniais não podiam ser reconhecidos, tinham os seus direitos tolidos.

Com o passar dos anos, a influência da Igreja Católica, passou a ser questionada, não sendo bem vista por parte da sociedade. Nesse momento os protestantes defendiam a ideia de maior participação do Estado, o qual deveria ser responsável sobre as questões que envolvessem o direito de família, por exemplo.

Afirma Arnaldo Wald (2000, p.16) que:

[...] na época do Renascimento, o Estado reivindicou a competência para julgar as questões referentes ao direito de família. Passando o Estado juntamente com a Igreja, a exigir a presença de testemunhas e publicidade prévia do ato, com intuito de evitar os casamentos clandestinos.

O poder antes concentrado nas mãos do *paterfamilias* passou a ser exercido pela Igreja Católica, que posteriormente passou a ser desempenhado pelo Estado. O Estado passou a intervir de forma mais assídua na organização da sociedade, o que possibilitou uma reorganização de direitos e obrigações, cujas principais mudanças se deram com a Revolução Industrial, sendo essa um divisor de águas, no que tange aos direitos das mulheres e sua participação ativa na sociedade, o que acarretou em uma nova estruturação familiar.

Afirma Rolf Madaleno (2008, p. 13) que:

O mundo testemunhou, com o início da Revolução Industrial, um súbito enxugamento da família, que migrou do campo para os grandes centros industriais, e assim reduziu a quantificação dos seus componentes.

Posto isso, após a era Renascentista, com a chegada da Revolução Industrial, a figura da família patriarcal não prosperou, pois junto com a industrialização veio a independência da mulher e os seus direitos frente a uma sociedade mais igualitária. A mulher deixou o seu papel de dona de casa, para assumir o seu papel de operária, o que mudou a sua visão de mundo, passando a se preocupar mais com a sua carreira profissional, postergando o casamento e os filhos; passando as famílias pós-revolução a terem menos filhos, em uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não.

2.2 Conceito e Espécies de Família

Para conceituar o instituto família, se faz necessário invocar alguns renomados autores, para melhor contextualização do instituto.

Segundo o doutrinador Ricardo Pereira Lira (1997, p. 25):

Família, em um primeiro conceito, é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por duas pessoas de sexo diferente. Abrange necessariamente os cônjuges, mas para sua configuração não é essencial a existência da prole.

Para José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 19), “Biologicamente, família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ou seja, unidos por laços de sangue. Em sentido estrito, a família representa o grupo formado pelos pais e filhos”.

Já para Maria Helena Diniz (2007, p. 15), “Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.

E para finalizar, conceitua Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 2):

[...] a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Por todo o exposto, conclui-se que no Direito de Família a uma ampla abordagem no que tange ao instituto família, o qual consiste em direitos e obrigações mutuas para os membros desta.

Devendo-se destacar as mudanças trazidas com o advento da Constituição Federal de 1988, onde o casamento deixou de ser a única fonte da família, passando a existir outras fontes de entidade familiar.

Assim trazem asseverações sobre a entidade familiar, os parágrafos 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Sendo, portanto, consideradas como entidade familiar, tanto a união estável, quanto a família monoparental.

Destarte Ana Paula Corrêa Patiño (2006, p. 2) leciona que:

Podem-se estabelecer alguns diferentes tipos de agrupamentos familiares reconhecidos e disciplinados pelo direito de família. A *família* propriamente dita é formada por pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio civil e sua eventual prole e tem especial proteção do Estado.

A *entidade familiar*, fundada na união estável entre o homem e a mulher ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que a doutrina houve por bem denominar *família monoparental*, também recebe proteção especial do Estado, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Desta forma, não se distingue mais a família em legítima ou ilegítima, pois a família tanto pode ser constituída pelo casamento como pela união estável, bem como, por um dos genitores e sua prole.

A família pode ser dividida em espécies, conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2007, p. 16), no qual, a família divide-se em: matrimonial; não-matrimonial, adotiva e monoparental.

- a) Matrimonial: baseada no casamento;
- b) Não-matrimonial: oriunda de relações extraconjugais;
- c) Adotiva: estabelecida por adoção, que, juntamente com a guarda e tutela, configurará a família substituta (Lei n. 8.069/90, art. 28; CC, arts. 1.618 a 1.629);
- d) Monoparental: formada por um dos genitores e a prole.

É importante destacar as grandes transformações enfrentadas pelo instituto família, podendo mencionar as mudanças referentes a estatização, a retratação, a proletarização, a democratização e a dessacralização.

Nos dizeres de Orlando Gomes (2000, p. 12-13):

A *estatização* caracteriza-se pela crescente ingerência do Estado nas relações familiares, por dois modos: substituindo a família em numerosas e importantes funções, como a função educativa e a função alimentar, controlando-a no exercício das funções que conserva.

A *retratação* observa-se na substituição da família patriarcal, existente apenas nos retratos de bodas de ouro, pela família conjugal constituída do pai, mãe e filhos menores, com tendência a se transformar na família segmentar, grande novidade na evolução familiar [...].

A *problematização* verifica-se pela mudança do caráter das relações patrimoniais de família [...]

A *democratização* revela-se na irresistível tendência para transformar o casamento numa sociedade de tipo igualitário [...]

[...]

Por último, a *dessacralização* do casamento, que o atinge uma vez realizado e se consuma na facilidade com que se rompe o vínculo, nos favores legais e jurisprudenciais ao concubinato e na indistinção entre filhos legítimos e ilegítimos, inclusive os adúlteros.

Portanto, independentemente da espécie de família, hoje o que é priorizado acima de tudo, são as relações de afeto, diálogo e igualdade, não se preocupando diretamente com a sua fonte geradora.

2.3 Conceito e Classificação de Filiação

Para melhor compreensão do instituto Filiação, vale trazer à baila os ensinamentos de alguns autores.

Segundo Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 13):

“Filiação, derivado do latim *filiatio*, é a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho, na linha reta, gerando o estado de filho, decorrente de vínculo consangüíneo ou civil, e criando inúmeras conseqüências jurídicas”.

Para Clóvis Bevilacqua (1937, apud GUIMARÃES, 2001, p. 27):

A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se filiação, quando considerada, ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; paternidade, quando considerada, descencionalmente, do pai para o filho; e maternidade, quando ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.

Sintetiza Maria Helena Diniz (2007, p. 420) que:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

No mesmo contexto, Paulo Lôbo conceitua filiação (2009, p. 195):

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiato*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Sendo a filiação, o estado de parentesco entre pais e filhos, esta era classificada em: filhos legítimos, legitimados e ilegítimos. E para melhor elucidar essa classificação, rememora Ricardo Pereira Lira (1997, p. 31-32):

Filhos legítimos eram os nascidos de justas núpcias, os havidos em casamento anulável, os tidos em casamento putativo, ainda que só um dos cônjuges estivesse de boa fé.

Filhos legitimados, em tudo equiparados aos legítimos, eram os filhos de pessoas não-impedidas para o casamento, quando da concepção do filho, que supervenientemente vinham a casar-se.

Filhos naturais eram aqueles havidos de pessoas sem impedimento para casar.

Filhos adulterinos eram os tidos fora do leito conjugal, a *matre* ou a *patre*.

Filhos incestuosos eram filhos de pessoas unidas por vínculo de parentesco próximo, ou seja parentesco na linha reta, e na linha colateral até o segundo grau [...].

Nesse rumo, Rúbia Palma (2001, p. 5) aduz que:

A filiação era legítima ou ilegítima conforme a procedência: se fosse procedentes do casamento seriam legítimos, caso contrário, ilegítimos. Os filhos ilegítimos dividiam-se em naturais, se provinham do concubinato, e espúrios se haviam nascido de pai desconhecido.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a classificação acima citada foi desconsiderada, passando a filiação a ser regida pelo princípio da igualdade.

Nesse contexto traz o enunciado do artigo 1.596 do Código Civil de 2002, “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Assim, com a nova legislação, tornou-se inconstitucional qualquer forma de discriminação feita entre os filhos, tornando-se incontestável o princípio da igualdade, o qual traz a estes os mesmos direitos e deveres, independentemente da sua origem.

Existindo, assim, além da filiação natural ou biológica, a filiação sociológica, que tem como origem a adoção, a qual encontra respaldo legal no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Código Civil Brasileiro.

O estado de filiação traz alguns direitos ao denominado filho, os quais foram explicados por Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 14-15):

O estado de filiação é um direito complexo uma vez que atribui ao filho inúmeros direitos que são: a) *nominatio* é o uso, pelo filho, do patronímico do pai; b) *tractatus* é a manutenção material do filho pelo pai; c) *reputatio* é o fato de ser considerado como filho pelos pais, pela família, pelos vizinhos e amigos que mantem ligações de amizade com a família; d) *hereditandi* é o direito de herdar.

Desta forma, tal classificação é meramente explicativa, não podendo ser usada para determinar direitos e deveres aos filhos, pois a estes foram assegurados o direito a igualdade, conforme consta na Carta Magna. Sendo expressamente vedado qualquer tipo de discriminação em relação aos filhos.

2.4 As mudanças realizadas a partir do Código Civil de 1916

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a filiação era classificada em: filiação legítima ou filiação ilegítima, sendo a filiação ilegítima desdobrada em natural e espúria, podendo a filiação espúria ser subdividida em filiação adulterina ou incestuosa. Conforme leciona Rolf Madaleno (2008, p. 381), “Os filhos espúrios podiam ser *adulterinos*, se algum dos pais ou ambos fossem casados ou *incestuosos*, se os pais tivessem vínculos próximos de parentesco, como o pai e a filha [...]”.

O artigo 358 do Código Civil de 1916 trazia em seu texto: “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

Segundo Edgard de Moura Bittencourt (2002, p. 174) “[...] os filhos são adulterinos se o impedimento matrimonial entre os pais decorre da circunstância de um ou de ambos serem casados com outra pessoa [...]”. Havia uma distinção entre os filhos havidos matrimonialmente daqueles havidos fora do matrimônio. Os filhos gerados fora do casamento não podiam ter a sua paternidade reconhecida, de

maneira que, não possuíam o estado de filho, ou seja, não tinham os seus direitos reconhecidos. A paternidade só poderia ser reconhecida depois da dissolução da sociedade conjugal.

Todavia, com a revogação do artigo 358 do Código Civil de 1916, o qual impedia o reconhecimento dos filhos considerados incestuosos e adulterinos, passou a ser possível o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Tal evolução deu continuidade com a Constituição de 1934, com o Decreto-Lei n. 4.737 de 1942, a qual teve o seu ápice com a Constituição Federal de 1988, onde foi abolida a distinção feita entre filhos havidos ou não do matrimônio e os adotivos (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 18-25) e (LÔBO, 2009, p. 7).

Anteriormente, o filho considerado ilegítimo, era vítima de situações constrangedoras, as quais hoje são vedadas pela legislação, por meio do Princípio da Igualdade dos Filhos, contido no parágrafo 6º, do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, “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”.

A esse propósito, ministra Luiz Edson Fachin (1999 apud VENOSA, 2008, p. 214):

Como a Constituição manteve o casamento como fonte da família, desaparece a designação discriminatória, mas permanece a distinção. Há um resíduo diferenciador sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar.

Portanto, não se deve mais falar em classificação ao se referir à filiação, não existindo mais os termos discriminatórios de filiação legítima ou ilegítima, visto que, a família pode ser constituída pelo casamento, pela união estável, bem como, por um dos genitores e sua prole, a denominada família monoparental.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a proteção à família foi expandida, pois os artigos 226 e 227 ampliaram o conceito da família, vindo a contemplar a família monoparental e a união estável, bem como a igualdade jurídica dos filhos e a isonomia de direitos entre os cônjuges. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2009, p. 6) diz que “a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente

das espécies biológica e não biológica; consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), houve a quebra do patriarcalismo, já que não reside mais no ordenamento jurídico pátrio qualquer desigualdade entre os filhos e os direitos e deveres dos cônjuges ou companheiros. É dizer, está instituída a 'completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, visto que igualou seus direitos e deveres também e também seu exercício na sociedade conjugal ou convencional' Diniz (2002 apud WELTER, 2003, p. 36).

Ante o exposto, nota-se que com o passar dos anos, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, alguns aspectos tidos como relevantes, foram deixados de lado, ou seja, passou a ser reconhecidas outras entidades familiares, além do casamento, o qual era tido como única fonte de família. Aboliu-se o tratamento discriminatório existente entre os filhos legítimos e ilegítimos, passando todos a terem os mesmos direitos e deveres, com base no princípio da igualdade, priorizando o afeto na delimitação da paternidade.

3 DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

3.1 Modos de Reconhecimento da Filiação

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a admitir o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, cujo reconhecimento pode ser voluntário, oficioso ou judicial; já sobre os filhos concebidos na constância do matrimônio, recai o instituto da presunção da paternidade.

O estabelecimento da filiação pode verificar-se de diversas formas, sendo as principais maneiras de reconhecimento: a) a *presumida*, em que a paternidade decorre do casamento e se prova pela simples demonstração do estado de casado. Ocorrendo a presunção de paternidade do marido, a qual é denominada como: *pater is est*; b) mediante *reconhecimento voluntário*, quando versar sobre filiação advinda de relacionamento não matrimonial, não ocorrendo assim a presunção, devendo haver o ato de declaração voluntário por parte do pai; c) mediante *reconhecimento judicial*, que se dá por intermédio das ações de estado, especialmente, no caso de filiação onde o estado de filho necessita ser declarado, através da ação de investigação de paternidade. Ocorre também nos casos de filiação advinda de relacionamento extraconjugal (BOEIRA, 1999, p. 124-125).

Assim o reconhecimento ocorrerá quando a filiação decorrer de relações não matrimoniais, pois, quando se tratar de relação matrimonial, ocorrerá a presunção de paternidade.

3.1.1 Reconhecimento Voluntário

O reconhecimento voluntário é um instituto aplicado nos casos em que não existe a presunção de paternidade, ou seja, é aplicado aos filhos nascidos fora do matrimônio. E, segundo Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 65), “O requisito objetivo do reconhecimento é atribuir o “*status* ao filho”.

Para Maria Helena Diniz (2007, p. 450), “O reconhecimento voluntário é o meio legal do pai, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o *status* correspondente (CC, art. 1.607)”.

Nesse raciocínio conceitua Paulo Luiz Netto Lôbo (2003 apud DIAS, 2007, p. 338, grifo da autora):

O reconhecimento **voluntário** da paternidade independe de prova da origem genética. É um ato **espontâneo, solene, público e incondicional**. Como regra o estado de filiação, não pode estar sujeito a **termo**, sendo descabido o estabelecimento de qualquer **condição** (CC 1.613). É ato livre, **pessoal, irrevogável** e de **eficácia erga omnes**. Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *stricto sensu*. O ato do reconhecimento é **irretratável e indisponível**, pois gera o **estado de filiação**. Assim, inadmissível **arrepentimento**. Não pode, ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade de registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei.

Trata-se de ato *personalíssimo* que pode ser realizado somente pelo pai ou pela mãe; *solene* e *irrevogável*, pois deve obedecer à forma prescrita em lei; tem efeito *retroativo* à data da concepção e, é segundo J.M. Leoni Lopes de Oliveira (2000, p. 91), “ato *puro e simples*, pois não admite prazo, condição ou qualquer outra modalidade que vise restringir o ato de reconhecimento”.

O reconhecimento voluntário tem eficácia declaratória, o qual constata uma situação preexistente, e possui efeitos *ex tunc*, retroagindo a data do nascimento. A corroborar o exposto, José Aparecido da Cruz (2001, p. 52-53) preleciona:

[...] o reconhecimento voluntário é de natureza declaratória, pois acerta e legaliza uma situação biológica (situação fática), colocando-a no mundo social (situação jurídica), gerando efeitos decorrentes de ordem patrimonial (sucessão hereditária, alimentos etc) e não-patrimonial (relação de parentesco, apelidos do pai, pátrio poder – se menor de idade).

A legislação não exige capacidade especial para o reconhecimento, não sendo requisito essencial a maioridade, portanto, em se tratando de menor relativamente incapaz, este pode reconhecer voluntariamente, desde que assistido por seu genitor. O genitor casado, por sua vez, não precisa da anuência da sua esposa para reconhecer o filho havido fora do casamento (LÔBO, 2011, p. 255-256).

Para o reconhecimento de filho maior, é necessária a anuência deste, sem a qual não haverá o reconhecimento da filiação (art. 1.614, CC), não podendo realizar o registro. Contudo, se o filho a ser reconhecido for menor, neste caso, o reconhecimento operar-se-á sem o seu consentimento, entretanto, ao completar a maioridade ou ao ser emancipado, poderá o filho impugnar a paternidade reconhecida.

Frisa-se que para que haja o reconhecimento voluntário do filho já falecido, é necessário que o filho tenha deixado descendentes, tal exigência se faz necessária para evitar qualquer tipo de fraude, conforme consta no parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil: “Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.609, o direito pátrio pode ser realizado por: declaração no termo de nascimento; escritura pública; escrito particular; testamento e por manifestação direta e expressa perante o juiz.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
I. no registro de nascimento;
II. por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
III. por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
IV. por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Sendo esta enumeração taxativa, conforme demonstra o artigo 26 da lei nº 8.069/90:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer

que seja a origem da filiação.

Aduz Rolf Madaleno (2008, p. 431) que:

Realizado o registro civil de reconhecimento, o seu conteúdo é havido por verdadeiro e opera contra todos, não havendo como modificar a verdade constante do registro civil de nascimento, salvo reste ajuizada ação para anular, reformar ou desconstituir o que consta no assento.

O registro de nascimento serve como meio de prova da filiação. O qual goza de presunção de veracidade e publicidade (art. 1.603, CC), e tem como efeito tornar público o nascimento. Realizado o registro, este será incontestável, salvo se comprovado erro ou falsidade no registro, conforme disposto no artigo 1.604 do Código Civil (DIAS, 2007, p. 327-328).

Segundo Orlando Gomes (2002, p. 342-343), “O reconhecimento feito através de escritura pública, não pode ser revogado, pois a confissão é feita perante pessoa que tem fé pública”.

No que tange o inciso II, do artigo 1.609, do Código Civil, ao dizer “escrito particular”, Fernando Simas Filho (1999, p. 50, grifo do autor) explica que:

[...] a existência de um **ESCRITO** do pretense pai, que reconheça a paternidade. Não se trata de reconhecimento por escritura pública, testamento ou registro de nascimento, e sim, de um outro escrito que traduza uma confissão ou declaração equivalente. Uma carta, bilhete, cartão postal, manuscrito ou datilografado, porém assinado pelo suposto pai, em que o mesmo faça referência a “seu filho”.

Já no que diz respeito ao testamento, explica Orlando Gomes (2002, p. 342-343): [...] “A nulidade do testamento não determina a invalidade do reconhecimento, a menos que decorra de fato ou circunstância que acarrete, do mesmo modo, a nulidade deste, como, por exemplo, a demência do testador”.

O reconhecimento pode ser feito a qualquer momento, conforme preceitua o parágrafo único, do artigo 26 da lei nº 8.069/90: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendente”.

Destaca-se que, havendo vícios ou defeitos, o ato de reconhecimento poderá se tornar inexistente, nulo ou anulável.

Nesse sentido, explica Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 159):

Os defeitos ou vícios são causas que tornam não só o reconhecimento voluntário mas qualquer outro ato jurídico, inexistente, nulo ou anulável, as causas que retiram ou podem retirar a eficácia dos atos jurídicos são: a) a falta do consentimento, objeto e causa. Estas tornam o ato inexistente; b) agente absolutamente incapaz, objeto ilícito ou impossível, não revestir a forma prevista em lei ou preterir alguma solenidade imposta para a sua validade, quando a lei expressamente declarar nulo ou lhe negar efeito. A falta de qualquer destas torna o ato nulo; c) os vícios da vontade tais como o erro, dolo, coação, simulação. Estes defeitos tornam o ato somente anulável.

Apresentando algum desses defeitos, qualquer pessoa que tenha interesse e legitimidade poderá impugná-lo, visto que, a impugnação é o ato pelo qual se busca a declaração de ineficácia do reconhecimento, que pode ser feito por meio de ação ou exceção.

O reconhecimento da paternidade estabelece relações jurídicas entre pai e filho, bem como entre este e seus novos parentes; o filho passa a ter os mesmos direitos e obrigações que os irmãos (NADER, 2006, p. 359).

Portanto, através do reconhecimento voluntário, o pai, a qualquer tempo e por iniciativa própria, decide reconhecer a criança e/ou adolescente como seu filho, gerando para este o status de filho e os direitos e obrigações decorrentes da filiação.

3.1.2 Reconhecimento Oficioso

O procedimento da averiguação oficiosa ou reconhecimento oficioso da paternidade esta regulamentado na Lei nº 8.560 de 1992, em seu artigo 2º:

Art. 2º. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro de nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 176) ministra que:

Sempre que registrado o nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial deve remeter ao juiz certidão integral do registro, acompanhada dos dados, fornecidos pelo declarante, acerca do indigitado pai, isto é, nome e prenome, profissão, identidade e residência dele. Tem início, então o procedimento de investigação oficiosa.

Assim, entende-se como reconhecimento oficioso, aquele procedimento provocado por uma autoridade pública que atua *ex officio*, ou seja, a iniciativa não é da parte interessada. Tem como objetivo buscar o reconhecimento da suposta paternidade e a retificação do registro de nascimento da criança e/ou adolescente, através do procedimento administrativo (CRUZ, 2001, p. 58-59).

O reconhecimento oficioso possui duas espécies, sendo elas: o reconhecimento oficioso voluntário e o reconhecimento oficioso coativo. O que diferencia as duas espécies é a iniciativa de sua propositura, pois o reconhecimento oficioso voluntário será de iniciativa do juiz, enquanto que o coativo terá o impulso deflagrador do Ministério Público (FRANCESCHINELLI, 1997, p. 178).

Trata-se de mero procedimento administrativo, cuja competência pertence ao juiz corregedor do cartório de registro civil.

Por ser um procedimento administrativo, o suposto pai poderá se manifestar, sem que esteja acompanhado por um advogado.

O oficial do cartório de registro civil está obrigado a instaurar o procedimento administrativo da averiguação oficiosa, logo após receber a certidão de registro do menor, na qual conste somente a maternidade, juntamente com as informações referente à qualificação do suposto pai.

Em tal procedimento, sempre que possível, a mãe do menor deverá ser ouvida pelo juiz (artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.560/92), o qual deverá respeitar a sua vontade, bem como o Ministério Público. Segundo José Aparecido da Cruz (2001, p. 65), “[...] o juiz deverá ouvir a mãe do menor sempre que necessário para colher

dados esclarecedores da paternidade alegada”.

Entretanto, considerando o Princípio da Paternidade Responsável (art. 226 § 7º da Constituição Federal), bem como o direito do filho ter a sua paternidade reconhecida, essa falta de manifestação da genitora não impede a investigação da paternidade.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

[...]

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Sobre o mesmo tema, versa o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que assegura que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles.

O juiz, ao final do procedimento de averiguação oficiosa, tomará duas decisões: lavrará o termo de reconhecimento, na hipótese do § 3º do art. 2º, ou remeterá os autos ao membro do Ministério Público, para que, havendo elementos, intente a ação de investigação de paternidade, conforme disposto no § 4º do art. 2º, da Lei nº 8.560/92 (OLIVEIRA, 2000, p. 111).

Caso o suposto pai venha a confirmar expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e o juiz remeterá certidão ao oficial do registro para a devida averbação.

Contudo, caso o suposto pai negue a paternidade, os autos serão remetidos ao Ministério Público, cuja intervenção é obrigatória, conforme a redação do artigo 109 da Lei de Registros Públicos, sob pena de nulidade absoluta. Ressalta-se que o Ministério Público deve propor a ação em nome próprio para defender direito alheio, pois neste caso não age por representação.

Assevera Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 190-191), que “[...] o Ministério Público só terá legitimidade para agir quando o suposto pai não atender o prazo de 30 dias, a notificação judicial, ou negar-se a reconhecer voluntariamente a paternidade, no procedimento oficioso voluntário”.

Todavia, explica Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 177) que “[...] se o promotor de justiça considerar que não dispõe de indícios ou provas consistentes para intentar a ação mandará arquivar o expediente da infrutífera investigação”. E havendo o arquivamento do procedimento administrativo de reconhecimento de paternidade oficiosa, nada impede a propositura da ação de investigação de paternidade, pois esta ação pode ser proposta a qualquer tempo (BAHENA, 1998, p. 66).

Em caso de falecimento do filho, cabe aos herdeiros prosseguirem com a ação, a mãe não terá legitimidade ativa para figurar como parte no processo, pois a genitora não possui nenhum parentesco com o investigado, salvo se não houver descendentes.

Posto isso, independentemente do reconhecimento oficioso ser voluntário ou coativo, o que se busca é o estabelecimento da filiação, o vínculo paterno-filial entre as partes.

3.1.3 Reconhecimento Judicial

O reconhecimento judicial acontece quando não houver ocorrido o reconhecimento voluntário, incidindo na filiação não matrimonial. Tal procedimento se dá por meio da investigação de paternidade.

Aduz Rodrigues (1985 apud CRUZ, 2001, p. 74) que o “[...] Reconhecimento forçado ou judicial é aquele decorrente de sentença havida em ação de investigação de paternidade e na qual se proclama que o autor é filho do indigitado”.

De acordo com Fernando Simas Filho (1999, p. 43, grifo do autor), “os **pressupostos** para o cabimento da ação de investigação são quatro: **concubinato, rapto, relações sexuais, e existência de escrito do suposto pai**, que reconheça a paternidade ou faça supô-la”. Os quais estavam inseridos no artigo 363 do Código Civil de 1916.

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I. se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada 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.

Entretanto, este artigo não foi repisado pelo Código Civil de 2002, pelo contrário, o novo código trouxe o artigo 1.596, “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, o qual se refere à igualdade existente entre os filhos, não havendo mais qualquer restrição ao direito de investigar a paternidade.

A ação de investigação de paternidade é puramente declaratória, em que se visa revelar que o autor da demanda é filho do réu. Portanto, é o filho que tem legitimidade ativa para propor a ação contra o pai ou seus herdeiros.

Asseveram Zeno Veloso (1997, p. 34-35) e José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 128), que se trata de ação personalíssima, ou seja, somente o filho tem legitimidade para ingressar com a ação de investigação de paternidade. Se este em vida não ingressou em juízo, tal pretensão será extinta. Contudo, podem os herdeiros do filho, prosseguirem na ação se ela tiver sido iniciada, pois tal legitimação processual é *jure hereditatis*, e não *jure proprio*.

Sobre o mesmo, versa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 621) que “Têm legitimidade ativa para a propositura desta ação: o alegado filho (investigante) ou o Ministério Público que atua como legitimado extraordinário”.

E em se tratando de nascituro, o parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diz que este é legitimado para ajuizar a ação de investigação de paternidade.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

No que tange à legitimidade para propor a ação, dispões o artigo 1.606 do Código Civil: “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Assim, em caso de filho menor, a ação deve ser proposta em seu nome, por sua genitora ou tutor. Podendo os herdeiros do menor intentar a ação, se este não o fez. Entretanto, caso o filho maior não proponha a ação, este terá seu direito extinto.

Elucida Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 622) que “O STJ, a despeito do que dispõe o artigo 1.606 – no sentido de os herdeiros do investigante poderem continuar a demanda já instaurada – admitiu em julgado inovador, que netos pudessem investigar diretamente a relação com o avô [...]”

“Civil e processual. Ação rescisória. Carência afastada. Direito de família. Ação declaratória de reconhecimento de relação avoenga e petição de herança. Possibilidade jurídica. CC de 1916, art. 363
I. Preliminar de carência da ação afastada (por maioria).
II. Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento da relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna.
III. Inexistência, por conseguinte, de literal ofensa ao art. 363 do Código Civil anterior (por maioria).
IV. Ação rescisória improcedente” (STJ, AR. 336/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 24-8-2005, DJ 24-4-2006, p. 343, 2.^a Seção).

Por ser ação de estado, tem como características a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, conforme o exposto no artigo 27 da Lei nº 8.069/90: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra o pai ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. No que tange à imprescritibilidade, tem-se a Súmula nº 149 do STF, que diz: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

A legitimação passiva pertence ao suposto pai. Se este for falecido, a ação de investigação de paternidade poderá ser intentada contra os seus herdeiros, não sendo possível, entretanto, que figure no polo passivo da ação a viúva do investigado, pois ela não é parte legítima, conforme exposto por Marcos Bahena (1998, p. 79) e Fernando Simas Filho (1999, p. 65-66).

E no que se refere ao foro de competência, a regra geral é a do domicílio do réu, com base no artigo 94 do Código de Processo Civil, contudo, havendo cumulação de pedidos de alimentos deve-se observar a Súmula nº 1 do STJ que diz: “O foro do domicílio ou residência do alimentando é o competente para a ação e investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”.

Ademais, na ação de investigação de paternidade é possível cumular outros pedidos, tais como: alimentos; petição de herança, cancelamento de registro, entre outros.

São admitidos nesta ação todos os meios de provas, conforme disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

Segundo Fernando Simas Filho (1999, p. 37):

A ação de investigação segue o rito ordinário, admitindo todos os meios de prova, com relevância à pericial, em face da evolução científica, desde os exames hematológicos de rotina (ABO, Rh, MNSs, HLA) aos modernos e precisos, relacionados com a identidade biológica das pessoas.

E, não havendo apresentação de defesa por parte do investigado, poderá ser alegado o artigo 320 do Código de Processo Civil, o qual versa sobre a inaplicabilidade dos efeitos da revelia, pois a ação de investigação de paternidade é ação de estado, de direito indisponível (BLIKSTEIN, 2008, p. 109).

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:
I. se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;
II. se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
III. se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Se o investigado se recusar a realizar tais exames, principalmente o exame de DNA, tal atitude acarreta na presunção relativa de paternidade, de acordo com o artigo 232 do Código Civil e com a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame

de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Vale ressaltar que o autor da demanda pode desistir da ação, o que resultará na extinção do processo, sem julgamento do mérito (CPC, art. 264, VIII). Nesse diapasão, entende Zeno Veloso (1997, p. 100), que “tal desistência não importa renúncia ou disposição do direito. Embora homologada, o autor pode ingressar com nova ação investigatória contra o mesmo réu, e a qualquer tempo, pois tal ação é imprescritível”.

Rolf Madaleno (2008, p. 462) aduz que:

A declaração judicial do estado de filiação gera efeitos na esfera social e registral, com o acréscimo dos nomes do ascendente judicialmente investigado e dos seus pais, os avós do investigante, cujo patronímico será averbado no assento de nascimento do investigante, aperfeiçoando os vínculo faltantes de parentesco (art. 102, n° 4, da Lei n° 6.015/73, e art. 2°, § 3°, da Lei n° 8.560/92).

Contudo, para que a declaração de paternidade gere todos os seus efeitos, deve ficar comprovado que inexistente filiação socioafetiva.

Elucida Belmiro Pedro Welter (2003, p. 172) que:

Se já estabelecida a filiação socioafetiva, tanto na reprodução humana natural quanto na medicamente assistida, ao filho assiste o direito de ajuizar ação de investigação de paternidade *biológica*, mas postulando apenas três efeitos jurídicos: 1. por necessidade psicológica para conhecer (ser) a origem biológica; 2. para observar os impedimentos matrimoniais; 3. para preservar a saúde e a vida do filho ou dos pais biológicos, em caso de doenças genéticas graves [...].

A sentença prolatada na ação de investigação de paternidade, ao declarar o vínculo da filiação entre investigante e investigado, terá eficácia absoluta e produzirá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem à data do nascimento. Devendo, desde já, serem estipulados os alimentos devidos ao autor (artigo 7° da Lei n° 8.560/92), havendo ou não pedido expresso por parte deste. Entretanto, se o autor dispensar expressamente os alimentos, estes não poderão ser fixados.

Vale ressaltar a distinção entre renúncia e dispensa dos alimentos, uma vez que os alimentos, segundo o princípio da irrenunciabilidade, não podem ser renunciados. Renúncia importa em desistir definitivamente dos alimentos, enquanto

a dispensa mantém a pessoa como titular do direito aos alimentos (PENA JUNIOR, 2008, p. 338).

Portanto, mesmo que não haja pedido expresso acerca da fixação de alimentos, estes deverão ser fixados pelo magistrado. Nesse rumo, Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 243) assevera que:

Outro efeito da sentença que reconhecer a paternidade é o da fixação de alimentos provisionais e definitivos do reconhecimento que deles necessite, conforme prevê o art. 7º da lei 8.560, que o juiz deverá determinar, ainda que não tenha havido pedido expresso do interessado.

No que tange à fixação de alimentos há três posicionamentos divergentes, conforme ministra José Aparecido da Cruz (2001, p. 155):

[...] O primeiro deles, isolado, entende que os alimentos devem ser fixados a partir da concepção da criança, no raciocínio de que as disposições do art. 4.º do CC põem a salvo o direito do nascituro. O segundo, pouco expressivo, interpreta o art. 7.º da Lei 8.560/92, entendendo que a sentença de procedência da ação de investigação é constitutiva, e a fixação de alimentos se daria a partir da sentença e não da data anterior a ela. O terceiro, majoritário, entende que a sentença de procedência da ação de investigação é declaratória e tem os alimentos como devidos a partir da citação válida, porquanto é desta data que o investigado é constituído em mora (CPC, 219).

E, para reafirmar o terceiro posicionamento, reporta-se à Súmula 277 do STJ: “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.

Assim, é por meio da ação de investigação de paternidade que o filho busca ter a sua paternidade reconhecida por decisão proferida em sentença. Sendo a ação procedente, na sentença deverá conter os alimentos provisionais e definitivos, salvo manifestação expressa em contrário por parte do investigante.

4 DA PATERNIDADE PRESUMIDA

4.1 Aspectos Gerais

Devido à falta de técnicas para se estabelecer a paternidade, criou-se o sistema de presunções, para que se pudesse então estabelecer a filiação legítima. Entendia-se como filiação legítima, aquela presumida pelo casamento (*pater is est quem justas nuptiae demonstrant*) ou pela presunção de concepção (pelos prazos do artigo 338 do Código Civil de 1916). O sistema de presunções foi estabelecido no Código Civil de 1916, cuja presunção é relativa, podendo ser impugnada pelo marido, desde que haja prova em contrário (GUIMARÃES, 2001, p. 57-58).

O Código Civil de 1916 buscava defender a família, objetivando a estabilidade desta, assim entendia-se que o casamento era suficiente para presumir a paternidade. Desta forma, a paternidade presumida ocorre em nosso ordenamento das relações advindas do casamento, cuja presunção é denominada como “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”.

Segundo Luís Paulo Cotrim Guimarães (2001, p. 56):

[...] o princípio *pater is est quem justas nuptiae demonstrant* repousa na noção de legitimidade da filiação, oriunda do casamento civil. É uma presunção que vigora por causa do laço matrimonial, sob sua dependência e em direta correlação com os filhos dali surgidos.

Sobre o mesmo tema, versa José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 41), ensinando que “é pai aquele que as núpcias legítimas indicam e firmam a certeza para o estabelecimento da condição de filho como uma consequência natural e espontânea do casamento”.

E, para Maria Helena Diniz (2007, p. 425), “é pai aquele que o casamento demonstra; assim, presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido”.

Portanto, ao falar-se de paternidade presumida, estaria falando de filiação legítima, ou seja, dos filhos nascidos na constância do casamento, em que presume ser o pai, o marido da mãe.

A paternidade presumida está prevista no artigo 1.597 do Código Civil.

Art. 1.597. 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 subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III. havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV. havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V. havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Acerca dos incisos III e V do mencionado artigo, isto é fecundação e inseminação artificial, Mônica Sartori Scarparo (1991 apud DIAS, 2007, p. 329, grifo da autora) diz:

Chama-se de concepção **homóloga** quando decorre de manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação **heteróloga**, utiliza-se o esperma de um doador fértil. Ocorrendo a concepção do material genético de outrem, o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, o marido será o pai, por presunção legal, se consentiu com a prática.

A fecundação artificial pode ocorrer de duas formas: *in vitro* ou intra vaginal. Nesse sentido, Tepedino (2001 apud VILAS-BÔAS, 2011, p. 130) assevera que:

[...] a procriação homóloga ocorre normalmente mediante a introdução do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher ou por meio de inseminação *in vitro*; nesse caso, a fecundação irá ocorrer fora do corpo da mulher, e, posteriormente, o embrião será implantado no útero feminino.

Ressalta-se que é possível a fecundação após o falecimento do marido, o que é denominado como paternidade *post mortem*, tal paternidade existirá desde que o marido tenha autorizado expressamente.

Contudo, sobre a paternidade *post mortem* há uma divergência doutrinária, no que tange a autorização do marido, pois, alguns defendem que a autorização deve ser expressa, independente de ser verbal ou escrita, já que a lei não estabeleceu forma; mas há quem defenda que a autorização tem que ser escrita, conforme traz o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil:

106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

No mesmo sentido, estabelece o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.358/1992:

Os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (Disponível em: <http://www.direitounisal.com.br/wordpress/wpcontent/uploads/2010/03/10e_d04.pdf> Acesso em: 25/10/2011).

Essa resolução foi revogada pela Resolução nº 1.957/2010: “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Portanto, para que haja a inseminação artificial *post mortem*, é necessário que a esposa não tenha constituído nova família biparental e que haja autorização escrita do marido.

Foi proposto o Projeto de Lei nº 7.701/2010, que se encontra apensado ao Projeto de Lei nº 1.184/2003, que tem como objetivo estabelecer o prazo máximo para a realização da fecundação, bem como a obrigatoriedade da autorização expressa do marido para a realização da fecundação *post mortem*. Tal projeto objetiva a introdução do seguinte artigo (VILAS-BÔAS, 2011, p. 133):

Art. 1.597-A. A utilização de sêmen, depositado e, banco de esperma, para

a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com a expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.

E, sobre a fecundação artificial heteróloga, há o Enunciado nº 104 da I Jornada de Direito Civil que diz:

104 – Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

No que tange ao inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil, explica Paulo Nader (2006, p. 333) que “Denomina-se embrião excedentário o fecundado in vitro, não aproveitado imediatamente pelo casal e armazenado em laboratório”.

Elucidativo é o Enunciado nº 107 da I Jornada de Direito Civil:

107 – Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada de houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Após as explicações feitas acerca dos incisos do artigo 1.597 do código Civil, rememora Rolf Madaleno (2008, p. 383) que:

A presunção *pater is est* é uma presunção legal, imposta pelo legislador como meio de provar a paternidade diante da impossibilidade de demonstrar de outra forma a relação paterno-filial, e assim expressa, uma regra imperativa, vinculada a própria instituição do casamento, cuja união é tida como sagrada e institucionalmente regulada, dela advindo as obrigações dos esposos, de coabitação e fidelidade, e se presentes estes deveres a filiação é naturalmente presumida, até prova em contrário, que na atualidade alcança absoluta certeza científica, tornando obsoletos todos os demais sistemas existentes.

Pois, embora a presunção traga uma estabilidade nas relações familiares, ela, muitas vezes, acaba por camuflar uma falsidade, desta forma, deve-

se destacar que não se trata de presunção absoluta, podendo o marido impugná-la.

Por fim, mesmo existindo técnicas mais precisas para o estabelecimento da paternidade, como por exemplo, o exame de DNA, este instituto da paternidade presumida foi mantido pelo Código Civil de 2002, e encontra respaldo no artigo 1.597, podendo ser empregado nos dias atuais.

A presunção de paternidade matrimonial foi mantida em todos os sistemas, sem exceção, embora tenham sido criados mecanismos para o seu afastamento e previstas as hipóteses em que a mesma cessa. Foi suprimido o monopólio do marido para impugnar a paternidade presumida. A velha regra 'pater is est' não foi abolida, mas recebeu atenuações, foi relativizada. Inobstante todos os avanços e conquistas, o prestígio conferido à paternidade biológica, à paternidade real, em detrimento da paternidade jurídica (estabelecida pela presunção), não se admite que alguém se intitule genitor adúltero para, em nome próprio, com base nesta simples alegação, impugnar a paternidade presumida do marido da mãe, reconhecendo, depois, a paternidade natural (biológica, carnal). Priorizando-se os interesses da criança, o biologismo é contido quando se constata a posse do estado de filho diante do marido da mãe. Se coexistem a paternidade jurídica (estabelecida pela regra 'pater is est') e a paternidade afetiva, esta situação real e concreta em que se encontra o filho na família e na sociedade é barreira intransponível para que se introduza um questionamento nesta relação paterno-filial. A busca da verdade biológica, obviamente, tem de ter alguns limites, inclusive para garantir o que seja mais útil para a criança, para o seu equilíbrio psicológico, sua paz, tranquilidade – enfim, o que seja melhor para o seu bem, para a sua felicidade (VELOSO, 1997, s.p apud PEREIRA, 2007, p. 82).

Portanto, por intermédio desse instituto, o Código Civil manteve as hipóteses de presunção da paternidade, considerando pai o marido da mãe, bem como acrescentou novas hipóteses de presunção com a criação dos incisos III, IV, V do artigo 1.597. A presunção ocorrerá sempre na filiação advinda do casamento, bem como da união estável.

4.2 Presunção “*juris et de jure*”

Segundo José Bernardo Boeira (1999, p. 47) e Fernando Simas Filho

(1999, p. 121), as presunções *juris et de jure* são absolutas, as quais não admitem prova em contrário, pois tem como base a lei, o que as tornam incontestáveis. Fundam-se em um fato certo, concreto, que não admite contradição.

Esse instituto tinha previsão no artigo 338 do Código de Civil de 1916.

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).

II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Art. 339. A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias que trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada:

I. Se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher.

II. Se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

Contudo, no novo Código de Direito Civil de 2002, os textos dos artigos 338 e 339 do antigo Código sofreram algumas mudanças, sendo alterados pelos artigos 1.597 e 1.598.

Art. 1.597. 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 subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Desta forma, fica evidente que apenas a presunção de concepção é absoluta (art. 1.597, I, II e V); já a presunção de paternidade é relativa, ou seja, *juris tantum*, no que concerne à figura do pai, podendo este provar o contrário (GUIMARÃES, 2001, p. 78-79) e (DINIZ, 2007, p. 434-435).

Afirma Silmara Juny Chinelato (2004 apud DIAS, 2007, p. 331, grifo da autora) que:

[...] a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de ser impugnada. Trata-se de **presunção absoluta de paternidade socioafetiva**. [...] A manifestação do cônjuge corresponde a uma **adoção antenatal** ao filho, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai.

No entanto, no que tange ao inciso V do artigo 1.597, é necessário esclarecer que a presunção será absoluta apenas quando houver autorização expressa por parte do marido.

Nesse sentido explica Paulo Nader (2006, p. 337): “Quanto à inseminação artificial heteróloga, cuja filiação por natureza não é biológica, a paternidade poderá ser contestada sob o fundamento de ausência de autorização para o procedimento”.

Portanto, nos casos dos incisos I e II do artigo 1.597, sempre haverá a presunção absoluta da paternidade, bem como no caso do inciso V quando houver a autorização expressa do marido.

Todavia, o posicionamento majoritário defende que não existe no ordenamento brasileiro a presunção de paternidade absoluta, sendo possível ao marido da mãe em qualquer hipótese questionar a presunção de paternidade que contra ele milita, assim como, cabe aqueles que possuem interesses morais e econômicos questionarem a autorização em caso de paternidade *post mortem*. Tratando-se, portanto, de presunção relativa.

4.3 Impugnação legal da Paternidade Presumida

A presunção de paternidade atribuída em favor do filho matrimonial tem sua fonte geradora no sistema monogâmico, que é adotado na maioria dos sistemas

jurídicos ocidentais, notadamente no nosso. A monogamia impõe aos cônjuges o dever de fidelidade e fundado nesse dever é que o legislador concluiu que por, via de regra, o filho de mulher casada teria sido engendrado pelo marido da mãe. E por se tratar de presunção relativa, pode ser impugnada, conforme será demonstrado a seguir.

4.3.1 Ação Negatória de Paternidade

O objeto principal desta ação é negar a existência do vínculo de filiação, cuja legitimidade ativa pertence ao marido. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 178) esta ação “[...] tem o objetivo de eliminar a incongruência entre os dados contratantes do registro de nascimento de uma pessoa e a verdade biológica de sua concepção”.

Afirma Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 96) que:

A ação negatória da presunção de paternidade tem por objeto combater não só uma situação de fato, mas, principalmente um dispositivo jurídico que é a presunção estabelecida no art. 338, do Código Civil, que atribui ao marido a paternidade dos filhos advindos da esposa.

Frisa-se que o artigo 338 do Código Civil de 1916, foi repisado pelo novo Código Civil, em seu artigo 1.597, incisos I e II.

Art. 1.597. 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 subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

Vale ressaltar que o artigo 339 do Código Civil de 1916, versava sobre uma vedação à contestação da paternidade, entretanto, tal artigo não foi reeditado pelo Código Civil de 2002.

A ação negatória de paternidade segue o rito ordinário, e deve ser acompanhada pelo representante do Ministério Público em todas as suas fases, devendo opinar sob o mérito do pedido ao final, caso contrário acarretará pena de nulidade do processo (NADER, 2006, p. 338).

Esta ação, por via de regra, é exclusiva do marido, ou seja, somente ele pode fazer uso desta para desconstituir a presunção de paternidade, conforme disposto no artigo 1.601 do Código Civil: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

[...] A negatória cabe exclusivamente na hipótese de imputação de paternidade ou maternidade biológica ou de declaração equivocada de paternidade também biológica a certa pessoa que *não* estabeleceu com o filho nenhum vínculo afetivo próprio das relações de filiação (COELHO, 2006, p. 179).

O marido poderá contestar a ação fundamentando-se nos artigos 1.597, inciso V; 1.599; 1.600 e 1.602 ambos do Código Civil, devendo provar a situação por ele alegada.

Podem os herdeiros figurar no polo ativo, desde que, o pai em vida tenha contestado a filiação, conforme disposto no parágrafo único do artigo 1.601 do Código Civil: “Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”. Pois, os descendentes possuem apenas o direito de prosseguirem na ação.

Assim afirma Washington de Barros Monteiro (2004. p. 310), que “[...] em qualquer caso, pode a paternidade ser contestada, sendo a respectiva ação marcada pela imprescritibilidade”. Contudo, em caso de adoção a paternidade não poderá ser contestada; sendo possível a alegação de invalidade do negócio jurídico que a instituiu (NADER, 2006, p. 337).

Todavia, se o registro de nascimento tiver sido feito, não há como impugná-lo, salvo se provar que houve erro ou falsidade do registro de nascimento, conforme artigo 1.604 do Código Civil.

E sobre a presunção trazida no inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, que versa sobre a inseminação artificial heteróloga, elucida Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 179) que “[...] somente no caso de falta de autorização daquele que

não forneceu o gameta ou vício de consentimento na declaração correspondente, poderá ser intentada a negatória de paternidade ou maternidade”.

Em se tratando da possibilidade de haver ação negatória de paternidade no caso de paternidade *post mortem*, deve-se interpretar o artigo 1.597, inciso III concubinado com o artigo 1.601 do Código Civil.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Pois, embora o artigo 1.601 do Código Civil verse que cabe ao marido contestar a ação, no caso de paternidade *post mortem*, terá legitimidade para contestar aquele que possua interesse moral e econômico.

Destarte, para melhor elucidar o exposto acima, trago o seguinte exemplo: “A” era casada com “B”, o qual veio a falecer, ficando “A” viúva. Posteriormente “A” se relaciona com “C”, e acaba engravidando, entretanto, “C” é desprovido financeiramente. Assim, como forma de assegurar o futuro e o bem estar do seu futuro filho, “A” resolve atribuir a paternidade ao seu falecido marido (“B”), alegando que utilizou os embriões excedentários deste, por meio da fecundação artificial homóloga, fazendo-se presumir que “B” é o pai de seu filho. Portanto, se o direito de contestar coubesse apenas ao marido, a presunção passaria de relativa para absoluta, a qual não é admitida em nosso ordenamento. Desta forma, é evidente a possibilidade de atribuir a legitimidade para outrem que tenha interesse (GESSE, 2011, informação verbal).

Todavia, caso seja comprovada a existência de vínculo afetivo, e assim existindo a filiação socioafetiva com relação ao pai registral, não há como prosperar a demanda. Desta forma “para a ação ter sucesso, precisa comprovar que, além de inexistir o vínculo biológico, também não existe a filiação socioafetiva, não desfrutando o filho da posse de estado” (DIAS, 2007, p. 353-354).

No mesmo sentido, traz Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 161), “O pai deixa de ter o direito à negatória de paternidade fundada em inexistência de

transmissão de herança genética. Se, sabendo não ser o genitor, cuidou de alguém como se fosse seu filho, não pode mais renegá-lo fundado na verdade biológica”.

Posto isso, trata-se de ação, como regra, exclusiva do marido, a qual tem como característica marcante a imprescritibilidade. Devendo o pai demonstrar que inexistem vínculos biológicos e afetivos com o filho, caso contrário a demanda será improcedente.

4.3.2 Impugnação à Paternidade

Este instituto versa sobre a possibilidade do filho menor impugnar a sua paternidade, no prazo de quatro anos, a ser contado a partir da sua maioridade ou emancipação. E encontra amparo legal, no artigo 1.614 do Código Civil.

Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Nesse sentido Rolf Madaleno (2008, p. 399) diz que:

A segunda e última hipótese codificada de impugnação de paternidade é a do artigo 1.614 do Código Civil, ao conferir ao filho menor o direito de impugnar o seu reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade, ou à emancipação.

Eduardo de Oliveira Leite (2004, p. 239), elucida que “Representado ou agindo em nome próprio a legitimidade para a ação é sempre exclusiva do filho, entretanto a contestação pode ser promovida por qualquer pessoa que tenha justo interesse, como dispõe o art. 1.615”. Entendem-se como quem tem justo interesse de contestar: o pai biológico, o pai registrado, o pai afetivo, o cônjuge ou companheiro do suposto genitor e os herdeiros deste.

Assim, passado o prazo de quatro anos, o filho não poderia mais investigar a sua paternidade.

Entretanto, a doutrina majoritária discorda com a imposição deste prazo, devendo tal ação ser imprescritível, assim como se dá com a ação negatória de paternidade (art. 1.601, CC). Pois, o fato do filho ter tido sua paternidade reconhecida através de reconhecimento voluntário, não pode limitar o direito deste, em buscar a sua paternidade biológica (DIAS, 2007, p. 344).

A imposição deste prazo contraria o princípio da igualdade e o artigo 27 do ECA (Lei nº 8.069/90): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça”.

Faz-se necessário distinguir a origem genética do vínculo paterno-filial. A origem genética se dá com o vínculo sanguíneo, o qual é averiguado hoje, por via de regra, por meio do exame de DNA; já o vínculo paterno-filial, não leva em conta a consanguinidade, mas sim a existência da posse de estado de filho, a qual se dá por meio do afeto, da convivência diária.

Destarte, havendo vínculo socioafetivo, este, se sobrepõe ao genético.

Assevera Maria Berenice Dias (2007, p. 348) que:

Mesmo que no registro de nascimento conste o nome de alguém como pai, tal não pode impedir a busca da identificação da ascendência genética. A existência de filiação registral não pode limitar o exercício do direito fundamental à busca da ascendência genética ao lapso decadencial da ação impugnativa de reconhecimento (CC 1.614). É imprescritível a ação investigatória da paternidade.

Portando, pode-se buscar a verdade biológica, mesmo que haja o reconhecimento voluntário da paternidade, contudo, não será possível a alteração no assento do registro de nascimento. Assim, elucida Maria Berenice Dias (2007, p. 358) que “[...] A declaração do vínculo biológico não surte efeitos no registro civil e, em consequência, não ocorrem sequelas de ordem matrimonial ou sucessória”.

A sentença tem efeito meramente declaratório da filiação biológica. Desta forma, mesmo que o filho seja registrado por outrem, isso não o impede de buscar a sua paternidade biológica, impugnando assim a paternidade ora existente.

Devendo ser aplicado o artigo 1.601 do Código Civil analogicamente, considerando tal ação como imprescritível, não prosperando portanto o prazo limitador de quatro anos.

4.4 Posse de estado de filho

A posse de estado de filho, também chamada de filiação socioafetiva, versa sobre o parentesco psicológico, derivado do afeto.

Segundo Orlando Gomes (2002, p. 60): “a posse de estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que cria e educa”.

Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 634):

A filiação socioafetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha à de pai ou mãe e seu filho. Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele”.

Nesse diapasão, Lôbo (2008 apud GAGLIANO, 2011, p. 634) entende que:

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua.

Sobre o mesmo tema, versa Daniel Blikstein (2008, p. 114):

A *posse de estado de filho* não está expressamente descrita nas disposições do Código Civil atual como autorizador do reconhecimento de

paternidade, mas é plenamente aceita pela doutrina nacional e estrangeira como forma de indicção, reconhecimento e modalidade de constituição de paternidade.

Segundo Belmiro Pedro Welter (2003, p. 148-150) “A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida 'adoção à brasileira'”. Sendo assim, a filiação socioafetiva se subdivide em espécies, sendo elas:

a) filiação afetiva na adoção;

Insta explicar que a adoção, segundo Leite (1994 apud WELTER, 2003, p. 148) “[...] é um ato de vontade e um ato jurídico, que se prova e se estabelece através de um contrato ou de um julgamento (ato de vontade do Juiz, mas que supõe previamente à vontade do(s) interessado(s)”.

b) filiação sociológica do filho de criação;

O filho de criação provém de uma relação sem vínculo biológico ou jurídico (adoção), no qual os pais criam o filho por mera opção (WELTER, 2003, p. 148-149).

c) filiação eudemonista no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade;

Segundo Belmiro Pedro Welter (2003, p. 150), trata-se do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, estabelecendo o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), não importando se biológico ou não, o que “atribui direitos que provocam efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relações de parentesco) e patrimoniais (direito à prestação alimentar, direito à sucessão etc)”.

d) filiação socioafetiva na “adoção à brasileira”;

Aduz Belmiro Pedro Welter (2003, p. 150) que a “adoção à brasileira” se constitui quando:

[...] alguém reconhece a paternidade ou maternidade biológica, mesmo não

o sendo, cuja conduta é tipificada como crime (art. 299, parágrafo único, do CP). Nesse caso, pode ser edificado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), tornando, dessa forma, irrevogável o estabelecimento da filiação na firma dos arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227§ 6º, da Constituição Federal, pelo que a “declaração de vontade, tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser pai ou mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretroatável.

Ressalva Maria Berenice Dias (2006, p.394) que “Ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP 242), não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve sua prática”.

Após a explicação das espécies de filiação socioafetiva, cabe salientar que há alguns elementos que caracterizam a posse de estado de filho, sendo eles: *nome, trato e fama*. A esse propósito, ministra José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 62-63):

Os elementos que caracterizam e constituem a posse de estado são, tradicionalmente, indicados pela doutrina, como sendo o *nome, trato e fama*. Assim, deve o indivíduo ter sempre usado o *nome* do pai ao qual ele identifica como tal; que o pai tenha *tratado* como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para a sua formação como ser humano; que tenha sido, constantemente, reconhecido como tal na sociedade e pelo presumido pai. Aqui a *fama* representa a exteriorização do 'estado', em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público.

Contudo, a doutrina majoritária tem dispensado o requisito nome, bastando a comprovação dos requisitos do tratamento e da fama.

Desta forma, fica evidente que a filiação socioafetiva não se dá com o nascimento, com a consanguinidade, mas sim, por um ato de vontade, que é motivado pela afetividade.

Portanto, existindo o elo afetivo, ou seja, constituindo-se a posse do estado de filho, mesmo que posteriormente ocorra o rompimento desta convivência, em nada afetará o vínculo de filiação, pois, o reconhecimento da filiação socioafetiva é irrevogável, conforme dispõe o artigo 48 do ECA.

Assim, embora a filiação socioafetiva não esteja prevista expressamente no Código Civil, a doutrina vem admitindo com grande assiduidade a sua aplicação. Levando em consideração a filiação socioafetiva, tem-se reconhecido

como pai, àquele que convive, dá amor ao filho.

O Código Civil de 2002 também não reconheceu, expressamente, o estado de filho afetivo. Entretanto, a filiação socioafetiva pode ser admitida com base nos seguintes artigos: a) art. 1.593, que diz: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Essa *outra origem* de parentesco é justamente a sociológica (afetiva, socioafetiva, social, eudemonista); b) art. 1.596, em que é reafirmada a igualdade entre a filiação (art. 227, §6º, Constituição Federal de 1988); c) art. 1597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s). d) art. 1.603, visto que, enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo; e) art.1.605, II, em que filiação é provada por presunções – posse de estado de filho (estado de filho afetivo) (WELTER, 2003, p. 161-162).

Ante o exposto, a posse de estado filho decorre precipuamente da afetividade familiar, atribuindo a filiação por critérios socioafetivos, e não biológicos. Devendo sempre priorizar o melhor para a criança, no momento de estabelecer a paternidade.

4.5 Filiação biológica x Filiação socioafetiva

A filiação biológica se caracteriza pelo vínculo consanguíneo existente entre pais e filho; já a filiação socioafetiva, é aquela que deriva do afeto, do convívio diário, a qual resulta da posse do estado de filho.

Segundo Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 51) “A paternidade biológica foi, durante muito tempo, a regra geral. Era o vínculo consanguíneo entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida que estabelecia o parentesco”.

Entretanto, com o passar dos anos e o evoluir da sociedade, o conceito

de paternidade foi ampliado, passando a reconhecer a paternidade baseada exclusivamente no afeto.

[...] a família sociológica é aquela em que existe a prevalência dos laços afetivos, em que se verifica a solidariedade entre os membros que a compõem. Nessa família, os responsáveis assumem integralmente a educação e a proteção da criança, que, independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, criam, amam e defendem, fazendo transparecer a todos que são os seus pais (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 53).

Destarte, Maria Berenice Dias (2007, p. 326, grifo da autora) que:

[...] de um lado existe uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um **liame biológico** entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial de atribuição da paternidade ou maternidade.

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de reconhecer a origem genética, a própria ascendência, é um direito fundamental, um **direito de personalidade**. Trata-se de um direito individual, personalíssimo, e não significa necessariamente direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica.

Sobre o mesmo tema, versa Pablo Stolze Gagliano (2011, p. 633) que “Independentemente do vínculo sanguíneo, o vínculo do coração é reconhecido pelo Estado com a consagração jurídica da *'paternidade socioafetiva'*”. Sendo assim, pai é aquele que cria, que dá carinho, não apenas aquele que fornece o sêmen para a concepção.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 não contém nenhum dispositivo legal que privilegie a paternidade genética em detrimento da paternidade socioafetiva. Nesse sentido, os doutrinadores de escol são unânimes em ensinar que o aspecto afetivo, em muitas oportunidades deve se sobrepor ao critério biológico.

Nesse diapasão, Maria Christina de Almeida (2001, apud PEREIRA, 2007, p. 83) aduz que:

[...] a paternidade é hoje, acima de tudo, socioafetiva, moldada pelos laços afetivos cujo significado é mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho pelo pai, dia a dia, revelam uma verdade afetiva, em que a paternidade vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em integração e interação paterno-filial.

Assim, deve-se levar em consideração o aspecto afetivo presente na relação paterno-filial, pois, tal vínculo se dá por livre escolha das partes e não por imposição biológica.

O Enunciado 339 do CEJ (Centro de Estudos Judiciários) traz inserido que: “A paternidade sócioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

O Superior Tribunal de Justiça tem proferido decisões decidindo pela preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento do elo biológico.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.

(STJ. Terceira Turma, REsp 1.087.163-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 18 de agosto de 2011).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido.

(STJ. Terceira Turma, REsp 1.189.663-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 06 de setembro de 2011).

A corroborar o exposto acima, leciona Jacqueline Figueiras Nogueira (2001, p. 84):

O verdadeiro sentido nas relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificadamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são 'invisíveis' aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não tem os olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um 'pai': os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e de dispor a dá-lo. Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes para os sentidos dela o seu "porto seguro". Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem.

Desta forma, comprovada a filiação socioafetiva, não se pode destruir o elo consolidado pela convivência em detrimento da comprovação de laços consanguíneos.

5 DA RECUSA EM REALIZAR O EXAME DE DNA E A LEI 12.004/2009

Sobre a recusa em realizar o exame de DNA existe uma colisão de interesses, de um lado está o direito de personalidade do pai que se nega a realizar o exame, e de outro, o direito do filho que busca ter declarada a sua paternidade biológica.

Assevera Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 219) que:

No conflito de interesse entre o direito de personalidade do pai, que não quer se submeter-se ao exame, protegendo sua integridade física e no exercício do seu direito de liberdade, e do filho, que busca a declaração da paternidade biológica, entende-se deva prevalecer o direito do filho, assim atribuindo à descoberta da real ascendência genética uma relevância maior do que ao atentado à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo, de forma a proteger aquela das partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo fato de seu nascimento.

Para que a colisão de direitos seja resolvida se faz necessário a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Destacando-se que “[...] enquanto o direito à intangibilidade do próprio corpo tem natureza privada, o direito à identidade biológica tem conotação pública, de onde justificar-se a consequência negativa para o suposto pai decorrente de sua recusa à submissão à perícia genética: na hierarquia de valores, o interesse público deve sobre por-se ao privado” (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 171).

Ademais, a lei não tratou da hipótese inversa, ou seja, da hipótese do filho registrário se negar a fornecer o material genético para instruir a ação negatória de paternidade. Portanto, devido a essa omissão legal, a matéria deve ser interpretada com embasamento no artigo 232 do Código Civil conjuntamente com o princípio da isonomia, visto que, a recusa do filho em realizar o exame de DNA, faz presumir que este não é filho do autor da ação, incidindo a presunção relativa. Pois, havendo recusa do pai em realizar o exame de DNA na ação de investigação de paternidade, recairá sobre ele a presunção relativa de paternidade, desta forma, o mesmo deve acontecer caso o filho se negue a realizar o exame na ação negatória

de paternidade, presumindo-se relativamente que este não é filho, caso contrário estaria ferindo o princípio da isonomia.

Acerca da recusa do suposto pai na realização do exame de DNA, existem três correntes doutrinárias sobre as consequências de tal recusa (GESSE, 2011, informação verbal):

Para o sistema inglês, a recusa equivale à obstrução da prova, de forma a gerar presunção absoluta contra aquele que se recusa a se submeter à prova.

O sistema alemão, por sua vez, defende a obrigatoriedade da submissão desde que a medida seja necessária ao exame de filiação de uma criança.

De outro lado, o sistema francês, adotado pela legislação brasileira, a recusa imotivada à realização do exame de DNA importa em presunção relativa, cabendo ao juiz valorar o conjunto de provas.

No sistema adotado pelo legislador nacional, prevalece o direito à recusa, isto é, a parte não pode ser compelida a se submeter ao exame, pois isso afrontaria o princípio da dignidade humana que deve ser mantido. Todavia, a recusa imotivada conduz à presunção de paternidade, a qual, somada a qualquer outro elemento probatório, conduz à procedência da ação.

Os tribunais pátrios já decidiam uniformemente aplicando a presunção relativa a esses casos com base na disposição dos artigos 231 e 232 do Código Civil.

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Pacificando o entendimento jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, editou em 2004 a Súmula 301, determinando que, “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Por fim, no mesmo sentido da interpretação aplicada pela jurisprudência, a Lei 12.004/09 acresceu à Lei 8.560/92 o artigo 2º-A, que dispõe:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Assim, fica patente que no sistema jurídico brasileiro, havendo recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, considerar-se-á a paternidade presumida, sendo esta relativa, já que a ação só será procedente quando somada a outros elementos de convicção.

Parte da doutrina, capitaneada por Maria Berenice Dias, entende que a novel Lei não foi produtora, uma vez que já era pacífico em nossos tribunais a atribuição da presunção relativa de paternidade aos casos de recusa imotivada de realização de exame de DNA (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/lei-paternidade-presumida-deixou-desejar-quesito-registro-civil>>. Acesso em 22.10.2011.).

Entretanto, embora a Lei nº 12.004/09 (ANEXO-C) não tenha trazido nenhuma inovação jurídica, esta é necessária para petrificar o entendimento jurisprudencial, de forma a não dar azo a eventuais, minoritários e esparsos entendimentos em sentido contrário.

Destarte, para que o pai não possa se beneficiar com a sua própria omissão, considerando o direito do filho em ver a sua paternidade biológica reconhecida, é certo que deve ser aplicada a presunção relativa de paternidade, nos casos em que ocorrer a recusa em realizar o exame de DNA.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho iniciou-se com o estudo da família, analisando esse instituto perante o direito romano e canônico.

No direito romano o poder era concentrado na figura do pai, o *pater família*. A esposa e seus filhos não possuíam autonomia de vontade, deviam sempre obedecer o *pater*. Nesse período a mulher não detinha nenhuma autoridade familiar.

A partir do século V, a Igreja Católica passou a assumir o poder, antes concentrado nas mãos do *pater*. Para os cristãos o matrimônio era um sacramento, ou seja, um instituto indissolúvel, portanto, não reconheciam as relações adversas ao casamento, bem como, consideravam os filhos havidos fora do casamento como ilegítimos.

No que se refere à filiação, essa é o estado de parentesco entre pais e filhos, e era classificada como: legítima, ilegítima e legitimados, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, tais denominações foram consideradas inconstitucionais, passando a vigor o princípio da mais absoluta igualdade entre os filhos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações no campo do Direito de Família, pois, além de reconhecer a igualdade entre os filhos havidos ou não do matrimônio, vedando qualquer tipo de discriminação, reconheceu a união estável e a família monoparental como entidades familiares, deixando o casamento de ser a única fonte originária da família, e por fim, estabeleceu a isonomia entre os cônjuges, tendo ambos os mesmos direitos e deveres.

E sobre a possibilidade do reconhecimento da filiação advinda de relação não matrimonial, essa pode ocorrer por meio do reconhecimento voluntário, do reconhecimento oficioso ou por meio do reconhecimento judicial.

O reconhecimento voluntário, como o próprio nome já diz, é o reconhecimento feito por iniciativa livre do pai (ou mãe). Trata-se de ato espontâneo, solene, público, incondicional, pessoal, irrevogável, irretratável e indisponível. O qual pode se dar segundo as hipóteses contidas no rol taxativo do artigo 1.609 do Código Civil: registro público, escritura pública, escrito particular, testamento e manifestação

direta e expressa perante o juiz. Se o reconhecimento for de filho maior, este deve anuir, pois, não havendo a anuência, não poderá ser reconhecida a filiação; no que tange aos filhos menores, o reconhecimento operar-se-á sem o seu consentimento, podendo impugnar a paternidade quando atingir a maioridade ou a emancipação.

O reconhecimento oficioso, disposto no artigo 2º da Lei nº 8.560 de 1992, ocorre quando na certidão de registro do menor conter apenas a maternidade, juntamente com as informações e qualificações do suposto pai. Trata-se de um procedimento administrativo, cuja iniciativa não pertence à parte interessada e sim a uma autoridade pública que atua *ex officio*. O suposto pai ao ser citado poderá reconhecer a paternidade ou negá-la. Se negada, ocorrerá a intervenção obrigatória do Ministério Público, ao qual caberá propor a ação de investigação de paternidade.

Por fim, há o reconhecimento judicial, que ocorre por meio da ação de investigação de paternidade nos casos em que não houve o reconhecimento voluntário. A legitimidade ativa pertence ao filho e pode ser exercida a qualquer momento, por ser imprescritível, bem como, poderá os herdeiros deste figurar no polo ativo, desde que, o filho já tenha iniciado a ação; figurando no polo passivo o pai, e em caso de falecimento deste, figuraram no polo passivo seus herdeiros.

No que tange a presunção de paternidade, esta ocorre das relações advindas do casamento, ou seja, dos filhos nascidos na constância do casamento, presume-se que seja filho do marido da mãe. A presunção da paternidade *post mortem* pode ocorrer, desde que, haja autorização escrita do marido.

A presunção é relativa, pois, não existe em nosso ordenamento presunção absoluta de paternidade, pois, o pai pode elidi-la, provando o contrário, bem como, cabe aqueles que possuem interesses morais e econômicos questionarem a autorização em caso de paternidade *post mortem*.

Como formas de impugnar a paternidade, há a ação negatória de paternidade, que tem como objetivo negar a existência do vínculo de filiação, cuja legitimidade ativa pertence ao marido, devendo este provar que inexistem vínculos biológicos e afetivos com o referido filho; e a ação de impugnação à paternidade, que versa sobre a possibilidade do filho menor, depois de alcançada a sua maioridade ou emancipação impugnar a sua paternidade. Ambas são imprescritíveis.

Ao analisar a posse de estado de filho, também chamada de filiação afetiva, aquela que tem como fundamento o afeto, a convivência, percebeu-se que nos dias de hoje, ela tem prevalecido em face do vínculo biológico. Assim, pai não é

apenas aquele que gera, mas sim, aquele que cuida, da amor, educação, e tudo o que a criança venha a precisar para o seu crescimento e desenvolvimento. Havendo conflito entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, deve sempre prevalecer o melhor para a criança, ficando evidente que a paternidade socioafetiva pode prevalecer sobre a paternidade biológica.

Com a revolução genética, o exame de DNA veio proporcionar o reconhecimento da paternidade, com grande exatidão. Entretanto, em muitos casos o pai se nega a realizar o exame, não podendo o pai ser conduzido coercitivamente para a realização do exame, o artigo 231 e 232 do Código Civil e a súmula 301 do STJ, pacificaram o entendimento de que havendo a recusa imotivada, deveria aplicar a presunção relativa, pois, o direito do filho de buscar a declaração de sua paternidade biológica deve prevalecer ao direito de liberdade, personalidade do pai.

E, foi nesse sentido que a Lei nº 12.004/09 foi criada, para confirmar o entendimento jurisprudencial, de que havendo recusa imotivada do pai, incidirá a presunção relativa de paternidade. Todavia, há quem critique a criação desta lei, sob o fundamento de que tal assunto já estava pacificado, empregando os artigos 231 e 232 do Código Civil conjuntamente com a súmula 301 do STJ, que decidiam pela presunção relativa de paternidade, caso o pai se recusasse imotivadamente a realizar o exame de DNA. Porém, deve-se destacar que súmula não é lei, nesse sentido, a lei veio por afirmar o entendimento já pacífico, de modo a coibir qualquer decisão em sentido contrário.

Por todo o exposto, conclui-se que mesmo com a existência do exame de DNA, o qual proporciona com maior exatidão a paternidade, o instituto da presunção criado pelo Código Civil de 1916 e repisado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.597, ainda pode ser utilizado.

E em casos de recusa do pai em realizar o exame de DNA, haverá a presunção relativa da paternidade, conforme disposto na Lei nº 12.004/09.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito de família**. v. 6. São Paulo: Brasiliense, [198-].

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA – aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

ALVARENGA, Bárbara de Deus Gonçalves. **Efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga post mortem**. Lorena, 2009. Disponível em: <<http://www.direitounisal.com.br/wordpress/wpcontent/uploads/2010/03/10ed04.pdf>>. Acesso em: 25/10/2011.

AMARAL, Fernanda Stefani. **A família perante o novo código civil**. Presidente Prudente, 2002. 77 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2002 .

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAHENA, Marcos. **Investigando a paternidade**. Leme: LED, 1997.

BENTO, Daniela Roberta. **A importância da paternidade socioafetiva frente ao direito brasileiro**. Presidente Prudente, 2008. 84 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1937.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família: casamento, divórcio, concubinato, filiação, filhos de criação: adoção comum, simples e plena**. 5. ed. Campinas: Millennium, 2002.

BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3.071/16. Revogada pela Lei nº 10.406/02. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28/10/2011.

_____. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28/10/2011.

_____. Lei nº 8.069/90. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27/10/2011.

_____. Lei nº 8.560/92. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm>. Acesso em: 27/10/2011.

_____. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406/02. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28/10/2001.

_____. Lei nº 12.004/09. **Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 27/10/2011.

_____. Enunciados aprovados – **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 31/10/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **súmula nº 1**. O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 28/10/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **súmula nº 301**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 28/10/2011.

_____. Superior Tribunal Federal, **súmula nº 149**. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 28/10/2011.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.). v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 27/10/2011.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 27/10/2011.

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

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

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

_____. _____. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Paternidade que não veio. Lei sobre paternidade presumida deixou a desejar**. 03/08/2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/lei-paternidade-presumida-deixou-desejar-quesito-registro-civil>>. Acesso em: 22/10/2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: Direito de Família**. 17. ed. v. 5. São

Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. v. 5., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. Família hoje. In. BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FILHO, Fernando Simas. **A prova na investigação de paternidade**, 7. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 1999.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

FREITAS, Bezerra de. **Direito Civil: família**. Jornal de Commercio. Rio de Janeiro: Rodrigues & C., 1967.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil: abrangendo o código de 1916 e o novo código civil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GESSE, Eduardo. **Informações verbais**. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. _____. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. _____. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006-2007.

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

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT comentadas para trabalhos científicos**. 2. ed., rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

JÚNIOR, A. Almeida. **Paternidade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Família Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Direito civil aplicado**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Maurilio Cesar de Lima. **Introdução a história do direito canônico**. São Paulo: Loyola, 1999.

LIRA, Ricardo Pereira. **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. IN. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). Código Civil comentado. v. 16. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 27. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1994.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **A nova lei de investigação de paternidade: lei nº 8.560, de 29/12/92**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PALMA, Rúbia. **Famílias monoparentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PATÍÑO, Ana Paula Corrêa. **Direito Civil: direitos de família**. São Paulo: Atlas, 2006.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**: estudo teórico-prático. Rio de Janeiro: Tupã Ed., 1960.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 12. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 11ª ed., Rio de Janeiro: 1977.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SERRA NEGRA, Carlos Alberto; SERRA NEGRA, Elizabete Marinho. **Manual de trabalhos monográficos de graduação, especialização, mestrado e doutorado**. São Paulo: Atlas, 2003.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 7. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 1999.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01/10/2010 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 21/10/2011.

SOUZA NETO, José Soriano de. **Do reconhecimento voluntario dos filhos legítimos**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1928.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 6. ed. v. 5., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010-2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEIGA, Vivian Alves de Almeida. **A paternidade presumida e a descoberta da paternidade biológica**. Presidente Prudente, 2002. 112 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 2. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. _____. 7. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. _____. 8. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Revista Síntese Direito de Família. v. 13. n. 67. ago/set. 2011.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. _____. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de paternidade**. 1. ed. 2 t. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: LAEL, 2010.

ANEXO – A

Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009.

Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA.

Art. 2º A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A:

“Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Art. 3º Revoga-se a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de julho de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.7.2009