

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PATERNIDADE PRESUMIDA E A DESCOBERTA DA
PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Vivian Alves de Almeida Veiga

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

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

A PATERNIDADE PRESUMIDA E A DESCOBERTA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA

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

Dr. Eduardo Gesse
ORIENTADOR

Dr. Pedro Anderson da Silva
EXAMINADOR

Dra. Zenaide Silveira Sávio
EXAMINADORA

Presidente Prudente, 28 de Novembro de 2002.

Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.

Montesquieu

Este trabalho é dedicado aos meus pais Veiga e Consuelo e ao meu noivo Wagner que demonstraram em cada gesto e em cada sorriso um amor incondicional, capaz de transpor qualquer nuvem de tristeza, ameaça ou dor.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à Deus, pelo dom da vida, pelas bênçãos sem limites derramadas sobre o meu ser e sobretudo, pela oportunidade de concretização de um sonho tão almejado.

Aos meus pais Valdecir Veiga e Consuelo Veiga que durante essa árdua caminhada estiveram sempre ao meu lado, vibrando com minhas vitórias e me encorajando nas horas difíceis. Reconheço neste momento que qualquer palavra de agradecimento seria pequena perto da imensidão de coisas que eles me proporcionaram. Eu os amo.

Aos meus irmãos Victor Veiga e Vinicius Veiga e à minha avó Clotildes. Vocês são pessoas especiais, um presente de Deus. Obrigada pela companhia e pelos infindáveis apoios.

Ao meu noivo Wagner dos Santos Batista. Para você, ousei-me a plagiar as palavras de Vinicius de Moraes: *“Você se fez presente em todos os momentos, firmes ou trêmulos e, passo a passo, fez-me sentir a segurança necessária para enfrentar o meu caminho a seguir... A sua presença é qualquer coisa como a luz e a vida e eu sinto que em meu rosto existe o seu rosto e em minha voz a sua voz”*.

Ao Dr. Eduardo Gesse, pela sua dedicação, compreensão e instrução. Não foi ele um simples orientador desse trabalho, mas sim, foi aquele que pude chamar de professor, mestre e amigo. Ao senhor minha eterna gratidão.

Ao Dr. Pedro Anderson da Silva por dedicar parte do seu precioso tempo na análise deste trabalho, me honrando com sua presença na banca examinadora. Digo o mesmo com relação à amiga Dra. Zenaide Silveira Sávio com quem tive a oportunidade de, por um ano, compartilhar o mesmo ambiente de trabalho, dividindo comigo seu notável saber jurídico.

À Dra. Maria José de Oliveira Capelo, que mesmo sem me conhecer pessoalmente, não mediu esforços para atender o meu pedido. Muito obrigada pela dedicação.

Agradeço também à Carla, Thaís, Francieli, Josiane e Viviane. Amigas, vocês são verdadeiramente colaboradoras dessa vitória. Obrigada por todas as alegrias e dificuldades que juntas passamos. Foram estes momentos que me permitiram crescer.

Por fim, agradeço a tantos outros aqui não citados, mas que sabem, estão presentes em meu coração.

RESUMO

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

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

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

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

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL	13
2.1	A Família no Direito Positivo Brasileiro	13
2.1.1	A evolução da organização familiar	13
2.1.2	A organização familiar na nova ordem constitucional	16
2.2	A Filiação no Direito Positivo Brasileiro	23
2.2.1	Noções gerais da filiação	23
2.2.2	A filiação no direito romano e no direito brasileiro anterior	23
2.2.3	A situação legal da filiação após a Constituição Federal de 1988	28
3	DOS EFEITOS PESSOAIS DA FILIAÇÃO	31
3.1	Do Direito ao Nome	31
3.2	Do Pátrio Poder (poder parental)	33
3.2.1	Evolução histórica	33
3.2.2	Conceito	36
3.2.3	Características	38
3.2.4	Da restrição e suspensão do pátrio poder	42
3.2.5	Da perda do pátrio poder	42
3.2.6	Da extinção do pátrio poder	45
4	DOS EFEITOS PATRIMONIAIS DA FILIAÇÃO	46
4.1	Dos Alimentos	46
4.1.1	Conceito e finalidade	46
4.1.2	Características da obrigação alimentar	47
4.1.3	Obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes	56
4.2	Da Sucessão	58
4.2.1	Sucessão e Herança	59

5	A PATERNIDADE BIOLÓGICA E A PATERNIDADE REGISTRÁRIA	61
6	A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE	63
6.1	A Presunção <i>Pater is Est</i>	63
6.1.1	Presunção <i>pater is est</i> . Da antiguidade à atualidade	64
6.1.2	Aspectos gerais da presunção <i>pater is est</i>	67
7	A IMPUGNAÇÃO LEGAL DA PATERNIDADE PRESUMIDA	72
7.1	A ação Negatória de Paternidade de acordo com o artigo 340 e 178 §§ 3º e 4º do CC	72
8	A BUSCA DA VERDADEIRA PATERNIDADE	77
8.1	Bioética – A Paternidade Biológica	77
8.2	A Posse de Estado de Filho – Conceito e Características	78
8.3	A Paternidade Sócio-Afetiva	79
9	A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E SEUS EFEITOS	82
9.1	Considerações Gerais	82
9.2	Efeitos do Reconhecimento de Paternidade	86
10	O CONFLITO JURÍDICO ENTRE A LEI E A JURISPRUDÊNCIA	88
10.1	Reconhecimento de Filho de Mulher Casada	90
10.2	A Cessação da Presunção da Paternidade	93
10.3	A Anulabilidade do Registro de Nascimento e a Falsidade Material e Ideológica Tratada pelo artigo 348 do Código Civil	93
10.4	Uma Análise crítica da Importância da Posse de Estado de Filho para a Jurisprudência Atual	96

11	O ENCONTRO DA VERDADE JURÍDICA E DA VERDADE BIOLÓGICA SOB A VISÃO DA PATERNIDADE AFETIVA	98
12	DIREITO COMPARADO	100
12.1	Aspectos Gerais da Presunção de Paternidade no Direito Português	100
12.2	A Investigação de Paternidade	102
12.2.1	Efeitos da investigação de paternidade em caso de preexistência de vínculo jurídico entre o pretenso filho e terceiro	104
13	CONCLUSÃO	106
14	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

1) INTRODUÇÃO

No que diz respeito à filiação, sempre houve dificuldades para se atribuir a paternidade a alguém. A ciência jurídica, por sua vez, não fugiu a essa regra, assim, procurando amenizar estas dificuldades, os doutrinadores criaram o sistema de presunções para determinar de forma mais coerente, o vínculo filial.

Surgiu, então, a presunção da paternidade, ou seja presunção *pater is est*, por meio da qual passou a se atribuir ao marido a paternidade de filho concebido pela mulher na constância do casamento.

Essa presunção surgiu com o objetivo de proteger a família, sustentando, muitas vezes, uma “mentira jurídica” em nome da paz familiar.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto família foi constitucionalizado, ganhando mais proteção do Estado. Referidas reformas, porém, acabaram por modificar os ditames do estabelecimento da paternidade, igualando todos os filhos, legítimos e ilegítimos, proibindo qualquer tipo de tratamento discriminatório entre eles.

Posteriormente, em 1990, surgiu a Lei 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo ao filho, em seu artigo 27, o direito de a qualquer momento buscar a verdadeira paternidade biológica.

Essa busca se tornou mais evidente após a descoberta do exame de DNA, que veio conferir a certeza da filiação biológica aos pais e filhos.

Utilizando-se dessa certeza biológica, a doutrina e a jurisprudência, verificando o conflito entre paternidade registrária e paternidade biológica, passaram a dar prioridade à paternidade sanguínea, por ser esta considerada um direito inerente à pessoa do filho. Nesse caso, reconhecia-se o vínculo biológico em detrimento do vínculo jurídico preexistente.

Tais decisões, no entanto, geram conseqüências criticáveis, pois, sendo procedente a investigação da paternidade, o filho teria todo direito de ver desconstituída a paternidade registrária para reconhecimento da filiação biológica. E, extinto referido vínculo jurídico, os laços familiares seriam rompidos com o pai originário, tornando-se ambos, pai registrário e filho, estranhos perante a lei, nascendo um novo laço familiar com o pai de sangue.

Nesse contexto, o presente trabalho visa superar essas deficiências, tendo como base a legislação portuguesa que encontra-se mais avançada no assunto, e procura afirmar a existência da paternidade afetiva, atrelada à posse de estado de filho, a qual, mesmo sem ser reconhecida legalmente, vem sendo admitida pela jurisprudência atual.

A paternidade afetiva, por sua vez, vem atenuando a busca incontida da paternidade biológica, bem como, vem amenizando a força da presunção *pater is est*.

Cabe aqui ressaltar, que o afeto, o carinho e o amor não é fruto da biologia e não nasce de uma sentença de reconhecimento da paternidade. Os laços de afeto derivam da convivência e não do sangue.

Partindo desse pressuposto verifica-se que a paternidade sócio-afetiva vem desempenhando relevante papel no âmbito do estabelecimento da filiação.

Diante do exposto, buscou este trabalho responder as seguintes questões: *“No conflito entre a verdade biológica e jurídica, qual verdade deverá prevalecer? Quem será, na realidade, o pai da criança? É aquele que cuidou ou aquele responsável pela geração genética? E o filho jurídico, poderá ele requerer o reconhecimento da paternidade do pai biológico? Quais serão os efeitos de eventual reconhecimento?”* Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, buscando a compreensão geral do instituto da paternidade através de comparações de textos, jurisprudências e legislações brasileiras e portuguesas, que cuidam da matéria em tese.

2) A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL

2.1) A Família no Direito Positivo Brasileiro

2.1.1) A evolução da organização familiar

Ao longo dos anos, a família sofreu uma evolução considerável.

Esse processo de evolução é resultado das profundas mudanças nas estruturas sociais, econômicas, culturais e políticas, tais como, a evolução do conhecimento científico, o fenômeno da globalização, o declínio do patriarcalismo, a Revolução Industrial, a redivisão sexual do trabalho, a emancipação feminina, os quais fizeram, e continuam fazendo, uma grande transformação na instituição *família*, especialmente na segunda metade deste século.

Ocorre, no entanto, que referidas evoluções acabaram por definir estágios no conceito de família. Cada um destes estágios é marcado pela característica predominante da época, passando pelas *hordas promiscuas*, *poliandria*, *matriarcado*, *patriarcado*, e assim por diante, até chegar à atualidade, onde a característica marcante passa a ser a valorização de cada um dos membros da família, que passaram a ter mais autonomia e mais liberdade de ação. A concepção antiga de família passa, então, a dar lugar à família moderna.

Tendo como “pano de fundo” a evolução histórica da família, ao observar as origens dos povos orientais e alguns selvagens da Austrália e da América, estudos comparativos fizeram surgir a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promiscuas*, onde um indivíduo unia-se ao outro sexo sem vínculos civis e sociais.

Posteriormente, organizada a sociedade de forma tribal, formou-se a *políndria* e o *matriarcado*. Nessa época os povos consideravam a mulher um ser distinto e completo, responsável pela definição do parentesco e da filiação. A

influência materna era a base da família, e o homem, pai e marido, quando muito, era levado a uma situação de subordinação, ou, simplesmente era desconhecido. Esse estágio foi marcado pela *era matriarcal*.

Chega-se, então, à fase do *patriarcado*, onde o pai passa a exercer autoridade preponderante. Nessa época, a sociedade existente era basicamente rural. A família, então, era considerada apenas uma unidade de produção e quanto mais numerosa fosse, mais mão-de-obra haveria e, conseqüentemente, maiores condições de sobrevivência o grupo desfrutaria. Essa fase emergiu socialmente como uma ordem familiar, caracterizada pela poligamia, por representar uma maneira mais favorável à procriação. Este modelo de família era chefiado por um homem que, além de exercer o papel de pai e marido, detinha em suas mãos toda autoridade e poder, enquanto que a mulher e os filhos ocupavam uma posição de inferioridade no grupo familiar.

Do patriarcado, transfere-se para o estágio *monogâmico*, vindo o homem a unir-se apenas a uma esposa e vice-versa.

Nas palavras de Antônio Chaves:

Chega-se, finalmente, ao estágio monogâmico, que melhor corresponde ao caráter do homem. Dentre as suas muitas razões de superioridade, lembra Eduardo Espínola que constitui, segundo Spencer, a forma natural da relação sexual da raça humana, servindo melhor do que qualquer outra para salvaguardar os interesses da sociedade, dos filhos e dos próprios pais.¹

Nos séculos X e XI, a sociedade bizantina centralizava suas decisões familiares em torno do patriarcado. Assim, o *pater familias*, foi uma característica importante da organização familiar do Direito Romano, onde o *pater* simbolizava a autoridade suprema, o chefe absoluto, exercente do poder marital, com poderes e direitos absolutos sobre a mulher e filhos.

Nessa época, porém, a Igreja já instituíra limitações ao casamento, proibindo a união de primos irmãos; de dois irmãos (ou irmãs) com primos irmãos

¹ CHAVES, Antônio **apud** GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado*, p. 9.

(primas irmãs); de um tio e seu sobrinho com duas irmãs, de uma tia e sobrinha com dois irmãos.

Já a mulher, por sua vez, no Direito Romano, ao contrário do homem, era considerada uma incapaz, inabilitada para exercer qualquer tipo de negócio jurídico.

Posteriormente, com a influência do cristianismo, a autoridade suprema do *pater familias* foi abalada, sendo instituída a concepção da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, tanto que o regime patrimonial de comunhão de bens surgiu para substituir a idéia de independência econômica que até então vigorava.

Em 1563, a Igreja católica, com base no concílio de Trento, impôs a observância de determinadas solenidades indispensáveis para a real validade do casamento *católico*, assim como: a livre manifestação de consentimento pelos contraentes, a presença do pároco celebrante e de duas testemunhas (ressalte-se, porém, que referidas solenidades vigoram até os dias atuais).

Já em 1861, a lei civil de 11 de setembro, instituiu o casamento *acatólico*, destinado a pessoas que pertencessem a crenças cristãs não católicas. Assim, dois anos após, em 1863, o decreto de 17 de Abril veio fixar três formas de casamento em nosso direito: o *católico*, conforme o concílio de Trento já descrito; o *casamento misto*, realizado segundo as normas do casamento católico, mas efetivado entre um pretendente católico e um não católico, e o casamento *acatólico*, destinado somente à pessoas não católicas.

Referida regulamentação, passou a conferir prerrogativas aos juízes para conhecerem e julgarem casos de impedimentos matrimoniais e nulidades.

Mas foi em 1890, com o advento da República, através do decreto de 24 de janeiro, que o casamento civil foi introduzido em nosso ordenamento jurídico.

Mediante essa rápida explanação à respeito da evolução familiar, verifica-se que o Estado, no decorrer dos tempos, veio gradativamente oferecendo maior proteção à instituição familiar.

2.1.2) A organização familiar na nova ordem constitucional

O estudo da família sempre esteve diretamente ligado à existência legal do casamento, tanto que a família era considerada legítima ou ilegítima dependendo da existência dos vínculos de oficialidade dados pelo Estado.

Nesse contexto, para o Direito Brasileiro, a idéia de família sempre foi aquela constituída de pais e filhos unidos a partir de uma regulamentação do Estado, que era o casamento. Inexistindo tal regulamentação, a família era considerada ilegítima, não contando com a proteção estatal.

Com a introdução da Constituição Federal de 1988 essa situação mudou, pois o Estado, diante das contínuas transformações e evoluções ocorridas na sociedade brasileira, e tendo como base os princípios da igualdade e da não discriminação, veio a impor novos valores. Para isso, *despiu* o direito privado, disperso e desatualizado, e deu a ele nova roupagem, através das modificações feitas no instituto da família.

Na visão estatal, a família é o instituto que promove a dignidade humana. Sendo assim, é merecedora de atenção e proteção especial para que, de forma efetiva, alcance seus objetivos.

Com esse pensamento, o Estado, a partir da promulgação do texto constitucional de 88, estabeleceu uma forma mais complexa e abrangente para tutelar as relações familiares, dando efeitos jurídicos às relações delas advindas ou, em outras palavras, reconheceu as conseqüências jurídicas do que antes era apenas fato.

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

Conforme salienta Rosana Amara Girard Fachin:

Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional esculpido pela constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios da

promoção da dignidade humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros. Desse modo, o antigo codificado Direito de família migrou para a Constituição, configurando-se nesse espaço, como direitos fundamentais da família. A partir dessa mudança, esses direitos moldam um novo ordenamento jurídico aplicável à família.²

Nesse diapasão, a Carta Magna, em seus artigos 226 e 227, acabou por ampliar o conceito de família, vindo a contemplar o reconhecimento estatal da união estável, da família monoparental, da isonomia de direito entre os cônjuges e da igualdade jurídica de todos os filhos.

A *União Estável*, que nas palavras de Maria Helena Diniz “consiste numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil”³, possui natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável. Não era assim no passado; durante toda a história da humanidade foi associada à prostituição, à devassidão, ao casamento de segunda classe e ao semi-matrimônio contraído sem formalidades.

Hoje, após o advento da Constituição Federal de 88, é reconhecida como entidade familiar e, encontra-se resguardada em seu artigo 226 § 3º.

Art. 226 – [...]

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

Mediante referida disposição, a União Estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar. O direito então, passa a reconhecer nos Tribunais a existência da família constituída informalmente, facilitando sua conversão em casamento, desde que se verifique entre os conviventes de sexos opostos a ausência de um matrimônio civil válido, ausência de impedimentos, a existência de uma união duradoura e contínua com interesse em construir uma família, convivência notória e fidelidade recíproca (artigo 1º da Lei 9.278/96 – Lei que regula o § 3º do artigo 226 da CF).

² FACHIN, Rosana Amara Girard. *Em busca da Família do Novo Milênio*, p. 68.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 315 .

Surge então, uma nova tendência de constituição de família, importando em relações de fato (concubinato), como meio de fuga do rigorismo formal imposto pela legislação.

Diante disso, o Estado atribui maior enfoque ao instituto da família, desconsiderando a forma como ela é constituída. Sendo oriunda de relação de fato ou de casamento solene, a família terá a mesma proteção.

Nas palavras de Luís Paulo Cotrim Guimarães:

Já não era mais possível, no final do século XX, conceber-se enganosamente, como única, a família formada por meio das núpcias, e a sua respectiva prole, tratada como “legítima”. Era necessário conceder a adequada recepção jurídica a outros núcleos diferenciados compostos igualmente por pais e filhos, para que se fortalecesse e ampliasse a mencionada base social do Estado, descentralizando-se, assim, o papel monoparentalizador da família tradicional – aquela advinda do matrimônio.⁴

Ressalta-se, porém, que o reconhecimento da união estável não constitui estímulo ao concubinato, mas sim um fortalecimento do casamento por haver incentivo à sua conversão em matrimônio.

As famílias denominadas *monoparentais*, por sua vez, também encontraram seu espaço e proteção na Carta Magna, ao estabelecer que:

Art. 226 – [...]

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

Após, em 1990, a Lei nº 8.069 de 13 de Julho, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentou que:

Art. 25 - Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

⁴ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado*, p. 16.

Para Eduardo de Oliveira Leite, “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças.”⁵

Assim, as famílias monoparentais tornaram-se uma realidade jurídica, oriundas dos divórcios e separações, da ruptura das uniões estáveis, da viuvez, das adoções e dos celibatos paternais e maternais voluntários ou involuntários.

Prossegue Eduardo de Oliveira Leite, ressaltando que:

A admissão pela sociedade e pelo Direito, da pluralidade de modelos familiares tornou-se indiscutível a partir do momento em que, ao lado da família tradicional – desejada como modelo único pelo legislador – desenvolveram outras modalidades familiares fundadas sobre o concubinato ou organizadas sobre a vontade de criar uma *família unilinear* (mães solteiras), ou mesmo em decorrência de uma separação (libertando-se de um marido ou companheiro incômodo), igualmente geradora da monoparentalidade (embora a criança tenha pai e mãe, o só fato da separação obriga-a a viver isoladamente com um deles).⁶

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

Em resumo, a monoparentalidade, assim como a união estável, é gênero da espécie família. Por esse motivo, deve obter toda proteção jurídica necessária.

Já no que diz respeito à *isonomia de direitos entre os cônjuges*, estabelece a Constituição Federal que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição:

E ainda:

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separados e filhos na ruptura da vida conjugal*, p. 22.

⁶ *Idem*, p. 21.

Art. 226 : [...]

§ 5º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Antes da vigência dos referidos dispositivos constitucionais, tanto nosso ordenamento jurídico quanto os costumes da época consideravam a mulher um ser inferior ao homem.

Quando solteira, a mulher era dominada pelo pai e, após casada, era submetida às ordens do marido, a quem devia total obediência.

A sociedade colocava a mulher sempre em segundo plano, era uma incapaz em todos os sentidos. Tinha ela apenas o dever de cuidar dos filhos, do marido e dos trabalhos domésticos.

O atual Código Civil Brasileiro de 1916, em seus artigos demonstram essa total incapacidade da mulher, ao mencionar que os atos jurídicos por ela praticados só teriam validade se submetidos à concordância do marido, determinou também, que o pátrio poder e a chefia da sociedade conjugal eram direitos exclusivos do marido, não podendo a mulher interferir.

Com a eclosão das guerras, a mulher viu-se obrigada a trabalhar para sustentar a família, já que o marido encontrava-se ausente. Após, com a revolução industrial, a mulher passou a ter jornada dupla de trabalho para ajudar o marido no sustento da casa.

Assim, com o passar do tempo, o pensamento foi mudando e a mulher, aos poucos, ocupando seu espaço.

Surgiu, então, em 1962 a Lei 4.121, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, que outorgou à mulher a condição de colaboradora do marido, tendo em vista que ambos visavam um mesmo objetivo, qual seja, o bem-estar do casal e dos filhos. O pátrio poder passa, dessa forma, a ser exercido em conjunto pelo homem e pela mulher, a qual passa também a colaborar na administração do patrimônio da família. Referido estatuto, em seus dispositivos, autorizou também a mulher à exercer a profissão que quisesse fora do lar, o que lhe proporcionava uma autonomia econômica e franqueava-lhe o direito de constituir um patrimônio reservado, administrado livremente por ela, permitindo-lhe dispor, como bem entendesse, do produto de seu trabalho, podendo até defender a sua parte no

acervo comum, contra credores do marido; permitiu-lhe que, em conjunto com o marido, escolhesse o domicílio conjugal; determinou que a mulher não necessitava da autorização marital para praticar atos que o marido, sem a sua outorga, pudesse realizar; dispôs que a mulher, qualquer que fosse o regime de bens, concorria para o sustento da família e prescreveu ainda, que a mulher poderia administrar os bens dos filhos, se assim fosse deliberado pelo casal.⁷

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

Foi então que, em 1988, com o advento da Nova Constituição Federal, essa situação mudou. O inciso I do artigo 5º e o § 5º do artigo 226, acima descritos, acabaram por revolucionar o governo da família organizada sobre a base patriarcal.

Com a promulgação dos referidos dispositivos constitucionais, os artigos do Código Civil que estabeleciam a superioridade do homem em face da mulher são revogados. Desaparece, dessa forma, o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas em comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher. Em outras palavras, o homem já não é mais o chefe da sociedade conjugal ou o cabeça do casal, isto é, não há mais uma autoridade única, e sim uma autoridade exercida ao mesmo tempo pelo homem e pela mulher.

Direitos e deveres anteriormente previstos só para o marido se estendem, em igualdade de condições, à mulher, e vice-versa. O que só um dos cônjuges poderia ou deveria fazer, agora se aplica a ambos.

E, finalmente, no que diz respeito à *igualdade jurídica de todos os filhos*, a CF passou a assim determinar:

Art. 227 - {...}

§ 6º 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.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 19.

O Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos foi consagrado pelo nosso direito positivo, que, no que diz respeito ao nome, poder familiar e sucessão, nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos. Nosso ordenamento também, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, passou a permitir o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento; proibiu que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e vedou designações discriminatórias relativas à filiação, de modo que a única diferença entre categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho matrimonial e não-matrimonial, reconhecido e não reconhecido.⁸

Verifica-se então, que a unidade da filiação estabelecida na Constituição Federal de 1988, tendo por base o princípio da igualdade entre os filhos nascidos fora do casamento e os nascidos dentro do casamento, não impôs à sociedade o desaparecimento da distinção existente entre filhos legítimos e ilegítimos, mas sim, proibiu o tratamento discriminatório entre eles.

Pereira Coelho, por seu turno, assevera que “o princípio da igualdade não obsta que a lei possa dar tratamento diferente à relação surgida dentro e fora do casamento, pois correspondem a diferentes realidades sociológicas”.⁹

Nesse pensamento, ressalta-se ainda que, a lei não permite tratar igualmente os desiguais, mas sim, que se promova o tratamento desigual aos desiguais para que, com o tratamento diferenciado, possam eles alcançar a igualdade. Em resumo, a Constituição Federal de 1988 apenas impediu a discriminação entre os filhos, mas, de forma alguma, impôs o desaparecimento da distinção.

Maiores detalhes, no que diz respeito à filiação, serão abordados no item à seguir.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 20.

⁹ COELHO, Pereira. *Filiação*, p.26.

2.2) A Filiação no Direito Positivo Brasileiro

2.2.1) Noções gerais da filiação

Filiação é uma palavra que deriva do latim *filiatio*, traduzindo-se pela relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, gerando *o estado de filho*.

Nem sempre essa filiação decorre da consangüinidade, que deriva da união sexual dos pais. Além da filiação civil estabelecida por meio do instituto da adoção, hoje, temos também, a inseminação artificial homóloga (ex: o marido pode depositar seus espermatozóides em um banco de sêmem e, após meses ou anos e até mesmo após sua morte, pode a esposa, sendo artificialmente inseminada com o respectivo espermatozóide, vir a dar à luz a um bebê) ou heteróloga (conhecida como adultério casto, pois é feita em mulher casada ou convivente, com espermatozóides de terceiros, sem a autorização do marido) e, também a fertilização *in vitro* ou na proveta (onde o óvulo da mãe é extraído do ovário, fecundado em tubo de ensaio com esperma de seu pai e, após algum tempo, colocado novamente no útero da mãe).

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

2.2.2) A filiação no direito romano e no direito brasileiro anterior

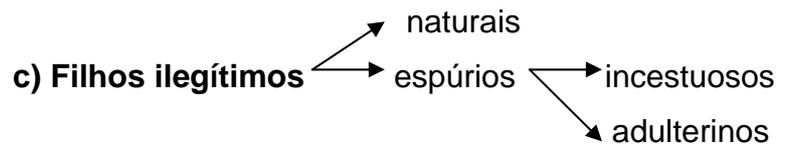
Nosso Código Civil, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1917, manteve em seu corpo a classificação Romana, distinguindo os filhos em

legítimos, legitimados e ilegítimos conforme sua origem. Dessa forma, todo o direito brasileiro da filiação foi estruturado baseado nessas classificações.

Nesse contexto, a filiação era classificada da seguinte forma:

a) Filhos legítimos;

b) Filhos legitimados;



Direito Romano – No Direito Romano, os filhos distinguem-se em legítimos, quando os pais eram casados entre si e ilegítimos, quando oriundos de relações extraconjugais, subdividindo-se este último em espúrios e naturais.

As famílias romanas sempre repudiaram os filhos ilegítimos, pois entendiam que estes não poderiam desempenhar o papel de filho determinado pela religião.

Assim, o laço de sangue isolado não constituía para o filho ilegítimo a família. Esta somente era constituída para o laço que fosse *culto*, ou seja, o filho só seria considerado um membro da família se fosse fruto do casamento dos pais, só teria o laço sanguíneo reconhecido se efetivamente derivado do matrimônio dos genitores.

Nesse pensamento, sem a formalidade do casamento, em Roma, na Grécia e na Índia, o recém-nascido ilegítimo não integrava a família e o seu nascimento se constituía em tão apenas um laço físico.

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

Estes filhos ilegítimos eram denominados de espúrios e naturais. Os espúrios eram aqueles filhos advindos de pais impedidos para o casamento em

razão de adultérios e incesto. Já os filhos naturais eram aqueles nascidos de pais que viviam em relação concubinária, sem impedimentos civis para o casamento¹⁰.

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

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

Quanto aos alimentos e à sucessão, durante a vigência da Lei das XII Tábuas e até a época de Constantino, os filhos havidos da relação concubinária não detinham direitos à alimentos e à sucessão paterna, mas, a partir de Justiniano (529), permitiu-se-lhes a sucessão *ab intestato* (sem deixar testamento), bem como atribuiu-se ao pai, a obrigação de prestar alimentos.

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

Somente na última fase do direito romano é que os filhos naturais, havidos de uniões concubinárias, foram equiparados aos legítimos. Já, os filhos espúrios compreendidos pelos adúlteros e incestuosos, não foram atingidos pelo referido benefício, permanecendo impedidos de suceder ao pai falecido *ab intestato*, não tendo também direito aos alimentos.

Nesse pensamento, os filhos espúrios, no direito romano, não tinham juridicamente um pai, nem era possível o seu reconhecimento. No entanto, a mãe é sempre certa, tendo ela a obrigação alimentar.

A Filiação no Direito Anterior à Constituição Federal de 1988 – Em nosso Direito Anterior, o Código Civil, em seus capítulos II, III e IV do Livro I da

¹⁰ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado*, p.30.

Parte Especial, a filiação era considerada legítima, legitimada e ilegítima, conforme diversa fosse sua origem.

Filiação legítima, antes da Constituição de 1988, era definida como aquela que no momento da concepção, pai e mãe se achavam vinculados por casamento, ainda que posteriormente anulado ou mesmo nulo, para tanto bastava que fosse contraído de boa-fé.

Filiação legitimada era aquela assim considerada devido ao casamento subsequente dos pais, o qual reabilitava o filho, equiparando-o aos filhos legítimos.

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

A finalidade da legitimação, de acordo com Maria Helena Diniz era:

a) dar ao filho legitimado a mesma situação jurídica do filho legítimo, pois, pelo art. 352 do Código Civil de 1916, “ os filhos legitimados são, em tudo equiparados aos legítimos”, no que concerne aos direitos pessoais (nome, pátrio poder) e patrimoniais, mesmo sucessórios (CC de 1916, art. 1.605, e CF/88, art. 227, § 6º), e aos deveres durante a vida ou depois da morte dos pais; b) estabelecer, ainda, o parentesco legítimo em linha reta, não só entre o filho legitimado e seus genitores, mas também com os demais parentes dos pais.¹¹

No que diz respeito aos filhos ilegítimos, estes se subdividiam em filhos naturais e espúrios.

Os filhos naturais (que não se confunde com a filiação natural consangüínea) seriam aqueles nascidos de pais que, à época da concepção, não portavam nenhum tipo de impedimento matrimonial decorrente de parentesco

¹¹ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 386.

(artigo 183 I a V do Código Civil) ou de casamento anterior (artigo 183, VI). Em resumo, filhos ilegítimos naturais nada mais eram do que os filhos de pais que viviam em concubinato, não apresentando nenhum impedimento para o casamento válido.

Orlando Gomes nos oferece a seguinte lição:

Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condição superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse *status* com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito.¹²

Já os filhos ilegítimos espúrios são aqueles oriundos da união de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção da criança. Tal impedimento seria por laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados – ambos, ou um deles, apenas – com outra pessoa. Há duas espécies de filhos espúrios: os adúlteros e os incestuosos.

Os adúlteros seriam os nascidos de pessoas impedidas de se casarem em virtude de casamento com terceiros (artigo 183, VI do CC). A adúlteridade poderia ser bilateral ou unilateral. Sendo assim, o filho seria adúltero *a patre*, se gerado por homem casado e mulher solteira, viúva ou divorciada e, da mesma forma, *a matre*, se fosse a mulher casada.

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

¹² GOMES, Orlando. *Direito de Família*, p. 308.

Nas palavras de Orlando Gomes, o caráter incestuoso da filiação tem de apresentar-se no momento da concepção. Se o impedimento matrimonial surge depois, o filho será simplesmente natural.¹³

2.2.3) A situação legal da filiação após a Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Carta Constitucional, a família, definitivamente, converteu-se naquilo que naturalmente é e sempre foi, ou seja, a família legalmente ocupou o seu lugar de convivência, apreço, desenvolvimento e conquistas de seus membros, tanto de forma individual, como de forma coletiva. A família, então, passou a ser considerada e tratada como célula da sociedade, responsável pela formação da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo o princípio da igualdade, acabou por provocar uma revolução não apenas normativa, mas uma revolução no comportamento da sociedade.

Em seu artigo 227 § 6º, já citado, a Constituição Federal refere-se à unidade da filiação. Tal referência, proibiu definitivamente quaisquer designações discriminatórias com relação à situação dos filhos, reconhecendo a ampla igualdade, quer sejam os filhos biológicos, havidos na relação do casamento ou não, quer os não-biológicos, que integram a categoria dos adotivos.

Assim, não mais subsiste a distinção entre parentesco legítimo, legitimado e ilegítimo, natural ou civil. O artigo 332 do Código Civil, que dispunha a respeito, foi revogado pelas Leis 8.069/90 (ECA, artigo 26) e 8.560/92, referentes ao reconhecimento da filiação havida fora do casamento.

Foi revogado também o artigo 358 do Código Civil, que estabelecia referidas discriminações. Ocorre, porém, que outros dispositivos ainda subsistem na arcaica estrutura legislativa. Tais dispositivos devem ser reinterpretados, tendo em vista que nada mais valem diante do sistema constitucional vigente.

¹³ GOMES, Orlando, op cit, p. 308.

Surge, então, *apenas para fins didáticos*, a classificação *matrimonial e extramatrimonial*.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1.561 e 1.617).¹⁴

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

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

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

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

Hoje, juridicamente, devido à promulgação da Constituição Federal de 1988, não se fala mais em filhos legítimos, ilegítimos, adulterinos, espúrios, naturais, tendo em vista que tais classificações são consideradas discriminatórias.

Embora reflitam uma realidade fática, as expressões acima descritas diferenciam a situação jurídica dos filhos, contrariando a *unidade da filiação*, protegida pela nossa Carta.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 375.

José Bernardo Ramos Boeira, refere-se à unidade de filiação da seguinte maneira:

...há a igualdade de direitos de todos os filhos, qualquer que seja a situação de seus pais no momento de sua concepção ou seu nascimento, o que se denomina aqui de *unidade de filiação*.¹⁵

Nesse pensamento, classificar os filhos seria possível apenas a título de exemplificação, e não como definição técnico-jurídica. Juridicamente, os filhos serão apenas matrimoniais e não-matrimoniais, esta última levando-se em consideração que filhos fora do casamento sempre houve e sempre haverá. Esta classificação reflete uma realidade fática, sem discriminar as crianças nascidas do relacionamento de pessoas não casadas, isto é, independente da forma de concepção, filhos são filhos e todos são detentores dos mesmos direitos, indistintamente.

Vê-se, então, a partir de 1988 a extinção das classificações *filhos legítimos* e *filhos ilegítimos*, passando estas a terem apenas caráter histórico, pois no direito atual, “filho é filho”, sem qualquer adjetivação negativa.

¹⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade – Posse de Estado de Filho – Paternidade Sócioafetiva*, p. 35.

3) DOS EFEITOS PESSOAIS DA FILIAÇÃO

3.1) Do Direito ao Nome

O nome é um elemento integrante da personalidade do indivíduo, pois, é através dele que o indivíduo se identifica na sociedade, demonstrando sua filiação e sua história familiar.

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

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

Os latinos, por sua vez, agiram de forma ainda mais minuciosa, procurando exprimir no nome a relação da pessoa com a família e o Estado, designando o indivíduo de acordo com sua situação social. Assim, como explica Caio Mário: “Distinguiam-se o *praenomen*, que designava a pessoa; o *nomen*, que indicava sua *gens*; o *cognomen*, que apontava sua família.”¹⁶

Posteriormente, passou-se a generalizar o uso dos nomes compostos, vindo o nome a ser formado por um *prenome*, que dá-se pela designação individual e pelo *nome patronímico*, que designava a família, e era transferido hereditariamente.

Em regra, são esses os elementos que constituem o nome.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, p. 172 .

Nas palavras do ilustre Professor Spencer Vampré, como cita Caio Mário, “o direito ao nome é um direito da personalidade. Consiste no poder de individualizar-se, e tem, portanto, caráter de direito pessoal inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto (*erga omnes*)”.¹⁷

Caio Mário, porém, concorda em parte com Vampré, vindo a complementar seus dizeres, afirmando que o direito ao nome realmente constitui uma prerrogativa individual, um direito pessoal, mas, por outro lado, não foge ao interesse da ordem pública, vindo este direito a ser tutelado pelo Estado e por ele regulado.¹⁸

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

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

Por esse motivo é que a lei diz que:

o prenome é imutável, e, quanto ao patronímico, só excepcionalmente pode ser modificado. Além disso, as alterações do nome deverão ser requeridas a juiz togado, e só por ele poderão ser permitidas, precedendo justificação, com audiência do representante do Ministério Público, mediante observância de formalidades processuais.¹⁹

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

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **op cit**, p.174.

¹⁸ Idem

¹⁹ Idem, 175 p.

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

3.2) Do Pátrio Poder (poder parental)

3.2.1) Evolução histórica

Há muito tempo o pátrio poder perdeu o seu vigor do *pater familias*, vindo a se atenuar, passando a ser compartilhado com a mãe em igualdade de condições.

Tal mudança, decorreu, mais especificamente em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz em seu artigo 226, § 5º, a seguinte redação:

Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A princípio, o traço fundamental que marcava a família romana era a desigualdade existente entre os indivíduos que dela faziam parte.

Nessa época, a família era alicerçada na autoridade suprema do *pater* e na religião. O marido, então, era considerado o sacerdote do culto doméstico, o juiz, o comandante e o chefe daquele grupo.

Observa-se, que a própria etimologia da palavra *pater* é indicativa dessa relação de domínio e precedência, passando uma idéia de autoridade, de dignidade majestosa.

Assim, o poder que o *pater familias* tinha sobre seus descendentes revelava-se pela total sujeição destes, o que tornava a situação dos descendentes semelhante à dos escravos, enquanto o *pater familias* vivesse.

O *pater familias*, reconhecido pela Lei das XII Tábuas (450-451 a.C.), exercia um poder de vida e morte sobre seus descendentes, que vigorou até o império de Constantino (324-337 d.C), conforme informa José Antônio de Paulo Santos Neto:

O pátrio poder admitido pela lei romana resumia-se num poder despótico sobre a pessoa dos filhos, incluindo o direito de matá-los, vendê-los, ou expô-los, incluindo, também, o direito absoluto sobre todos os bens que eles adquirissem.²⁰

Mas, para que o *pater familias* pudesse condenar o filho à morte, primeiramente, utilizando-se das palavras Castelo Branco Rocha, deveria ele ouvir o conselho de parentes, os quais se reuniam e um *judicium domesticum*, para opinar a respeito da conveniência da aplicação da pena.²¹

Ainda, como um direito decorrido do *pater familias*, podia o pai abandonar o filho recém-nascido, desde que se observasse na criança defeitos físicos. Este ato era permitido, sob o fundamento de que o pai, ao fazer isso, estaria beneficiando a comunidade.

Com o passar do tempo, tais atos foram interditados, passando a ser considerados como homicídio, sujeitando o infrator à pena capital.

Mas, mesmo diante dessas proibições, o direito de vender o filho, ainda subsistiu, pois, a venda era considerada uma fonte de renda da família. Neste sentido, cada filho existente era uma propriedade a mais no seio familiar. Essa venda, porém, era temporária, visava apenas atender às necessidades momentâneas da família, durando somente cinco anos e, passado referido tempo, o filho retornava ao poder paterno, restaurando-se o pátrio poder.

Posteriormente, este poder também perdeu seu caráter absoluto, sendo vedada a venda dos filhos que, com o consentimento dos pais, haviam se casado. E, em uma época futura, no império de Deocleciano, a venda foi definitivamente proibida.

²⁰ NETO, Antônio de Paula Santos. *Do Pátrio Poder*, p. 20.

²¹ ROCHA, Castelo Branco **apud** NETO, Antônio de Paula Santos, op cit.

Além desses direitos, o *pater* tinha também o direito de emancipar seu descendente, excluindo-o da família e do culto. Nas palavras de José Antônio de Paula Santos Neto:

O principal efeito da emancipação consistia em tornar o emancipado *sui iuris* e, portanto, *pater familias* ele próprio, extinguindo-se de todo o poder do pai sobre ele.²²

Quando o filho praticava um ato ilícito, podia o *pater familias* repará-lo. A reparação do ato consistia no pagamento integral das despesas causadas ou na entrega do filho à vítima para que, mediante serviços compensatórios, o filho reparasse a ofensa praticada. No império de Justiniano, essa prática foi proibida.

Adentrando-se no campo patrimonial, nota-se que as pessoas sujeitas ao pátrio poder não tinham plena capacidade jurídica de gozo, assim, não podiam ser sujeitos de direito. Nesse contexto, o pátrio poder implicava na centralização de todos os direitos patrimoniais na pessoa do *pater familias*.

Aos poucos significativas mudanças foram ocorrendo no campo patrimonial do *filius familias*. Sua independência parcial começou a ser reconhecida no período de 31 a.C. – 14 d.C., na época do império de Augusto (*peculium castrense*), onde determinou que o patrimônio adquirido pelo filho durante o serviço militar pertenceria exclusivamente a ele. Estes bens, não pertenceriam mais ao pai, podendo o filho deles dispor livremente. Ressalta-se que, se o filho falecesse, sem deixar testamento, os bens seriam transferidos para o pai, como se sempre tivessem a ele pertencido.

Posteriormente, já no império de Constantino, esse princípio abrangeu também o patrimônio do filho funcionário público, formando-se o *peculium quase castrense*.

Outra separação de patrimônio semelhante, foi com relação aos bens do filho provenientes de sua mãe ou de ascendentes pela linha materna. Eram os bens denominados *bona materna* que, em nenhum momento passavam ao domínio do pai.

²² NETO, Antônio de Paula Santos, op cit, p. 24.

Verifica-se, então, que com o passar do tempo, a independência patrimonial do filho foi, gradativamente, se acentuando e, por fim, Justiniano qualificou de desumano o sistema de pertencer ao pai o que o filho adquirisse por outros meios, que não os acima descritos. Assim, determinou que somente o usufruto dos bens do filho caberia ao pai.

A partir daí, o pátrio poder teve sua base, praticamente toda modificada.

3.2.2) Conceito

Como se observou acima, o pátrio poder, no transcorrer dos tempos, teve seu significado modificado, mas, foi principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, que sua base se consolidou.

O que antigamente era visto como sendo um direito que a lei conferia ao pai, sobre a pessoa e bens dos filhos, hoje, teve sua razão de ser adequada ao hodierno texto constitucional; os direitos que antes eram exercidos especificamente pelo pai, passaram a ser exercidos também pela mãe, em igualdade de condições.

Ficou para trás, então, a visão arcaica que considerava apenas o homem legitimado para o exercício das prerrogativas paternas.

A família moderna não combina mais com os referidos poderes atribuídos exclusivamente ao homem. Dessa forma, nada mais justo que fique garantido à mulher o exercício destes mesmos poderes em relação aos filhos que tenha em comum com o seu marido ou convivente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, em seu artigo 21, veio pacificar essa situação ao estipular que:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Hoje, o pátrio poder é exercido no interesse da família, e não apenas no interesse dos pais ou dos filhos, embora estes últimos sejam merecedores de especial proteção e atenção.

A lei, ao garantir aos genitores o exercício do pátrio poder, não visou contemplá-los com um benefício, mas sim, procurou dar-lhes um elemento adicional para que os pais possam melhor desempenhar seus papéis de gestores da vida familiar.

Assim, utilizando-se dos sábios ensinamento de Maria Helena Diniz, temos que o pátrio poder, ou poder familiar, conforme designa o Novo Código Civil, é:

O conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que, possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.²³ (grifo nosso)

Seguindo este pensamento, José Antônio de Paula Santos Neto define o pátrio poder como sendo :

O complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.²⁴ (grifo nosso)

Válido se faz ressaltar que, conforme exposto acima, muitos autores tendem a dizer que o pátrio poder recai sobre a pessoa do filho *não emancipado*. Ocorre, porém, que estes autores pecam por redundância, tendo em vista que é de conhecimento de todos que o filho emancipado passa a ser maior e capaz, apto para todos os atos da vida civil, não podendo recair sobre eles o pátrio poder, por ser este um instituto aplicável somente aos filhos menores.

Por derradeiro, cabe aqui informar que o Novo Código Civil procurou retirar de seu corpo o termo *pátrio poder*, por achar que este referia-se apenas ao poder paterno, ferindo o princípio da igualdade protegido constitucionalmente. Diante

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 439.

²⁴ NETO, Antônio de Paula Santos. *Do Pátrio Poder*, p. 55.

disso, introduziu em seu Livro IV, Título I, Subtítulo II, Capítulo V o título *Do Poder Familiar*, não fazendo divergência alguma quanto ao(s) detentor(es) do referido direito/dever.

3.2.3) Características

Da irrenunciabilidade – O pátrio poder ou poder parental, em regra, é considerado irrenunciável, pois, leva-se em consideração que os direitos assegurados aos pais foram a eles concedidos visando unicamente o bem-estar dos filhos e da família. Assim, caso haja algum pacto entre as partes, que refira-se à renúncia ou promessa do pátrio poder, este será nulo.

Fugindo desta regra, uma parte da doutrina admite que a adoção é uma forma de renúncia pois, mediante declaração escrita ou a termo nos autos, os pais ou responsáveis ao concordarem com a adoção do menor, estariam abrindo mão do pátrio poder.

Diz o artigo 45 do ECA que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

Para os defensores desta corrente, a Lei, ao referir-se à adoção, implicitamente deixa claro a possibilidade da renúncia ao pátrio poder.

Muitos dizem que a possibilidade de renúncia ao pátrio poder, acaba gerando pais irresponsáveis, que fogem das responsabilidades que a eles cabem. Ocorre, porém, que tal argumento, quando vê-se relacionado ao menor, não é aplicado, pois entende-se que os pais que não possuem condições de criar seus filhos adequadamente tem todo direito de optarem pela renúncia ao pátrio poder, transferindo-o para terceiros, os quais abrirão novos horizontes para seus filhos.

Nesse caso, havendo a renúncia pelos pais biológicos, o pátrio poder terá continuidade na pessoa dos pais adotivos.

Outros autores dizem que além da adoção, a emancipação também importa em renúncia ao pátrio poder.

Na emancipação voluntária, como o próprio nome diz, os genitores do menor, e somente eles, em igualdade de condições, decidem pela renúncia, afirmando não mais haver necessidade de manutenção do instituto protetor sobre o filho.

Diante do exposto, conclui José Antônio de Paula Santos Neto dizendo que:

...o pátrio poder não é irrenunciável por natureza. É, isto sim, irrenunciável em regra, o que se explica pela necessidade de evitar que menores fiquem ao desamparo em decorrência da irresponsabilidade paterna. Mas a renúncia é possível em certos casos previstos em lei, como a emancipação e o consentimento para a adoção, contempladas pela legislação brasileira.²⁵

Da Indivisibilidade – A indivisibilidade do pátrio poder gera grandes divergências em nosso ordenamento.

Uma parcela da doutrina diz que o pátrio poder é um instituto indivisível, tendo em vista que não se admite ser pai ou mãe apenas em parte. Por este motivo, o pátrio poder não admite fracionamento.

Outra parte da doutrina, de forma diferente, alega que o pátrio poder pode ser divisível, tanto que dele pode ser destacado uma parcela que o compõe, como por exemplo a guarda.

Utilizando-se, então ambas as correntes, conclui-se que o pátrio poder, quando referido à titularidade do poder paternal é indivisível, cabendo somente ao pai e à mãe. Já quando refere-se ao complexo de direitos e obrigações que envolve o pátrio poder, verifica-se que será divisível.

Em resumo, apenas o complexo de direitos e obrigações que envolvem o pátrio poder são divisíveis, sua titularidade, no entanto, esta sim, é indivisível.

Da intransferibilidade – O pátrio poder é intransferível. Seus titulares não podem, por livre disposição transferí-lo a título oneroso ou gratuito.

²⁵ NETO, José Antônio de Paula Santos, op cit, p. 68.

O que pode ocorrer, como no caso da adoção, é uma renúncia ao pátrio poder, vindo os adotantes a adquirí-lo somente após permissão do Estado. Dessa forma, os genitores, por livre arbítrio renunciam ao pátrio poder, mas para que este produza efeitos, fica sujeito à uma condição do Estado, ou seja, a uma homologação da renúncia, e, somente após formalizada esta, a transferência será efetuada.

Verifica-se, então, que a transferência só poderá ocorrer através de permissão do Estado, e não por livre vontade dos genitores.

Da imprescritibilidade – O pátrio poder não está sujeito à decadência, pois, mesmo que os genitores deixem de exercitá-lo, estes não o perderão.

Ressalta-se, que a única forma de se perder o pátrio poder, decorre de lei, como será visto mais adiante.

Do caráter temporário – A duração limitada é uma característica intrínseca ao pátrio poder, tendo em vista que, quando o filho atinge a maioridade ou é emancipado, este instituto deixa de existir, conforme demonstra a decisão abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PENSÃO – TERMO FINAL – MENOR PENSIONISTA

Considerando que aos vinte e um anos de idade acaba a menoridade e extingue-se o pátrio poder, é razoável que se fixe como termo final da obrigação de pensionar, a idade de vinte e um anos dos menores pensionistas. (STJ –SP. T1 primeira turma, em 01/10/1993 – RESP 37.460/RS – Min. Garcia Vieira).

Instituto de ordem pública – Apesar dos genitores do menor serem titulares do pátrio poder, o Estado tem todo o direito de fiscalizar este exercício. Isso ocorre pelo fato de o Estado buscar uma sociedade íntegra e, nesse aspecto, a família é o alicerce da sociedade e o pátrio poder é a base da família. Por esse motivo, o Estado procura salvaguardar os direitos dos menores, fiscalizando a aplicação correta do pátrio poder.

Da exclusividade – O pátrio poder não é um instituto exclusivo. Referido instituto é exercido de forma colegiada pelo pai e pela mãe, conforme estabelece o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já descrito.

Ocorre, porém, que em determinados casos o pátrio poder pode ser exercido de forma exclusiva por apenas um dos genitores, como nos casos de famílias monoparentais (2.1.2).

Da incompatibilidade com a tutela – Em nosso ordenamento, tutela e pátrio poder são incompatíveis entre si. Existindo o pátrio poder, não há lugar para a tutela e vice-versa.

Nesse sentido, o sábio Washington de Barros Monteiro afirma que:

O pátrio poder é incompatível com a tutela. Nessas condições, não se nomeia tutor a menor cujo pai, ou mãe, não foi suspenso ou privado regularmente do pátrio poder. Suspende-se ou tira-se primeiro o pátrio poder do genitor, para depois dar tutor ao incapaz. Nomear tutor a quem tem pai ou mãe, no exercício dos seus direitos, não é jurídico, antes aberras das disposições legais em vigor.²⁶

A tutela é um instituto que tem por objetivo suprir a lacuna deixada pelo pátrio poder. Por este motivo é que não há como ambas existirem a um só tempo, ou seja, a presença de um, afasta a existência da outra. Seguindo esse pensamento, é válido ressaltar que, quando o pátrio poder é suspenso em parte, não se pode nomear um tutor para suprir essa deficiência, pois o referido pátrio poder ainda vigora. Nesse caso, deverá o juiz nomear um curador para administrar apenas o que foi suspenso. De outra forma, sendo o pátrio poder suspenso em sua integralidade, nomeia-se um tutor, tendo em vista que o pátrio poder não existe mais. Em resumo, apenas quando o pátrio poder for totalmente suspenso é que existirá a tutela, pois tutela e pátrio poder são incompatíveis entre si.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, **apud** NETO, José Antônio de Paula Santos Neto, op cit, p.75.

3.2.4) Da restrição e suspensão do pátrio poder.

Utilizando-se do artigo 394 do CC, o juiz, verificando a existência de abuso por parte dos pais, poderá tomar as providências que melhor atender ao interesse do menor.

Nesse contexto, analisando o caso concreto, poderá ele, desde que fundamente sua decisão, penalizar os pais, utilizando-se de uma simples admoestação verbal, como também poderá optar por suspender total ou parcialmente o pátrio poder.

Optando o julgador por privar apenas um dos detentores do pátrio poder, o outro, que não cometeu nenhum tipo de abuso, não poderá ter seus direitos suprimidos, já que nada fez para merecer tal castigo.

Convém lembrar que, qualquer parente ou terceiro que verifique o abuso de poder do pai ou da mãe do menor poderão pugnar pela restrição do pátrio poder. Para isso, basta que leve o caso ao conhecimento do Juiz ou do Ministério Público, fundamentando devidamente seu pedido.

3.2.5) Da perda do pátrio poder

Diz o artigo 395 do CC:

Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:
I – que castigar imoderadamente o filho;
II – que o deixar em abandono;
III – que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

O juiz, ou qualquer terceiro, verificando que os atos do titular ou dos titulares do pátrio se enquadram nas hipóteses previstas no artigo acima descrito, poderão, respectivamente, a qualquer momento, destituí-los do pátrio poder, ou pleitear a destituição.

Como castigos imoderados, entende-se aquele que a lei não tolera, aquele feito com falta de moderação, com estupidez e brutalidade, tanto física quanto moralmente. Tais castigos, ao contrário dos castigos moderados, que são aqueles aceitáveis, incluídos no poder de correção e educação do pai, provocam traumas e sofrimentos desnecessários ao desenvolvimento do menor.

Caberá, ao juiz, então, avaliar o sofrimento do menor, para que aplique ou deixe de aplicar a sanção legal.

Outro caso, trazido pelo artigo 395 do CC, que implica na perda do pátrio poder, é o abandono.

É dever dos pais a criação, educação e guarda dos filhos. Os pais que, tendo condições, descumprem estes deveres, deixando os filhos ao desamparo, revelam falta de aptidão para o exercício do pátrio poder. Nesse caso, nada mais justo, do que o juiz, analisando o caso, privar definitivamente os genitores ou o genitor(a) da autoridade paternal.

COMPETÊNCIA. MENOR ABANDONADO PELOS PAIS. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA. RECUSA NO CUMPRIMENTO DA DECISÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR

Competência definida em favor do Juízo da 3ª Vara da Comarca de Timon-MA, onde as providências em relação ao menor já se encontram adiantadas, havendo até mesmo um lar substituto para abrigá-lo no futuro. Trata-se, ademais, do lugar em que residem os pais da criança e em que ela foi abandonada. Segundo a jurisprudência da Eg. Segunda Seção, na fixação da competência há de levar-se em conta, também, o interesse do menor (CC nº s 677, 1.229 e 1.247) Conflito conhecido, declarado competente o suscitante. (STJ-SP S2 segunda seção. Em 10/11/1999 – CC 27.053/MA – Min. Barros Monteiro)

Finalmente, o inciso III do referido artigo, prevê que os pais perderão o pátrio poder quando praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes.

Referido inciso visa afastar a má influência sobre a personalidade do menor. Essa má influência se caracteriza pela convivência da criança ou do adolescente com pessoas que se portem de maneira viciosa ou depravada. A exemplo disso temos o pai que, fazendo apologia ao crime acaba por estimular o filho a praticá-lo.

O Novo Código Civil, em seu artigo 1.638, reeditou em parte o artigo 395 do Código Civil atual, complementando-o, pois, descreveu em seu inciso IV que se os pais incidirem de forma reiterada nas faltas previstas no artigo antecedente (art. 1.637), como o abuso de autoridade e falta com os deveres inerentes à paternidade, poderão ser destituídos do pátrio poder.

Ainda com referência à perda do pátrio poder, o artigo 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta que: “Verificada a hipótese de maus tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum”.

E ainda, uma combinação do artigo 24 com o artigo 22 do referido Estatuto faculta ao juiz impor a perda do pátrio poder nos seguintes casos: 1º) quebra do dever de sustento. 2º) quebra do dever de guarda; 3º) quebra do dever de educação; 4º) descumprimento de determinações judiciais; 5º) falta de empenho em fazer cumprir essas determinações.

Verificada uma destas condições o juiz pode optar pela perda do pátrio poder, mas tal sanção não é obrigatória, podendo o julgador aplicar medidas alternativas, que não a perda propriamente dita.

É de se observar que, os pais que forem destituídos do pátrio poder, terão total direito de requerer-lhe seja tal benesse restituída, ocorre, porém, que o juiz, verificando que a perda foi mais proveitosa ao menor, não deverá permitir a restituição.

Nossos Tribunais, de forma pacífica reconhecem a taxatividade das hipóteses previstas nos artigos 395 do CC e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não permitindo interpretações extensivas, como observamos no teor do Recurso Especial abaixo:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PAIS BIOLÓGICOS CONDENADOS CRIMINALMENTE. CARÊNCIA DE RECURSOS. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 395 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ESTATUTO. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO
I – As hipóteses de destituição do pátrio poder estão previstas nos arts. 395, CC e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

exaustivas, e não permitem interpretação extensiva. Em outras palavras, a destituição desse poder-dever é medida excepcional, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei.

II – Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”. E a destituição, como efeito da condenação criminal, nos termos do art. 92 II do Código Penal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho.

III – Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, “a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese”

IV – Assim, “apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa consequência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o *status familiae*, no superior interesse da criança.” (STJ-SP – T4 Quarta Turma. Em 13/04/1999. RESP 124621/SP – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

3.2.6) Da extinção do pátrio poder

O pátrio poder, conforme já mencionado anteriormente, será extinto quando sobrevier:

- a) a morte dos pais ou do filho,
- b) a emancipação, que confere a plena capacidade ao filho,
- c) a maioridade, quando o filho completa vinte e um anos,
- d) a adoção, quando o menor passa a estar sob o pátrio poder de quem o adotou.

4) DOS EFEITOS PATRIMONIAIS DA FILIAÇÃO

4.1) Dos Alimentos

4.1.1) Conceito e finalidade

Procurando uma definição mais apropriada à expressão “alimentos”, temos o pensamento de Orlando Gomes, que, de maneira sucinta, explica: “Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.”²⁷

Reforçando tal pensamento, o grande doutrinador Yussef Said Cahali, em seu livro “Dos Alimentos”, afirma que: “Alimentos é tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida.”²⁸

Diante disso, conclui-se que, alimentos são prestações periódicas, impostas por lei, na qual o alimentante satisfaz as necessidades vitais do alimentado, proporcionando a ele alimento, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões e educação, tendo em vista que este não tem condições de provê-las por si.

Tal obrigação nasceu em virtude do princípio da preservação da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso II da CF e também em decorrência da solidariedade existente no seio familiar que faz com que o alimentante, em razão parentesco e do dever moral e jurídico, forneça meios de subsistência ao alimentado.

Vale ressaltar que, para fixar-se o valor dos alimentos, o juiz primeiramente analisa a existência do binômio necessidade/possibilidade, os quais definem-se pela necessidade do alimentando em receber os alimentos e a possibilidade do alimentante em fornecê-los. O alimentante deve fornecer ao alimentado uma

²⁷ GOMES, Orlando. *Direito de Família*, p. 455.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 19.

quantia compatível com o seu ganho mensal, e este, por sua vez, receberá a quantia necessária para prover sua subsistência, tudo sem exageros.

4.1.2) Características da obrigação alimentar

O instituto dos alimentos é marcado pelas seguintes características:

- **É um direito personalíssimo** : Essa é a característica fundamental, pois o direito aos alimentos decorre do vínculo existente entre alimentante e alimentado, e do escopo de tutelar a integridade física e psicológica deste último.

Por esses motivos é que a titularidade desse direito, de forma alguma, não passa da pessoa do beneficiário.

- **Da transmissibilidade**: O direito brasileiro, utilizando-se do artigo 402 do Código Civil atual, repousava tranqüilamente sobre a intransmissibilidade da obrigação alimentar. Em 1977, porém, foi publicada a Lei 6.515, mais conhecida como Lei do Divórcio, que trouxe em seu corpo o artigo 23, discorrendo sobre a transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do *de cujus*.

A partir daí, inúmeras interpretações foram surgindo e, até a presente data, tal esse assunto não se encontra pacificado.

Dessa forma, cabe aqui, relatar alguns dos posicionamentos divergentes existentes sobre este assunto :

1) Há juristas que defendem os dizeres do artigo 402 do Código Civil, afirmando que “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”. Para os adeptos a esse pensamento, a obrigação alimentar é de natureza personalíssima e, uma vez morto o alimentante, a obrigação se extingue, não transmitindo aos sucessores. Nesse caso, o autor terá apenas o direito de receber as pensões já vencidas e não pagas pelo alimentante em vida.

Ademais, sendo admitida a prestação de alimentos pelo espólio, em benefício do co-herdeiro, o autor desta seria erigido a condição mais favorável que os demais sucessores do *de cuius*, pois, participando em igualdade de condições na sucessão, ver-se-ia alimentado, na realidade, pelos herdeiros, em detrimento da herança destes.

Nesse diapasão, inclusive, é o ensinamento do ilustre desembargador Yussef Said Cahali:

Em função do caráter personalíssimo da dívida alimentar, afirmado no artigo 402 do CC, falecendo o devedor, não ficam seus herdeiros obrigados a continuar a cumprí-la, desde que o devedor estava adstrito ao seu cumprimento em razão de sua condição pessoal de cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, extinguindo-se aquela condição pessoal pela morte do prestante, do mesmo modo a obrigação desaparece, não se transmitindo aos herdeiros do devedor – em condições tais, falecido o alimentante, não pode o alimentário reclamar que os suprimentos, daí por diante, lhes sejam feitos pelos herdeiros ou parentes do *de cuius*, falecendo a pessoa obrigada, a pretensão alimentícia contra seus sucessores somente poderá ser exercida, por direito próprio, e desde que verificados, entre o necessitado e o herdeiro do alimentante, os pressupostos dos arts. 396 à 398 do CC – é que os herdeiros do devedor somente poderão ser compelidos a prestar alimentos àquela pessoa a quem ele os prestava, se encontrar-se ela vinculada a uma relação familiar a que a lei reconhece a obrigação, surgindo esta, portanto para o novo obrigado, originariamente, e não na sua condição de herdeiro.²⁹

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim decidiu:

ALIMENTOS – Morte do alimentante – Intransmissibilidade da obrigação personalíssima que se extingue com a morte do devedor – Herdeiros que somente poderão ser acionados pelo pagamento da dívida atrasada – Inteligência dos art. 402 do CC e art. 23 da Lei 6.515/77.

***Ementa oficial:* Respondem os herdeiros do devedor apenas pelos débitos alimentares do próprio *de cuius*, vale dizer, os vencidos até sua morte e obedecidas às forças da herança. (Ap. 238.760-1/2 – 3ª - J. 28.03.95 – Rel Dês. Flávio Pinheiro)”**

²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*,. p. 57.

2) Entretanto, outra corrente coloca-se em posição oposta a essa ao dizer que a obrigação alimentar transmite-se aos herdeiros sem nenhuma limitação, independentemente do alimentante deixar herança ou não.

Segue esse pensamento Darcy Arruda Miranda:

O art. 23 da Lei nº 6.515/77 veio a romper com uma longa tradição do direito brasileiro, revogando, pura, simples e implicitamente, o art. 402 do Código Civil, que prescrevia a intransmissibilidade dos herdeiros da obrigação alimentar, que era personalíssima, estando em perfeita consonância com as legislações modernas sobre o assunto.³⁰

Nas palavras de Sérgio Gischkow Pereira:

Sucedee realmente a integral e incondicionada transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros do alimentante, sem qualquer consideração em torno da existência de bens deixados pelo devedor morto.³¹

Em entendimento do TJDF:

ALIMENTOS – Revogação do art. 402 CCB – Regra do Artigo 398 do CCB. 1) O artigo 402 do CCB, que veda a transmissibilidade da obrigação alimentar, está revogado pelo artigo 23 da Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, uma vez que este dispositivo trata das prestações alimentícias de qualquer natureza, e não apenas as devidas a cônjuge, em decorrência de separação ou de divórcio. Assim, o dever de prestação alimentícia transmite-se aos herdeiros do falecido, cabendo aos seus herdeiros a respectiva solução. 2) Somente na falta dos ascendentes e, na ordem, dos descendentes, cabe a obrigação alimentar aos irmãos. (Ap. Civ. Nº 35.088/95 – (Reg. Ac. 85.454) – Rel. Dês. Jeronymo de Souza DJU 07.08.96).

Nesse aspecto, merece aqui ser relatado o ensinamento do Des. Ney de Mello Almada, para quem apenas o fato gerador da obrigação alimentar, decorre do *jus sanguinis* ou do casamento, é personalíssimo, mas como essa obrigação não se reveste de características de infungibilidade, pode e deve ser satisfeita por

³⁰ MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil*, p.303.

³¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow, **apud**, CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. p. 73.

terceiros que não o devedor” (São Paulo. 2ª TACiv. Alimentos; 10 de Abril de 1996. Revista dos Tribunais, v. 729, p. 233-235, julho de 1996).

3) Por fim, temos a corrente majoritária, que foi adotada pelo Novo Código Civil, e utiliza-se do texto do artigo 23 da Lei do Divórcio nº 6.515/77 que prescreve: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.796 do Código Civil”. Para os defensores dessa corrente, o credor dos alimentos pode reclamá-los do parente que estiver obrigado a pagá-los, podendo exigí-los dos herdeiros do devedor, se este falecer, sendo esta transferência uma exceção ao caráter personalíssimo acima descrito. Ressalta-se, no entanto, que referida dívida herdada não ultrapassa os limites da herança deixada. Agora, caso o beneficiário venha a falecer, este direito não se transfere, extinguindo-se a obrigação.

Seguindo este pensamento, temos as palavras de Arnaldo Rizzardo que assim afirma:

O art. 23, de seu lado, reporta-se ao art. 1.796, pelo qual a herança responde pelas dívidas do falecido; contudo, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção à parte que na herança lhe coube. Anote-se, portanto, que embora o dispositivo em berlinda fade em transmissão aos herdeiros, essa transmissão é ao espólio. É a herança, o monte-mor, que recebe o encargo. Os herdeiros jamais devem concorrer com seus próprios bens para alimentar o credor do morto. Por isso, devem fazer o inventário, justamente para disciplinar o patrimônio próprio e os recebidos na herança. Participam da prestação alimentícia transmitida, na proporção de seus quinhões. Não há sucessão da pensão alimentícia além das forças da herança.³²

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

É transmissível, pois o artigo 1.700 do Novo Código Civil prescreve que o credor dos alimentos pode reclamá-los do parente que estiver obrigado a pagá-los, podendo exigí-los dos herdeiros do devedor, se este falecer, porque a estes se transmite a obrigação alimentar, passando assim, os alimentos a ser considerados como dívida do falecido, cabendo aos seus herdeiros a respectiva solução até as forças da herança. Com isso o alimentário tem direito de exigir a prestação alimentícia dos herdeiros do antigo

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. p.736.

devedor, consignando-se, então, uma exceção ao caráter personalíssimo da obrigação alimentar”.³³

Vejamos algumas decisões proferidas pelos Tribunais a respeito do assunto:

ALIMENTOS – Obrigação alimentar – Concubinato extinto por morte – Transmissão aos herdeiros do devedor, nos limites da herança – Admissibilidade – Carência da ação da ex-concubina, afastada – Provimento ao recurso para esse fim – Inteligência do art. 23 da Lei do Divórcio. Transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites da herança, a obrigação de lhe prestar alimentos à ex-companheira” (TJSP – Ap. Cível 61.697-4, 20-10-98, Rel. Dês Cezar Peluso).

ALIMENTOS – Falecimento do alimentante – Transmissibilidade da obrigação alimentar – Admissibilidade – Inteligência dos arts.23 da Lei do Divórcio e art. 402 do CC. (Ap. c/ver. 499.665-00/8 – 6ª Câm. – j. 10.04.1996 – rel Juiz Paulo Hungria).

- É incessível:

O direito aos alimentos é um direito inerente à pessoa do alimentando, a sua indisponibilidade é consequência direta dessa índole estritamente pessoal.³⁴

Os alimentos, em relação ao credor, não podem ser cedidos, pois, como dito, o crédito é personalíssimo e foi obtido em razão da reunião dos pressupostos da obrigação alimentar, assim, é inseparável da pessoa do credor.

- É irrenunciável: O Código Civil, em seu artigo 404, de forma clara e objetiva afirma a irrenunciabilidade do direito a alimentos ao prescrever que: “Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”. Tal afirmação, foi reproduzida no Novo Código Civil, no artigo 1.707, 1ª parte, alterando-se apenas a redação : “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos”.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p. 464.

³⁴ Idem p.104.

Essa irrenunciabilidade, aceita por toda doutrina, é conseqüência do princípio do direito à vida, preservado pelo instituto dos alimentos. Assim, o que pode acontecer é o não-exercício da faculdade de exigir os alimentos, mas nunca a renúncia ao direito de exigí-los.

Mesmo que o filho faça uma declaração especificando claramente todos os motivos ensejadores de sua renúncia, esta, ante a irrenunciabilidade do direito, não produzirá efeito algum no campo jurídico.

Reforçando o presente entendimento, Orlando Gomes, finaliza, de forma lapidar:

O que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, mas aos alimentos devidos e não prestados, o alimentando pode renunciar, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito a alimentos; a renúncia posterior é, portanto, válida.³⁵

- **É imprescritível** : Válido se faz, plagiar as sábias palavras de Maria Helena Diniz, que, referindo-se ao Novo Código Civil, afirma: “os alimentos são imprescritíveis, ainda que não exercido por longo tempo, enquanto vivo, tem o alimentando direito de demandar do alimentante recursos materiais indispensáveis a sua sobrevivência, porém se seu *quantum* for fixado, judicialmente, prescrevem em 2 anos as prestações de pensões alimentícias”³⁶, conforme artigo 206, § 2º do Novo Código:

Art. 206. Prescreve:

§ 1º ...

§ 2º Em 2(dois) anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

Em nosso direito vigente, essa prescrição ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, conforme dispositivo legal abaixo:

Art. 178. Prescreve:

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

I – As prestações de pensões alimentícias.

³⁵ GOMES, Orlando **apud** CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. p. 56.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p. 464.

- **É impenhorável** – Tendo em vista que o Código de Processo Civil não declarou expressamente a impenhorabilidade dos alimentos, os doutrinadores, de forma unânime, assim o declararam, baseando-se no fato de ser este um direito personalíssimo, destinado à subsistência da pessoa alimentada que não dispõe de recursos para viver.

Ocorre, porém, que mesmo sendo pacífico o entendimento de impenhorabilidade dos alimentos, os doutrinadores divergem ao procurarem uma fundamentação legal para tal característica.

Uma parcela da doutrina busca extrair essa impenhorabilidade do final do artigo 1.430 do CC, já outra parte baseia-se no artigo 649, VII do CPC.

Mas essa divergência, nas palavras de Yussef Said Cahali, mostra-se irrelevante, tendo em vista que a própria natureza pessoal do crédito e a destinação dos alimentos bastariam para o embasamento jurídico da impenhorabilidade.³⁷

Mesmo assim, procurando sanar essa divergência, o Novo Código Civil, em seu artigo 1.707 *in fine*, refere-se à impenhorabilidade dos alimentos da seguinte forma:

Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora. (grifo nosso)

- **É incompensável** – Por tratar-se de um direito personalíssimo, destinado à subsistência do alimentado, referido crédito não é passível de compensação, tendo em vista que, se esta ocorresse, acabaria por privar os meios de sobrevivência do beneficiário, pois o alimentante, tornando-se de alguma forma credor do alimentado, poderia descontar seu crédito das prestações alimentícias devidas, o que feriria o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

³⁷ CAHALI, Yussef Said, op cit. p. 110.

- **É intransacionável** – Não se admite transacionar o direito aos alimentos futuros, “para que o alimentado, gasto o que recebeu por ela, não fique em necessidade.”³⁸

Mesmo não tendo a possibilidade de se transacionar os alimentos devidos, a lei permite às partes convencionarem o valor da pensão e o modo de sua prestação.

- **É atual** – O direito aos alimentos tem como objetivo satisfazer as necessidades atuais e futuras do alimentado e não as necessidades passadas.

Ilustra o civilista Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro “Reconhecimento de paternidade e seus efeitos”, que :

Sendo a finalidade da prestação alimentar assecuratória da manutenção, o alimentando não a pode reclamar para o tempo decorrido, porque, bem ou mal ele viveu, não sendo possível que o devedor tenha de alimentá-lo para o passado.³⁹

E, finalizando, Maria Helena Diniz ressalta que:

Alimentos atrasados só são devidos se fundados em convenção, testamento ou ato ilícito, quer dizer, por título estranho ao direito de família.⁴⁰

- **É condicional e mutável** – A obrigação de prestar alimentos é condicional, uma vez que só existirá se verificar a existência do binômio necessidade/possibilidade. Deixando de existir pelo menos um desses pressupostos, a obrigação alimentar cessará. Exemplo: se o alimentando adquirir recursos que possibilitem se manter sozinho, estará o alimentante liberado da obrigação.

No que diz respeito à mutabilidade entende-se que a sentença que condena o alimentante às prestações alimentícias não faz coisa julgada, sendo

³⁸ CAHALI, Yussef Said, op cit. p. 116.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. p. 239.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena, op cit p. 465

possível modificar o seu *quantum* a qualquer momento, desde que verifique que o referido alimentante tem condições materiais de contribuir com uma quantia maior do que a que vem contribuindo. Neste caso, a prestação será aumentada, até atingir um valor compatível com a possibilidade do alimentante.

Em resumo, sobrevindo mudança na fortuna de quem os supre ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do magistrado, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo, e ainda, salvo decisão judicial, as prestações alimentícias de qualquer natureza serão corrigidas monetariamente na forma dos índices oficiais de atualização vigentes⁴¹, conforme artigo 1.710 do Novo Código Civil.

- **Da reciprocidade** – Mediante a característica da reciprocidade, na relação familiar, o parente devedor de alimentos também terá o direito de reclamá-los caso um dia venha a precisar deles. Nesse aspecto, o pai pode vir a exigir do filho se, por seus próprios esforços, não tiver condições de subsistência, nos termos do parágrafo único do artigo 399 do atual Código Civil, que prescreve que:

No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos, maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assistí-los e alimentá-los até o final de suas vidas.

Utilizando-se desse dispositivo legal, apenas os filhos maiores e capazes tinham o dever de sustentar os pais quando estes viessem a necessitar.

Assim, se o filho menor ou incapaz possuísse bens e renda própria, não poderia ele ser obrigado a prestar alimentos aos pais.

Visando sanar essa irregularidade, o Novo Código Civil, reformulou tal artigo, retirando de seu corpo os dizeres “maiores e capazes”, passando a enfatizar que:

⁴¹ DINIZ, Maria Helena, op cit., p. 466

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

4.1.3) Obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes

É dever dos pais, em igualdade de condições, sustentarem seus filhos, procurando proporcionar a eles tudo o quanto for necessário para sua subsistência material e moral, até que tenham condições de manterem-se por si mesmos.

São os pais os responsáveis pelo nascimento do filho, por esse motivo, não podem eximir-se da obrigação de dar-lhes condições de crescimento sadio.

Tal obrigação, é resultante tanto do poder parental que exercem, quanto da relação de parentesco em linha reta.

Ocorre, porém, como já exposto no item acima, que o instituto dos alimentos possui a característica marcante da reciprocidade prescrita no artigo 397 do Código Civil, onde o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Assim, se o pai que, durante toda vida sustentou o filho, proporcionando a ele toda assistência material e moral para sua formação, assim como: amor, educação, vestuário, abrigo, medicamentos, alimentação e tudo o mais que se fez necessário; no futuro, não tendo condições de sobrevivência, terá todo direito de reivindicar alimentos do filho, o qual terá o dever de fornecê-lo. Agora, caso o filho também não tenha recursos para prover o seu sustento próprio e de seu pai, este último poderá reclamá-los de seus pais (no caso avôs do filho), se os tiver e, faltando estes, aos irmãos e assim por diante, desde que do mesmo tronco ancestral.

O Novo Código Civil, utilizando-se de outras palavras, acabou por reeditar esta norma em seus artigos 1.694 a 1.697.

Nesses termos, a obrigação alimentar sempre recairá sobre parentes mais próximos em grau e, na falta destes, sobre parentes mais remotos.

Não pode, porém, o beneficiário dos alimentos, como por exemplo, o filho, por sua vontade, pretender a exclusão dos parentes mais próximos, no caso o pai, alegando que os avós possuem melhores condições financeiras, pois, enquanto o obrigado mais próximo tiver condições de prestar os alimentos, ele é o devedor, não se convocando o mais afastado, exceto quando o alimentante prova que o que recebe é insuficiente para sua própria subsistência e subsistência do alimentante. Nesse caso, os parentes mais remotos serão chamados para *complementar a pensão*, contribuindo juntamente com o real devedor.

No entendimento do STF:

Se os pais, por si, se revelam carecedores de recursos para alimentar os filhos menores, podem estes exigir complementação dos avós, pessoas, no caso, de grande fortuna. (22.04.1997, RT 747/385)

Utilizando-se, então, da característica da reciprocidade que traz o Código Civil, os filhos matrimoniais, devidamente reconhecidos, também terão direito aos alimentos e estarão obrigados a prestá-los a seus descendentes, se estes vierem a precisar.

Da mesma forma, o filho adotivo, em decorrência do parentesco civil estabelecido entre os novos familiares, poderá deles reclamar alimentos e, da mesma forma, pode ser compelido a fornecê-los. Já, com relação ao parentesco consangüíneo, todo o vínculo existente será rompido, não podendo ele exigir e nem fornecer alimentos⁴², e, conforme lembra Antônio Chaves, o princípio do artigo 376 do CC pátrio, ressalva que o parentesco resultante da adoção de menor limita-se ao adotante e ao adotado, quebrando o vínculo antigamente existente entre os familiares consangüíneos.⁴³

⁴² DINIZ, Maria Helena, *op cit.*, p. 466.

⁴³ CHAVES, Antônio. *Adoção*, p. 513

Assim, o pai, ainda que pobre, não está isento da obrigação de prestar alimentos ao filho menor. Nem mesmo a perda ou suspensão do pátrio poder retira do filho o direito aos alimentos. Este direito só se extingue com a morte do alimentando ou com a maioridade deste, mas, conforme ressalta Yussef Cahali, “eventualmente pode surgir obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos adultos, quando estes, por incapacidade ou enfermidade, não tiverem condições de se manterem sozinhos.”⁴⁴

Em contrapartida, o pai que vier a necessitar de auxílio, poderá, a qualquer momento exigir alimentos do filho, fazendo cumprir o caráter de reciprocidade prescrito no Código Civil.

4.2) Da sucessão

Como o próprio nome diz, *suceder* é substituir, assumir o lugar que foi de outra pessoa, constituindo-se, no contexto deste trabalho, na transmissão de direitos e obrigações.

Este é o motivo que faz com que o instituto da sucessão mantenha um forte laço com o instituto da filiação, pois, sempre que o titular dos bens, direitos e obrigações tiver descendentes, estes o sucederão, por serem os herdeiros legítimos, como prescreve a lei.

Mas, para melhor compreensão do referido instituto e de seu vínculo com o direito de paternidade, necessário se faz entender as duas formas de sucessão existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, há aquela que deriva de um ato entre vivos ou, chamada *sucessão inter vivos*, como por exemplo um contrato; em segundo lugar, vem a sucessão que tem como causa a morte do titular dos bens, direitos e obrigações, mais conhecida como *sucessão causa mortis*.

⁴⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 545.

No presente trabalho, vamos nos ater somente à *sucessão causa mortis*, tendo em vista que esta, no que concerne aos limites e fins deste trabalho, mantém relação com o direito de paternidade e filiação.

4.2.1) Sucessão e Herança

Com a morte do titular dos direitos, a totalidade do patrimônio deste é transmitida aos herdeiros, em decorrência da sucessão hereditária.⁴⁵

Quando o *de cujus* deixa descendentes, estes serão os herdeiros, na falta destes, serão os pais, irmãos e assim por diante, conforme parentesco em linha reta.

Diante disso, só serão extintas as obrigações personalíssimas do falecido, as demais obrigações terão continuidade na pessoa dos herdeiros.

Essa proteção origina-se tanto do interesse privado, quanto do interesse do Estado, pois, é interesse dele de que nenhum patrimônio reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais, e ainda, garantindo o direito à sucessão estará também protegendo a família. De forma contrária, o Estado, proibindo o referido direito, estaria prejudicando a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, impedindo-o de garantir o futuro de sua família, fazendo com que o fruto de seu trabalho caísse nas mãos de terceiros.

Assim, procurando reafirmar esse direito, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, garantiu a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito de herança.

Para melhor entendimento, necessário se faz distinguir o termo sucessão do termo herança, pois, embora muitos os utilizem como sinônimos, possuem significados distintos.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito das Sucessões VI*. Atlas S.A. – 2001 – São Paulo – 16p.

Sucessão refere-se ao ato de suceder, que pode ocorrer por ato ou fato entre vivos ou por causa da morte. Já **Herança** é o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.⁴⁶

Da mesma forma prescreve o sábio Arnaldo Wald:

O conceito de *sucessão* é, todavia, mais amplo, abrangendo todos os casos de transferência de direito subjetivo ou de dever jurídico, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.⁴⁷

A *herança* é, pois, o conjunto de bens, direitos e deveres patrimoniais, ou seja, a universalidade das relações jurídicas de caráter patrimonial em que o falecido era sujeito ativo ou passivo.⁴⁸

Em resumo, o direito à sucessão é o efeito mais importante atribuído ao filho, pois é a capacidade por ele adquirida para, sem testamento, herdar do pai e dos parentes deste.

⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo, op cit, p. 20.

⁴⁷ WALD, Arnaldo. *Direito das Sucessões*, p. 15.

⁴⁸ Idem, p. 16.

5) A PATERNIDADE BIOLÓGICA E A PATERNIDADE REGISTRÁRIA

Em nosso ordenamento jurídico, a família é tida como a base da sociedade, pois, é a partir dela, que o Direito organiza suas relações internas, como o instituto da adoção, sucessão, parentesco...

Na origem patriarcal, o filho nascido na constância do casamento pertencia unicamente à família do pai, e o vínculo existente com a mãe, mesmo que produzindo efeitos jurídicos, não era o bastante para introduzi-lo na família materna.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, conforme já relatado no Capítulo 1 do presente trabalho, essa superioridade paterna se dissolve, dando lugar à igualdade entre os cônjuges. O filho então, passa a manter um vínculo parental com o pai e com a mãe, em igualdade de condições.

No que diz respeito à filiação materna, há sempre a certeza do vínculo, tendo em vista que *mater semper certa est*⁴⁹. Já quanto à paternidade, tal vínculo vem impregnado de incertezas. Procurando, então, amenizá-las, o ordenamento introduziu a presunção da paternidade, mais conhecida como *pater is est*.

Nesse contexto, “diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação”.⁵⁰

E ainda, plagiando as palavras do sábio Karl Engisch:

Somente o estabelecimento da paternidade pelo reconhecimento ou na procedência da investigação determina, nesse caso, o parentesco entre o pai e o filho não havido dentro do casamento. Sem o reconhecimento ou a investigação eles não são, no sentido da lei, parentes entre si”.⁵¹

⁴⁹ A mãe é sempre certa.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, p.21.

⁵¹ ENGISCH, Karl **apud** FACHIN, Luiz Edson, op cit, p. 21.

Ocorre, porém, que nem sempre a paternidade biológica coincidirá com a paternidade registrária. Há casos em que, o marido da mãe registra o filho nascido na constância do casamento achando ser o pai e, posteriormente, vem a descobrir que na realidade é apenas o pai jurídico, pois, por infidelidade da esposa, o pai biológico da criança é um terceiro.

Essa é a hipótese conhecida como filho adúlterino *a matre*.

Assim temos que, em regra, pai é aquele que mantém um vínculo consangüíneo e registrário com o filho, pois esse é o modelo regulado por nosso ordenamento jurídico.

Antigamente, quando a paternidade biológica e jurídica se distanciavam uma da outra, a verdade jurídica predominava sobre a biológica, pois, naquela época, evitava-se a declaração verdadeira com o intuito de proteger a família, que era vista como uma instituição sacralizada e transpessoal.

A partir daí, com a evolução da ciência, com o surgimento do exame de DNA, ficou simples se provar a existência do vínculo consangüíneo entre pai e filho. E ainda, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, caput, baseando-se na proteção integral, afirmou que as crianças e os adolescentes têm direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado; após, a Lei 8.069 de 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, possibilitou ao filho o reconhecimento do estado de filiação à qualquer tempo, exercitado contra os pais ou seus herdeiros.

Diante do exposto, qual verdade deverá prevalecer? A verdade biológica ou a jurídica? Quem será, na realidade, o pai da criança? É aquele que cuidou ou aquele responsável pela geração genética? E o filho jurídico, poderá ele requerer o reconhecimento da paternidade do pai biológico? Quais serão os efeitos de eventual reconhecimento?

Estes são, entre outros, os problemas que serão analisados, para os quais nos atrevemos a almejar a apresentação de soluções claras e coerentes.

6) A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE

6.1) A Presunção *Pater is est*

No que diz respeito à filiação, sempre houve dificuldades em se atribuir a paternidade ou a maternidade a alguém. E, no âmbito jurídico não foi diferente.

Assim, a legislação passou a utilizar-se de presunções para amenizar estes problemas.

A palavra presunção designa-se por uma opinião ou juízo baseado nas aparências; é uma suposição, uma suspeita.

Nesse contexto, surgiu então, a presunção *mater semper certa est*, afirmando que a maternidade em si é um fato certo e de fácil prova.

Para Roberto de Ruggiero, “é mãe, aquela que pariu o filho, e é este um fato que consta de modo visível”⁵². Seguindo esse pensamento, teria a maternidade um caráter absoluto, pois, sendo provado o parto, a filiação estaria estabelecida. Ocorre, porém, que tal caráter vem deixando de ser absoluto, assumindo o caráter relativo, tendo em vista que o filho de que se trata pode não ser precisamente aquele que a mulher deu à luz. Diante disso, abre-se a possibilidade de se impugnar a maternidade, desde que provando-se a substituição de parto.

Ao contrário da maternidade, a paternidade apresenta dificuldades sérias para se estabelecer. Por esse motivo, a lei recorreu à presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*⁵³ que estabelece que o filho concebido na constância do casamento teria como pai o marido de sua mãe. Tal presunção, no entanto, afigura-se não absoluta, pois, pode o filho nascido na constância do casamento não corresponder à geração por obra do marido⁵⁴. Nesse caso, para afastar essa presunção, deverá o marido, em curto prazo decadencial, impugnar essa paternidade, como será visto mais adiante.

⁵²RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, p. 266.

⁵³presunção de que o filho concebido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido de sua mãe.

⁵⁴RUGGIERO, Roberto de, *op cit*, p. 267.

Como um terceiro tipo de presunção, surgiu aquela em que o homem que mantinha relações sexuais com a mãe da criança no período da concepção era o pai. A presunção *exceptio plurium concumbentium*, por sua vez, era contrária a este terceiro tipo de presunção, afirmando que nem sempre aquele que manteve relações com a mãe durante o período da concepção seria o pai da criança. E, finalmente, conforme descreve o artigo 338 do atual Código Civil, presume-se a paternidade para os filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.

Ocorre, porém, que, por ser a paternidade presumida ou *pater is est*, tema do presente trabalho, este tipo de presunção merecerá especial destaque.

6.1.1) Presunção *pater is est*. Da antiguidade à atualidade

Durante muito tempo, por séculos ou até milênios, os povos romano-germânico encerraram a incerteza da paternidade utilizando-se da presunção, supondo que a maternidade é sempre certa e, em decorrência disso, o marido da mãe, normalmente, será o pai dos filhos oriundos dessa coabitação. Detinha então, o marido, legitimidade e faculdade para contestar essa paternidade, conforme artigo 344 do atual Código Civil, permitindo-lhe, lançar mão apenas de circunstâncias previamente estipuladas em lei (art. 340 CC) e, no caso de inércia deste, a paternidade se confirmava, não podendo mais ser objeto de discussão.

Nesses termos, o Código Civil brasileiro, acabou por filiar-se a essas orientações, moldando-se aos demais sistemas que já a utilizavam .

Assim, em regra, o marido seria o pai biológico dos filhos concebidos na constância do casamento. Tal presunção tinha como objetivo buscar fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica.

Menciona Luís Paulo Cotrim Guimarães que:

Havia, pois, um liame direto e inseparável entre o matrimônio e a prole concebida em sua constância. Na eventualidade de união extramatrimonial *a matre*, mesmo que presente a figura de um terceiro, como sendo o pai biológico, o pai jurídico lhe sobrepuja, avocando para si o direito relativo ao pátrio poder.⁵⁵

Nas palavras de Carvalho Santos:

A prova do parto da mãe, somada à prova da identidade do filho – o filho gerado por aquela mãe durante o casamento – seriam os elementos suficientes para a demonstração da legitimidade da prole, prescindindo de qualquer investigação biológica quanto à pessoa do marido.⁵⁶

E, finalmente, de acordo com os ensinamentos do Professor Zeno Veloso:

Não há nenhum exagero ou desvio em se atribuir legalmente a paternidade ao marido. O *pai jurídico*, em regra, é o *pai biológico*. Com base no que geralmente acontece, nos dados da experiência, nas realidades práticas da vida, a mulher casada, que coabita com o esposo, é fecundada por este.⁵⁷

A presunção de paternidade, então, trazia, mesmo que superficialmente, uma proteção à família, pois, muitas vezes, sustentando a *mentira jurídica*, acabava por proporcionar a paz familiar.

De acordo com o sistema do Código, “ainda que se quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica-se a primeira em favor da segunda. Dá, assim, preferência a um critério *nupcialista da paternidade* e não a um critério *biologista da paternidade* que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico.”⁵⁸

Nessa época, diversas eram as teorias que sustentavam e fundamentavam a presunção da paternidade do marido:

⁵⁵ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado*, p. 62.

⁵⁶ SANTOS, Carvalho, **apud** GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, op cit, p. 64.

⁵⁷ VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, p. 52.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, p. 33.

- **Teoria da Acessoriedade** – Essa é a teoria mais antiga. Segundo ela, a presunção de paternidade do marido é uma consequência do domínio que ele exerce sobre sua esposa, cujo fruto – o filho – é acessório, o que no latim se traduzia com o clássico aforisma: o acessório segue a condição do principal. Se o marido é dono da esposa, o é também do filho, que é seu fruto”.⁵⁹

- **Teoria da presunção de fidelidade da esposa** – Em regra, a mulher é fiel ao marido. Por esse motivo é que, enquanto nada se prove com relação a relações extramatrimoniais da esposa, presume-se que o filho é do marido. Até prova em contrário, a mulher é inocente.

- **Teoria da coabitação exclusiva** – O fato da coabitação entre os cônjuges implica em relações exclusivas entre eles. Ocorre, porém, que tanto essa teoria da coabitação quanto a da presunção de fidelidade encontram-se abaladas, tendo em vista que são afastadas se produzidas provas em contrário.

- **Teoria da vigilância do marido** – Não possui muita aceitação. Defende o entendimento de que o marido por exercer o poder marital, está legalmente obrigado à vigilância da conduta de sua esposa, e, portanto, o filho que ela der à luz deve ser-lhe atribuído.⁶⁰

- **Teoria da “admissão antecipada” do filho pelo marido** – De acordo com essa teoria, o marido, ao casar, por antecipação, assume todos os filhos que sua esposa vier a conceber.

Esse pensamento e essas teorias perduraram por muito tempo até que, em 1975, evoluções sofridas pelo Direito de Família provocaram significativas modificações na atribuição da filiação e no estabelecimento da paternidade.

⁵⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade – Posse de Estado de Filho*, p. 43.

⁶⁰ Idem, p. 44.

A partir daí, e com o avanço da ciência e da tecnologia, especialmente nos campos da biologia e genética com o exame de DNA, que permite oferecer certeza científica comprovada quanto à paternidade, o sistema da paternidade presumida passa a ter um novo tratamento, sendo aplicado de forma limitada pela lei e jurisprudência, reconhecendo situações em que se afasta de seu âmbito a presunção da paternidade.

Assim, a presunção da paternidade que entes era tida como uma disciplina ligada predominantemente à defesa da família, do casamento, da proteção da legitimidade do filho e à intenção de manter a autoridade do marido⁶¹, passa a ser vista de outro modo, ou seja, não chegou a ser suprimida de nosso direito, mas surgiu a possibilidade de seu abrandamento, facilitando sua cessação quando a paternidade do marido é impossível ou manifestamente improvável.

Faculta ao suposto pai, então, impugnar a paternidade a ele imposta em decorrência da presunção e, da mesma forma, de acordo com o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito do filho, a qualquer momento, requerer o reconhecimento do seu verdadeiro estado de filiação, mesmo já possuindo um pai registrário.

6.1.2) Aspectos gerais da presunção *pater is est*

Diante do exposto e em análise ao sistema de presunção da paternidade temos que, como já visto:

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

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson, op cit, p. 34.

⁶² GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, op cit, p. 62.

Permite ela, no momento do nascimento da criança, determinar juridicamente a identidade do pai, mediante apenas a comprovação do casamento, exonerando-o de qualquer outro tipo de prova da paternidade, isto porque, a intenção do legislador foi preservar ao máximo a família, pelo fato de ser ela a estrutura básica e ética da sociedade.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, consagrou direitos iguais aos filhos, desaparecendo, no âmbito jurídico, a classificação entre filhos legítimos (nascidos na constância do casamento) e filhos ilegítimos (nascidos de relações extramatrimoniais). A partir daí, a Lei nº 8.560/92, revogou o artigo 337 do atual Código Civil, pois este dispositivo de lei, explicitamente, discriminava os filhos ilegítimos, ao estabelecer que a *presunção de legitimidade* era conferida apenas ao filho tido dentro do casamento, já os filhos que fossem concebidos em relações extramatrimoniais eram inclusos nessa *presunção*, tendo em vista que esta só poderá acontecer via reconhecimento voluntário do suposto pai, ou por sentença judicial que assim determine.

Diante disso, como já se disse, o referido artigo foi revogado e o que antes era chamado de *presunção de legitimidade*, passou a ser chamado de *presunção de paternidade*, procurando amenizar a diferenciação.

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

De acordo com o Professor Pereira Coelho, o princípio da igualdade dos filhos proíbe que a lei possa dar tratamento diferenciado às relações surgidas dentro e fora do casamento, pois, na verdade correspondem a diferentes realidades sociológicas⁶³. Em resumo, o que a Carta Magna proibiu foi a discriminação entre os filhos e não o tratamento diferenciados entre estes, até porque não se pode tratar de forma igual os desiguais.

Em outro aspecto, ressalta-se também que a *presunção de paternidade* não é uma *presunção absoluta*. O fato de poder ser afastada mediante prova em contrário a caracteriza como uma *presunção iuris tantum*.

Para Maria Helena Diniz:

⁶³ COELHO, Pereira, **apud** FACHIN, Luiz Edson, op cit, p. 29.

A presunção de paternidade não é *júris et de jure* ou absoluta, mas *júris tantum* ou relativa, no que concerne ao pai, que pode elidí-la provando o contrário. Essa presunção de paternidade é de ordem pessoal, sendo privativa do marido, pois só ele tem *legitimatío ad causam* para propô-la (art. 1.601, caput do NCC).⁶⁴

Nesse mesmo contexto, Orlando Gomes afirma que a presunção de paternidade:

Tem a regra caráter imperativo, aplicando-se à generalidade dos casos, mas sua força não é absoluta, admitindo a presunção prova em contrário, reservada ao marido, se ocorrerem as condições que lhe é lícito contestar a paternidade.⁶⁵

Assim, esta presunção é relativa, cabendo ao pai, nos limites da lei (art. 340 e 342 do CC), contestá-la, provando que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; que a esse tempo estava legalmente separado da mãe da criança; ou que estava absolutamente imponente à época da concepção.

Ressalta-se, porém, que com relação a terceiros, referida presunção é absoluta, pois ninguém pode contestá-la em favor de alguém, por ser uma ação privativa do pai (art. 334 do CC).

Já no que diz respeito à legitimidade do filho, Orlando Gomes afirma que “quando se trata de falsidade do registro de nascimento, a impugnação à paternidade não é privativa do pai, nem se sujeita ao curto prazo de decadência previsto no art. 178, § 3º do Código Civil. Pode promovê-la também, o próprio filho, apoiando-se no art. 348 do Código Civil, alterado pelo Decreto-Lei nº 5.860, de 30.09.1943”⁶⁶.

Arnoldo Wald, por sua vez, assevera que:

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*, p. 376.

⁶⁵ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14 ed., p. 325.

⁶⁶ *Idem*, p. 328.

A presunção *pater is est* tem sofrido restrições na sua aplicação pela jurisprudência. Entendeu-se assim que, embora a lei considerasse privativa do pai presumido a ação negatória, dever-se-ia admitir que o filho pudesse, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, pedir a retificação de sua filiação provando que o pai presumido não é o real, pois na época do nascimento estava separado de fato da esposa. Admitiu-se também que o prazo estabelecido pela lei para denegar a paternidade não devesse ser considerado como fatal, permitindo-se que o pai presumido declare, por ocasião do desquite, não ser filho seu o rebento de sua mulher nascido na vigência do casamento e considerando-se como válida tal declaração quando feita em testamento. São conquistas jurisprudenciais que vão derrubando o velho princípio romano de defesa exacerbada da família.⁶⁷

Complementando esse pensamento, atualmente, o artigo 27 do ECA assegura ao filho o direito imprescritível de buscar a sua verdadeira paternidade.

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

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

O Superior Tribunal de Justiça admite a relatividade da presunção da paternidade, afirmando ainda ser o artigo 340 do CC exemplificativo, como relata a jurisprudência abaixo:

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

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

Pelas especiais peculiaridades da espécie, admite-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo previsto no § 3º do artigo 178 do Código Civil.

⁶⁷ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*, p.171..

O aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor.

“As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito” (Nelson Sampaio).

Interpretação atual do § 3º do art. 178 do Código Civil.

Recurso conhecido e provido (STJ – RESP 146548/GO, 29/08/2000 – T4 – Min. Barros Monteiro).

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

7) A IMPUGNAÇÃO LEGAL DA PATERNIDADE PRESUMIDA

7.1) A Ação Negatória de Paternidade de acordo com o art. 340 e 178, §§ 3º e 4º do CC.

Descreve o artigo 340 do atual Código Civil:

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se:

I – que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem procedido ao nascimento do filho;

II – que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

Tal artigo traz em seu bojo, de forma taxativa, as hipóteses permissivas à ação de desconstituição da paternidade pelo marido.

Esta ação, facultada apenas ao marido (art. 344 CC), mais conhecida como negatória da paternidade, visa afastar o instituto da presunção da paternidade imposto pelo artigo 338 do Código Civil.

Mas para isso, deverá o marido provar a impossibilidade física de sua coabitação com a esposa e como consequência, a inexistência de relações sexuais durante o prazo legal estipulado. Ressalta-se que, referida impossibilidade física pode se dar pelo afastamento dos cônjuges, como também pela “moléstia grave, impotência ou algum acidente, mutilação ou operação cirúrgica, que reduza a possibilidade da geração do marido”⁶⁸. Provado tal fato, a paternidade será afastada.

Da mesma forma, o marido poderá contestar a paternidade se provar que ao tempo da concepção da criança, ele e a esposa estavam legalmente

⁶⁸ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, *A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado*, p. 105.

separados, através de medida cautelar de separação de corpos. Ressalta-se que a separação de fato não se enquadra neste inciso por não ter a força suficiente da separação legal.

Há, porém, quem entenda que o inciso II do artigo 340 não é taxativo, não sendo exigido a separação judicial do casal. Nesses termos, basta que o marido, em sua contestação, consiga provar que realmente encontrava-se separado da mulher à época da concepção para que a paternidade decaia, por exemplo se os cônjuges passam a residir em localidades distantes uma da outra assim permanecendo enquanto foram concebidos os filhos adulterinos ou se a separação de fato se deu por motivos que tornam impossível moralmente qualquer reaproximação, há que aceitar a possibilidade de ser destruída a presunção⁶⁹, mediante a procedência da negatória de paternidade.

Seguindo os dizeres do artigo acima descrito, o artigo 178 e seus parágrafos 3º e 4º o complementa, dizendo que:

Prescreve:

§ 1º ...

§ 2º ...

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

§ 4º Em 3 (três) meses:

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

Diante do exposto, o marido presente poderá contestar a paternidade do filho em até dois meses contados do nascimento. No segundo caso, se o marido encontrava-se ausente à época da concepção, terá ele apenas três meses para contestá-la, contados à partir de sua volta à casa conjugal.

Nessa época, via-se claramente que o legislador procurava valorizar a família, colocando-a em primeiro lugar. Mesmo que a mulher, em algum momento

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Forense. 14 ed., p. 310.

viesse a ser infiel ao marido, este tinha apenas dois meses, contados do nascimento da criança, para contestar a paternidade. Após esse tempo, a paternidade se consolidava, não podendo mais ser desfeita.

Ocorre, porém, que essa forma de agir, na maioria das vezes, vinha revestida da roupagem da injustiça, o que ocasionava danos irreparáveis ao condenado. Isso porque, as decisões se assentavam em presunções, em provas inconsistentes, baseando-se apenas na proteção à família e na satisfação da sociedade.

Hoje, a situação é outra. Com a evolução das ciências biogenéticas, surgiu o exame de DNA, que confere a certeza da filiação à paternidade.

Assim, mesmo com a rigidez do atual sistema brasileiro, que teima em não permitir a impugnação da paternidade fora das hipóteses previstas no artigo 340 do Código, e após decorrido o prazo estabelecido no artigo 178 suso citado, é cada vez mais forte o entendimento jurisprudencial no sentido de permitir a negatória de paternidade após a comprovação genética da impossibilidade da paternidade do marido da mãe. E ainda, baseando-se no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite à qualquer momento o reconhecimento do estado de filiação, a jurisprudência, da mesma forma, tem entendido ser imprescritível o direito do marido propor a ação negatória de paternidade.

A tese da insubsistência do prazo decadencial estabelecido pelo Código Civil, para a propositura de ação negatória de paternidade, prevalece atualmente no Superior Tribunal de Justiça, que recentemente, reformou decisão do Tribunal de Minas Gerais, dando provimento a recurso especial em que o recorrente sustentava a inexistência de prazo, dada a revogação do art. 178, § 3º, do Código Civil, pelo artigo 27 do ECA. Restou estabelecido que “o tempo não determina a extinção do direito de o marido propor a ação negatória da paternidade”. (STJ, 4º Turma, REsp 278.845/MG, Ruy Rosado de Aguiar, relator, j. 28.05.01 – por maioria).

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Imprescritibilidade – Sentença de indeferimento da inicial, fundada no § 3º do artigo 178 do Código Civil, desconstituída para que a demanda tenha regular seqüência – Apelação provida. A orientação que se impõe, ante o atual estado da ciência e da técnica médica, permitindo conclusão de, praticamente, certeza absoluta sobre a paternidade biológica, é a da perda de eficácia dos §§ 3º e 4º do artigo 178 do Código Civil, não mais se configurando o óbice da prescrição (ou decadência) ao pedido de tutela jurisdicional direcionado à verdade da filiação.

(TJSP - Apelação Cível n. 64.598-4 – Barueri – 5ª Câmara de Direito Privado – Relator: Marcus Andrade – 14.05.98 – V.U).⁷⁰

Por fim, válido se faz, ressaltar o entendimento do Meritíssimo Juiz, Dr. Jorge Luís Costa Beber, da Vara de Família de Santa Catarina:

Se o pai registral, por força da aparente estabilidade do relacionamento que mantinha com a mãe biológica, cônjuge ou companheira, supõe que o filho gerado por esta última é seu, e, nesta contingência, o registra em seu nome, poderá, segundo penso, pugnar pela respectiva anulação do assento, desde que cientificamente comprovado não ser ele o verdadeiro pai do rebento. O que houve, desenganadamente, foi uma declaração de vontade não correspondente ao verdadeiro ato volitivo do pai registral, pois agiu de modo contrário ao que certamente agiria se conhecesse, na época do registro, a verdade sobre a concepção. Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento de filho nada mais é do que um ato jurídico stricto sensu, sendo certo que, partindo de uma respectiva declaração de uma verdade viciada, estaria ela sujeita a competente desconstituição por vício de consentimento, incidindo, no particular, a norma esculpida no art. 88 do Código Civil, independentemente do prazo decadencial, conforme já referido.⁷¹

Essas conquistas jurisprudenciais estão, gradativamente, derrubando o velho princípio romano da proteção total à família.

Utilizando-se desse pensamento, muitos doutrinadores entendem sem eficácia os artigos 340 e 178 §§ 3º e 4º, I, que impedem o acolhimento da negatória de paternidade formulada pelo pai registrário, após comprovada a falsidade do registro civil face ao exame de DNA.

Essa mudança de pensamento por parte da doutrina e jurisprudência se deve à adequação de uma legislação de oitenta anos atrás aos tempos atuais, pois não se pode imaginar uma legislação criada para se prolongar no tempo, sem qualquer alteração. Essas alterações se devem às interpretações mais avançadas, liberais e construtivas decorrentes da própria e natural evolução da humanidade e são aplicadas nos casos em que o pai registra o filho, na certeza de ser seu.

De outra forma, se o pai, mesmo sabendo que o filho não é seu, o registra e, futuramente, ao se separar da mãe, pretende se livrar da pensão alimentícia, e

⁷⁰ PAGANELLI, Wilson – www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2499

⁷¹ BEBER, Jorge Luís Costa, **apud**, PAGANELLI, Wilson – www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2499

propõe uma negatória de paternidade, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é divergente, dando início aos seguintes posicionamentos:

1) A negatória de paternidade não prosperará, tendo em vista que já houve a decadência do direito, não sendo mais passível de questionamento

2) A negatória de paternidade poderá ser argüida a qualquer momento, pois não se justifica a presunção da paternidade em relação à evolução científica dos tempos atuais. Ademais, o registro de nascimento deve sempre demonstrar uma realidade fática e, não havendo vínculo genético, este não pode prosperar e mesmo aquele que deu causa à nulidade poderá argüí-la.

3) Nesse caso, o pai não foi induzido em erro, não houve vício de consentimento e, por esse motivo, o ato dele, ao registrar a criança como sendo seu filho, equivale a uma adoção e, nesses termos, como a adoção é irrevogável, este ato também o será. Só o filho, futuramente, querendo, poderá argüir a nulidade.

Por fim, diante dessas duas verdades, ou seja, a verdade quase absoluta denominada de presunção *pater is est* e a verdade biológica, surge aí, outra verdade, baseada no caráter afetivo, o caráter social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família mas, sobretudo, afeto, amor, dedicação, convivência.

Surge, dessa forma, a *posse de estado de filho*, que visa proteger a criança que, independentemente do aspecto biológico, foi criada com um pai, recebendo dele todo o carinho e afeto paterno-filial.

Cria-se, então, um liame entre a paternidade jurídica (presunção *pater is est*), paternidade biológica e a paternidade sócio-afetiva.

8) A BUSCA DA VERDADEIRA PATERNIDADE

8.1) Bioética – A Paternidade Biológica

Os avanços científicos e tecnológicos ocorridos em grande escala durante as últimas décadas do século XX trouxeram inúmeras mudanças no meio social, principalmente no âmbito do direito de paternidade.

A Bioética, definida como uma ciência que estuda questões ligadas à vida, dentro de valores éticos, foi a responsável pelo avanço da ciência médica que, no campo da genética desenvolveu os testes de paternidade pelo exame de DNA, acabando de uma vez por todas com as dúvidas existentes com relação ao vínculo biológico entre pais e filhos.

Referida ciência defende o pensamento garantido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, onde garante a todos os filhos o direito de ter sua filiação biológica reconhecida, sendo este um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O que impulsiona esta busca da paternidade é o fato de que toda pessoa tem como resultado de sua vida, a conjunção carnal entre o homem que se faz seu pai e a mulher que se faz sua mãe. Sendo assim, é direito de todo indivíduo, caso queira, buscar o reconhecimento de sua paternidade, através do exame de DNA, que atualmente é definitivo, pelo fato de não deixar qualquer margem de dúvida, ou seja, em um primeiro exame, o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, já no segundo exame, o resultado afirma ou nega a paternidade com absoluta certeza.

Para os estudiosos e defensores da Bioética, os membros da família são vinculados uns aos outros e sendo assim, as relações de parentesco se baseiam, além de afeto, em relações biológicas, em vínculos biológicos que ultrapassam os limites de uma simples amizade. Já, pessoas de famílias biológicas diferentes passam a constituir novas histórias, trazendo cada um os seus vínculos prévios, que podem acabar por dificultar os relacionamentos.

Assim, no conflito entre a paternidade jurídica, afetiva e biológica, esta última deverá prevalecer.

8.2) A Posse de Estado de Filho – Conceito e Características

Mesmo conhecendo a força do instituto da presunção *pater is est*, utilizado e defendido por nosso ordenamento há mais de oitenta anos e, atualmente, defrontando-se com a descoberta da verdadeira autoria genética da descendência, conforme descrito acima, surge ocupando uma posição em destaque, a paternidade sócio-afetiva, definida a partir da determinação da *posse de estado de filho*.

Como *posse de estado de filho*, entende-se a relação clara e pública de um vínculo natural existente entre pais e filhos, além disso, é necessário também, que estes referidos pais tratem o filho como tal, permitindo que ele goze dos direitos oriundos da filiação e, da mesma forma, cumpra os deveres de filho.

Para José Bernardo Ramos Boeira, “a posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”.⁷²

Utilizando-se desse pensamento, Orlando Gomes informa que “a posse de estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa”.⁷³

Caracterizando essa posse, a doutrina nos informa que, exerce a posse de estado de filho, aquele que, em sua existência, utiliza-se de três elementos, quais são: nome, trato e fama.

Nesse contexto, deve o filho utilizar o patronímico do pai, ser tratado, instruído e educado por ele e, finalmente, que essa filiação tenha notoriedade social, ou seja, que terceiros o conheçam como filho de determinada pessoa.

⁷² BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade – Posse de Estado de Filho – Paternidade Sócioafetiva*, p. 60.

⁷³ GOMES, Orlando, **apud**, BOEIRA, José Bernardo Ramos, op cit, p. 60.

8.3) A Paternidade Sócio-afetiva

Tomando-se como exemplo a paternidade presumida e a paternidade biológica, vemos agora surgir em nosso ordenamento a paternidade sócio-afetiva.

Referida paternidade, é vista apenas como base sociológica da filiação e, até o momento, não foi incluída no artigo 363 do Código Civil, que estabelece casos em que a declaração da paternidade é admitida.

Mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência, passando por cima da legislação, vem acatando-a, baseando-se no princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Para os defensores dessa paternidade, ser pai ou mãe não é apenas ser a pessoa que gera e a que tem vínculo genético com a criança. Ser pai ou mãe, antes disso, é ser a pessoa que cria, que ampara, que dá amor, carinho, educação, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança.⁷⁴ Diante disso, um verdadeiro vínculo pode surgir com os pais afetivos e, nesse aspecto, os pais da criança podem perfeitamente não ser os biológicos.

Nesse contexto, ressalta-se ainda que o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

A partir daí, fala-se com freqüência na *desbiologização da paternidade* e, é na posse de estado de filho, base da paternidade sócio-afetiva, que ela vê-se mais evidente.

José Bernardo Ramos Boeira, analisando este tema, assevera que:

A posse de estado de filho revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse de estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica”.⁷⁵

⁷⁴ FILHO, José Roberto Moreira, www.jus.com.br/doutrina/texto.aps?id=2744

⁷⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos, op cit 54p.

Em nossa legislação, seria inconcebível, mediante a proteção integral da criança e do adolescente, que o filho que sempre conheceu o marido de sua mãe como sendo seu pai, e com ele manteve uma harmoniosa relação paterno-filial, obtendo dele amor, carinho, educação, de uma hora para outra, mediante a confirmação de inexistência do vínculo biológico, se veja sem pai. Isso geralmente acontece nos casos em que o pai, descobrindo a infidelidade da esposa, queira dela se vingar e também se livrar do encargo dos alimentos, requerendo, para tanto, a desconstituição da paternidade, mediante a argumentação de falsidade ideológica do registro de nascimento.

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

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

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

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

9) A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E SEUS EFEITOS

9.1) Considerações Gerais

A paternidade, em nosso ordenamento jurídico pode se dar de duas formas: pelo reconhecimento voluntário ou pelo reconhecimento judicial.

Será voluntário quando, de acordo com o artigo 1º da Lei 8560/92 que regulamenta a investigação de paternidade, se der pelo registro de nascimento; escritura pública ou particular, a ser arquivada em cartório; pelo testamento, ainda que incidentalmente manifestado e, por fim, através de manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém.

A segunda forma de reconhecimento da paternidade se dá pela “ação judicial, quando então, a parte legitimada, por meio de regular processo, exige do Estado Judiciário uma declaração (sentença) de que a pessoa apontada é seu genitor e, de conseguinte, determine ao Oficial do Registro Civil que anote à margem do assento anterior de nascimento os dados do suposto pai e sua filiação, bem como os apelidos da família”.⁷⁶

Tal ação, prevista no artigo 363 do Código Civil brasileiro, também sofreu modificações com o avanço da ciência, perdendo grande parte de seu conteúdo litigioso, que, tempos atrás permitia várias discussões em torno do resultado da ação, tanto antes, durante, como depois de sua tramitação. Hoje, com a descoberta da verdade biológica, permitida através do incontestável exame de DNA, tais conflitos e discussões praticamente não existem mais.

Assim, comprovando-se a paternidade através do exame, será processado o reconhecimento da paternidade.

O artigo 27 da Lei 8.069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, claramente define os pólos ativos e passivos da ação de investigação de paternidade.

Com efeito estabelece o referido artigo:

⁷⁶ CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro*, p. 97.

O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Dessa forma, a ação de investigação de paternidade, por ser personalíssima, só poderá ser proposta pelo suposto filho. Sendo o referido filho menor, deverá ele ser representado ou assistido pela sua mãe, ou outra pessoa que o represente ou o assista legalmente. Nesse contexto, vindo o filho investigante a falecer no decorrer da ação, terá o representante legitimidade para dar prosseguimento ao feito.

O Novo Código Civil, por sua vez, em seu artigo 1.606, parágrafo único, passa a possibilitar a continuidade da ação pelos herdeiros, desde que esta seja iniciada pelo suposto filho.

No campo da legitimidade passiva, como se observa, temos o suposto pai ou, na sua falta, os seus herdeiros ou legatários. Cabe aqui ressaltar que qualquer pessoa que tenha interesse econômico ou moral poderá entrar no processo como assistente do réu, interferindo no pedido do investigante, podendo contrariá-lo, como por exemplo, poderá a esposa do investigado entrar no processo como assistente deste, pleiteando o indeferimento do pedido do investigante, visando conservar a moral da família.

Utilizando-se das palavras de Silvio da Salvo Venosa temos que:

Qualquer pessoa que possa ser afetada pela sentença de reconhecimento pode figurar no pólo passivo, ali colocada na inicial ou pedindo seu ingresso como assistente litisconsorcial. Nesse sentido o art. 365: “Qualquer pessoa, que justo interesse tenham, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”.⁷⁷

As provas utilizadas para formar o convencimento do juiz na ação de investigação de paternidade podem ser:

- a posse de estado de filho – que dá-se quando o investigante era tratado e conhecido perante o meio social como filho do investigado, conforme estabelecido no item 8.2.

⁷⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*, p.246.

- exame prosolográfico – é o exame das fotografias ampliadas do investigante e investigado, para verificação das semelhanças físicas existentes entre eles.

- exame de DNA – dá-se pela comparação das impressões genéticas do investigante e investigado. Atualmente é o meio mais utilizado para resolver conflitos de paternidade, pois confere um alto grau de confiabilidade a respeito do vínculo biológico porventura existente.

- prova oral – é a prova mediante depoimento de testemunha sobre a relação existente entre a mãe e o suposto pai na época da concepção da criança.

Em respeito ao princípio do contraditório, o suposto pai, poderá, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da juntada do mandado de citação aos autos da investigatória, contestar a ação, de acordo com o disposto no artigo 297 do Código de Processo Civil.

Como matéria de defesa, poderá o investigado, utilizando-se do artigo 363 e incisos do CC, provar sua absoluta *impotência coeundi* ou *generandi* ao tempo da concepção. Poderá provar também, que na época da concepção não manteve relações sexuais com a mãe do investigante, e que, tampouco consentiu para a fertilização artificial. Por fim, poderá o investigado alegar a "*exceptio plurium concubentium*, que consiste em atribuir à genitora do investigante a manutenção de relações sexuais com outro homem (ou homens), durante o período em que também manteve com o investigado".⁷⁸

Sendo julgada procedente a ação, esta fará coisa julgada, não sendo passível de negatória de paternidade. Sendo julgada improcedente por falta de provas, como exemplo, se não foi feito o exame de DNA, poderá o julgador, de acordo com seu entendimento, admitir a possibilidade de repropor a ação, para que este referido exame seja feito.

Esse também é o entendimento da melhor jurisprudência, vejamos:

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

⁷⁸ CRUZ, José Aparecido da, op cit, p. 126.

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

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

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

IV – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz (STJ – RESP 222445/PR, 07/03/2002 – T4 – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

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

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

II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

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

IV – Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, afirmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (STJ – RESP 226436/PR, 28/06/2001 – T4 – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Assim, após feito o exame de DNA e confirmando a ausência do vínculo genético, esta ação fará coisa julgada, não cabendo a reabertura da mesma, nem sob o fundamento de novas provas.

9.2) Efeitos do Reconhecimento de Paternidade

Tanto o reconhecimento voluntário da paternidade quanto o reconhecimento judicial produzirão os mesmos efeitos na esfera jurídica. Assim, aquele que for reconhecido, investe-se no estado de filho, e adquire todos os direitos e deveres que lhe são peculiares.

Tais direitos, morais e materiais, já foram objetos de análise no Capítulo 3 do presente trabalho, quando foi relatado os *efeitos pessoais da filiação*, mas, para melhor entendimento, faz-se necessário uma breve reanálise do caso.

Primeiramente, temos que, com o reconhecimento, estabelece-se uma relação de parentesco entre o investigante e o investigado, passando o filho a ter o direito a uma denominação patronímica, com retificação do registro de nascimento, fazendo-se nele constar o nome do pai e dos avós paternos. Sendo o filho ainda menor, o pai adquirirá o direito ao pátrio poder, ou melhor, poder parental, de acordo com o Novo Código Civil, ficando o filho a ele submetido.

No que diz respeito ao nome, Caio Mario da Silva Pereira ressalta que:

O direito ao nome é uma prerrogativa individual, intimamente ligada ao estado, e, uma vez estabelecido este, uma vez incorporado o filho à família do genitor que o reconheceu, poderá usar o respectivo patronímico, ainda contra a vontade de todos os membros da família.⁷⁹

Num segundo aspecto, o reconhecimento importa em tornar exigível a obrigação natural de alimentos, de forma recíproca entre pai e filho e, ademais garante ao filho os direitos sucessórios.

No que diz respeito aos alimentos, cabe aqui ressaltar que, de acordo com o artigo 397 do Código Civil, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, p. 177.

pais e filhos. Diante do exposto, à partir do reconhecimento da paternidade, e sendo o filho menor, é dever do pai sustentá-lo e, da mesma forma, vindo o pai, futuramente, a passar por dificuldades, não tendo condições de prover sua própria subsistência deverá o filho pagar ao pai uma pensão para que ele possa se manter.

Já no campo dos direitos sucessórios, com o reconhecimento da paternidade, o filho adquire a capacidade para herdar, sem testamento (*ab intestato*), do pai e dos parentes deste, em pé de igualdade com os filhos legítimos, tendo em vista que, por força constitucional, possuem os mesmos direitos e qualificações

De uma forma geral, o reconhecimento compulsório ou espontâneo do filho natural, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, atribui-lhe o *status* de filiação, e, como se não permite nas certidões passadas pelo oficial do registro civil a menção de sua anacrônica e ultrapassada condição de ilegitimidade, seu estado civil equivale ao que antigamente era atribuído ao chamado filho legítimo. Adquire o nome paterno, nas condições já acima apontadas. Tem direito aos alimentos e à herança paterna, inscrevendo-se, neste particular, com o herdeiro da classe dos descendentes, e, pois, com a qualidade de herdeiro necessário, na sua qualidade de filho, sucede ao pai, e aos herdeiros do pai, o mesmo acontecendo com o filho havido fora do matrimônio, vindo o direito sucessório se transvestir de amparo social. O reconhecimento insere o filho *in potestate* do genitor que o perfilhou.⁸⁰

10) O CONFLITO JURÍDICO ENTRE A LEI E A JURISPRUDÊNCIA

Com a evolução social e com as transformações por que passaram o instituto família após a promulgação da Constituição Federal, em 1988, nosso

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op cit, p. 196.

Código Civil, em vigor desde 1916, acabou por ficar desatualizado, demonstrando uma deficiência valorativa no âmbito da filiação, que não passa despercebida.

O Código Civil Brasileiro, vigente há quase 90 anos, traz em seu corpo uma busca incontida da paz familiar, procurando evitar conflitos que venha a abalar a estrutura erguida pela família. Nesse contexto, declara que “são legítimos os filhos nascidos na constância do casamento, cabendo privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher”⁸¹.

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

Dessa forma, tal presunção só poderia ser desfeita por ação do marido. Caso o filho viesse a propor ação investigatória em face do pai biológico, sem que o marido de sua mãe houvesse em algum momento contestado a paternidade, referida investigação seria julgada extinta, por entender o julgador que a paternidade do filho já se encontra estabelecida pela presunção.

O STF então, passa a decidir da seguinte forma:

Sem a ação negatória de paternidade do pai reputado legítimo, não tem o filho adulterino a *matre* ação para investigar a paternidade. (Rec. Ext. nº 41.450 – Pernambuco – Rel. Min. Henrique D’Avila, em 10/12/1950)⁸²

Assim, nos casos em que a mãe, separada de fato do marido, vivendo em concubinato com terceiro, viesse com este ter um filho, em decorrência da presunção *pater is est*, a paternidade seria reputada ao marido. E se o marido, por sua vez, não contestasse tal paternidade, esta não poderia vir a ser desfeita, mesmo sabendo ser uma paternidade improvável. A criança, então, como se observa, era impedida de ver reconhecida sua verdadeira paternidade.

Em um segundo momento, a jurisprudência começa a se afastar dos ditames do Código Civil.

⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, p. 118.

⁸² *Idem*, 120p.

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

Esse é o entendimento do Supremo, no Recurso Extraordinário de número 54.891 – Rio Grande do Norte, proferido pelo Relator Ministro Victor Nunes, em 24/11/1964, onde ressalta que:

A efetiva separação de fato do casal ao tempo da concepção, passou a ser admitida como um desses fatos aptos a ensejar a ação de investigação de paternidade.

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

Utilizando-se das sábias palavras de Luiz Edson Fachin, a separação de fato qualifica a inexistência de qualquer vínculo afetivo entre o marido da mãe e os filhos desta e, de forma diversa, mostra a presença de efetiva relação paterno-filial entre o terceiro (pai verdadeiro) e os filhos tidos pela mulher casada.⁸³

Nesse sentido, verifica-se que, junto com a separação de fato, encontra-se a inexistência do vínculo afetivo entre o marido da mãe e do filho desta. Tais fatos foram os responsáveis pela mudança de pensamento de nossos julgadores, que, analisando casos concretos, passaram a dar procedência ao pedido de investigação de paternidade mesmo sem a prévia contestação pelo marido da mãe.

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

⁸³ FACHIN, Luiz Edson, *op cit*, p. 122.

Ocorre, porém, que as divergências não param por aqui. Já em um terceiro momento, novos questionamentos foram surgindo, agora com relação à possibilidade do reconhecimento de paternidade de filho de mulher casada, que merece destaque, por ser objetivo principal do presente trabalho.

10.1) Reconhecimento de Filho de Mulher Casada

Com a promulgação da nova Carta Constitucional, em 05 de Outubro de 1988, esta, em seu artigo 227, § 6º, passou a tutelar a igualdade entre os filhos, assegurando a eles os mesmos direitos, proibindo qualificações relativas à origem da filiação, seja esta decorrente de casamento ou não, caindo por terra antigas designações, como incestuoso, espúrio, adulterino, etc.

Em 05 de outubro de 1990 então, surge a Lei 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando aos filhos, de forma personalíssima, indisponível e imprescritível, em seu artigo 27, o direito ao reconhecimento de seu estado de filiação.

Sendo, assim, uma ação personalíssima, temos que a investigação de paternidade é privativa do filho. Seus herdeiros não podem iniciá-la sem que o filho legitimado tenha tomado a iniciativa. Podem apenas prosseguir na ação se ela já estiver sido iniciada.

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

Nas palavras do sábio Professor Dr. Zeno Veloso temos que:

Atualmente, temos visto, que a investigação de paternidade é livre. A Constituição e a lei consideram que o filho, qualquer que seja a natureza da filiação, tem o direito de ver estabelecida sua

verdadeira ascendência biológica, e, como determinou o legislador, sem restrição alguma.⁸⁴

Utilizando-se da igualdade de direitos dos filhos, estabelecida pela Constituição Federal, e pelo artigo 27 do ECA pergunta-se: E o filho que, tendo como pai o marido de sua mãe que, em decorrência da presunção *pater is est* foi por ele registrado, poderá ele, ao descobrir a verdade biológica requerer o reconhecimento desta paternidade, em detrimento da paternidade anterior? Como ficaria o conflito entre o direito de paternidade do pai registrário e o direito do filho de, a qualquer momento, requerer o reconhecimento de seu estado de filiação?

Atualmente, é pacífico o entendimento no sentido de que, em decorrência do princípio constitucional, que assegura ao filho, sem distinções, o direito de ter sua paternidade biológica reconhecida e, utilizando-se do artigo 348 do CC, que permite ao filho vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, desde que provado erro ou falsidade do registro anterior, poderá ele, alegando a falsidade ideológica do registro anulá-lo, vindo a estabelecer o vínculo de filiação com o verdadeiro pai biológico, independentemente de contestação prévia da paternidade pelo marido da mãe e independente de separação de fato do casal.

Esse é o entendimento predominante em nossa jurisprudência que, conforme se verifica abaixo, afasta-se ainda mais dos ditames estabelecidos pelo Código Civil, que visa a proteção da família, em detrimento da verdade biológica. Assim, temos que:

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

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

⁸⁴ VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, p. 99.

Nesse contexto, junto com o cancelamento do registro, cancela-se também todos os vínculos existentes entre o filho e o antigo pai registrário, pelo fato de se admitir que o registro falso não pode produzir efeito algum. Diante disso, o antigo pai e o filho tornam-se, perante a lei, dois estranhos. Extingue-se, pois, todos os direitos e deveres existentes entre eles, dando lugar à um novo vínculo formado com o pai biológico. Assim, o filho passa a utilizar-se do patronímico do pai biológico, de quem adquire também todos os demais direitos atinentes à filiação, como o direito à relação de parentesco com os familiares do pai, direito aos alimentos e o direito à sucessão.

Esquece-se tudo o que se passou até a data do reconhecimento e o pai registrário que cuidou, deu carinho, educação, alimentos e amor passa a inexistir na vida civil do filho.

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

Essa possibilidade de reconhecimento bate de frente com os dizeres do Código Civil, que prevê a paz familiar. Entende a jurisprudência que, além da proteção constitucional que assegura o direito dos filhos reconhecerem os pais biológicos, verificando-se a existência de infidelidade por parte da esposa, conclui-se que não há mais o que se falar em proteção à família, pois, nessa fase, a vida em comum entre marido e mulher já se encontra destruída, não havendo mais o que se proteger.

10.2) A Cessação da Presunção da Paternidade

Diante do exposto, vemos que a jurisprudência, mesmo em confronto com o Código Civil, vem admitindo a possibilidade de o filho intentar ação de

investigação de paternidade para reconhecimento da paternidade biológica, em detrimento da paternidade registraria.

A partir daí, surge um conflito, o qual envolve a paternidade reconhecida através da ação de investigação e a paternidade estabelecida mediante o instituto da presunção *pater is est*.

A jurisprudência, por sua vez, procurou solucionar o problema da seguinte forma: sendo julgada procedente a investigação da paternidade biológica, cessará, automaticamente os efeitos da paternidade anterior, porque não tem mais sentido manter a presunção.

Nesse aspecto, cancela-se o registro anterior, levando-se em consideração a falsidade ideológica nele contida, pois referido registro estará demonstrando uma idéia de paternidade falsa, o que não é admitido.

Essa saída encontrada não tem origem legal, mas meramente jurisprudencial. O legislador, através de suas normas, procurou apenas preservar a paternidade jurídica através da presunção *pater is est*. Já a jurisprudência, utilizando-se do princípio constitucional que determina a igualdade dos filhos e do artigo 27 do ECA, procura ficar cada vez mais próxima da verdadeira filiação, facultando ao filho, a qualquer momento, buscar sua verdadeira paternidade.

10.3) A anulabilidade do registro de nascimento e a falsidade material e ideológica tratada pelo artigo 348 do Código Civil

O registro de nascimento, em nosso ordenamento, possui a característica marcante da irrevogabilidade. Diante disso, o registro em cartório faz com que o ato se torne perfeito e acabado, o que impossibilita a alteração das declarações nele contidas.

Ocorre, porém, que o artigo 348 do Código Civil, como uma exceção a essa regra, veio a possibilitar a anulação do registro quando nele conter defeitos que acabem por macular a sua eficácia, estabelecendo que:

Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Assim, para se anular um ato jurídico, deve-se, primeiramente comprovar a existência de erro, dolo, coação, simulação e fraude. Mas, no que diz respeito ao registro de nascimento, verifica-se a existência de um outro elemento ensejador de nulidade, conhecido como falsidade.

Há dois tipos de falsidade, a material e a ideológica. Entende-se por falsidade material, aquela caracterizada pela falsificação de um registro civil, ou seja, o ato de forjar um documento de fé pública, utilizando-o como se verdadeiro fosse.

Já a falsidade ideológica, objeto de estudo do presente capítulo, ocorre quando o documento em si é verdadeiro mas, em contrapartida, o conteúdo nele contido é inverídico, falso.

Nesse diapasão, procurando dirimir as divergências existentes, a jurisprudência nacional, que antes determinava a extinção por carência da ação, do processo que pleiteava o cancelamento do registro de nascimento anterior para reconhecimento do verdadeiro pai biológico, passou a julgá-lo procedente, fundamentando sua decisão com base nos artigos 348 do CC e 27 do ECA, entendendo ser possível a anulação do registro por falsidade ideológica em razão do direito que o filho tem de ver reconhecido a qualquer momento o seu estado de filiação.

Em entendimento jurisprudencial:

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

No mesmo sentido, comenta Caio Mário da Silva Pereira:

Na paternidade reconhecida, o pai concede *status* ao filho, que o seja biologicamente. Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponde à realidade (o pai reconhece como seu um filho que não o é) o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode

produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica, em se provando a inverdade da declaração.⁸⁵

A partir daí, sendo admitido o cancelamento do registro, desde que provada a falsidade nele existente, surgem outras divergências e vários entendimentos com relação ao momento oportuno para se requerer tal anulação.

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

A segunda corrente, porém, diz que, sendo julgada procedente a ação de investigação de paternidade, esta terá o efeito de anular o registro anterior.

Nesta trilha é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados infra-transcritos:

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

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

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

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos*. P. 68.

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

A terceira corrente, por sua vez, afirma que a ação anulatória poderá ser interposta juntamente com a ação de investigação de paternidade. Serão, portanto, duas ações distintas, pois as partes e a causa de pedir são diferentes, mas, no entanto, conexas entre si.

A última corrente, majoritária por sinal, diz que, em um só processo poderão ser feito os dois pedidos, um negando a paternidade do pai registrário e o outro imputando-a ao pai biológico.

E, uma vez cancelado o vínculo do filho com o pai registrário, este não se estabelece mais, mesmo que a investigação seja julgada improcedente.

De uma forma geral, não importa o momento da propositura da ação anulatória do registro, na verdade o que se leva em consideração é a possibilidade de se desconstituir a paternidade civil anterior para reconhecimento da paternidade biológica, tendo como fundamento a falsidade ideológica nele existente e a possibilidade do filho, a qualquer momento, requerer o reconhecimento biológico como uma garantia constitucional.

10.4) Uma Análise Crítica da Importância da Posse de Estado de Filho para a Jurisprudência Atual

Nosso Código Civil de 1916, procurando proteger apenas a paternidade civil e a autoridade marital, explicitamente, nada mencionou sobre a posse de estado de filho.

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

Para Carvalho Santos, o legislador, ao dizer que “na falta do termo de nascimento a filiação poderá ser provada por presunções resultantes de fatos já certos”, acabou, mesmo de forma implícita, por abrigar tal instituto, que se

constitui pelo fato de o filho ter sempre usado o nome daquele que se designa seu pai; o fato de ser ele (o filho) sempre tratado por aqueles que se apresentam como seus pais como se filho fosse, educando-o e tratando-o como tal; e o fato de ser ele considerado pela sociedade como membro daquela família⁸⁶. Tais fatos constituem-se meios de provas veementes da paternidade legítima, estabelecido pelo inciso II do artigo supra citado.

Para a jurisprudência, o conceito de posse de estado de filho é estranho, o que contribui para a desconsideração da verdade sócio-afetiva.

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

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

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

11) O ENCONTRO DA VERDADE JURÍDICA E DA VERDADE BIOLÓGICA SOB A VISÃO DA PATERNIDADE AFETIVA

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

⁸⁶ SANTOS, Carvalho, **apud** FACHIN, Luiz Edson, *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, p. 130.

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

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

A partir daí, sendo a paternidade confirmada, o registro de nascimento anterior será cancelado, sob o argumento de transmitir um conteúdo inverídico, falso.

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

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

Para os defensores dessa corrente, a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, o que, com certeza, não nasce em uma sentença de reconhecimento de paternidade. Os sentimentos de afeição de pais e filhos biológicos são frutos da convivência afetiva das partes⁸⁷.

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

A presunção *pater is est*, após análise da posse de estado de filho, se fortalece ou se enfraquece. Se fortalece pelo fato de ser mantida, mesmo após a verificação de inexistência de vínculo biológico, pois o julgador, protegendo a pessoa do pai registrário, que sempre cuidou do filho, deu carinho e amor, impede

⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson, op cit, p. 151.

que o filho obtenha o reconhecimento de sua paternidade genética. Diferentemente, quando inexistente a posse de estado o julgador afasta a presunção da paternidade para que possa dar lugar à verdadeira filiação genética.

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

12) DIREITO COMPARADO

No direito português, o instituto da presunção da paternidade é semelhante aos ditames da lei brasileira, possuindo, contudo, alguns pontos divergentes, os quais serão objetos de análise doravante.

12.1) Aspectos Gerais da Presunção de Paternidade no Direito Português

No âmbito da presunção da paternidade, o Código Civil em seu artigo 1.826, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro, presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe tem como pai o marido da mãe.

Nesse contexto, tem-se que o marido da mãe é, juridicamente, considerado o pai de filho concebido antes do casamento, mas nascido dentro do casamento; de filho concebido e nascido dentro do casamento e de filho concebido dentro do casamento e nascido depois da dissolução do mesmo.

Em determinadas circunstâncias, porém, a idéia base da presunção de paternidade será afastada ou não será aplicada em decorrência de diversas circunstâncias que a contradizem.

Como exemplo dessas referidas circunstância temos que: a presunção não se aplicará se o filho nascer dentro dos cento e oitenta dias posteriores ao casamento e a mãe ou o marido declararem, no ato do registro, que o marido não é o pai.

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

Por fim, cessará a presunção de paternidade quando a mãe declarar no ato do registro que o pai não é o marido. Fatos assim ocorrem geralmente quando a mulher é separada apenas de fato do marido e passa a coabitar com outro homem, vindo a ter um filho deste.

Atualmente, a reforma da legislação portuguesa abandonou o sistema de causas determinadas, adotando o sistema da prova livre da paternidade, permitindo todos os meios de provas em direito admitidos⁸⁸, conforme nota-se na decisão do Tribunal da Relação de Coimbra abaixo descrita:

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson, *op cit.*, p. 110.

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

No direito Português, encontra-se prevista no artigo 1.831, do Código Civil, a possibilidade de ajuizamento de Ação de Renascimento da Presunção da Paternidade. Esta ação tem cabimento quando algumas das circunstâncias em que a lei faz cessar a presunção estão presentes e, um dos cônjuges, ou o filho, vêm a provar que no período legal da concepção existiram relações entre os referidos cônjuges, ou que o filho foi reputado e tratado como tal, configurando a posse de estado, o que torna verossímil a paternidade do marido.

Num outro aspecto, haverá o reinício da presunção de paternidade (artigo 1.826 do CCP) quando houver a reconciliação dos cônjuges separados judicialmente; quando houver o regresso do ausente e quando houver o trânsito em julgado da sentença que, sem ter decretado o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, pôs termo ao respectivo processo.

12.2) A Investigação de Paternidade

Diz o artigo 1.839 do CCP que:

A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho ou, nos termos do artigo 1.841, pelo Ministério Público.

Enquanto no Direito Brasileiro, a Ação de Investigação de paternidade é personalíssima, só cabendo ao filho propô-la, no Direito Português ela pode ser

proposta pelo filho, que tem o direito de ver registrada a sua paternidade biológica; pela mãe no interesse do filho, desde que já estabelecida a maternidade; e pelo marido que, assim como a mãe, no ato do registro de nascimento pode declarar a ausência de paternidade com relação ao marido (art. 1.828 CCP).

Num segundo aspecto, enquanto no Brasil a ação de paternidade é imprescritível, podendo ser proposta a qualquer momento, em Portugal, o artigo 1.817 do CCP relata que a ação só poderá ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. Tal limitação deriva da dificuldade da prova em investigações imprescritíveis.

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

Finalmente, para que o Ministério Público, possa propor a ação de impugnação, aquele que se declarar pai do filho deve requerer ao tribunal que declare a viabilidade do pedido no prazo de 60 dias, a contar da data em que a paternidade do marido da mãe conste do registro. Não tem o “pai real” um direito de agir autônomo, ficando, por isso, numa posição subordinada ao Ministério Público⁸⁹.

Efeitos - Na doutrina e legislação portuguesa, a classificação processual das ações de filiação não são pacíficas. Nesse contexto, os efeitos podem manifestar-se tanto na forma constitutiva como na forma de simples apreciação.

Nas ações de simples apreciação o autor apenas pretende a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de um fato juridicamente relevante. Já nas ações de efeitos constitutivos o autor pretende a conformação da ordem jurídica existente, criando direitos⁹⁰.

Procurando uma adequação dos efeitos, a sábia doutrinadora Maria José de Oliveira Capelo afirma que :

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson, op cit., p. 110.

⁹⁰ CAPELO, Maria José de Oliveira. *Interesse Processual nas Ações de Filiação*, p. 58.

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

Verifica-se, dessa forma que nas ações de impugnação de paternidade, além da declaração de desconformidade entre o vínculo jurídico e a verdade, o autor requer a extinção do vínculo, o que só será possível mediante uma sentença de efeitos constitutivos.

Há doutrinadores, porém, que entendem que a ação de impugnação apresenta efeitos de simples apreciação por apenas declarar a ausência do vínculo entre as partes.

Já nas ações de investigação de paternidade e maternidade, o autor pretende que, mediante provas oferecidas, seja estabelecido o vínculo com o(a) investigado(a). Sendo essas provas suficientes, o efeito constitutivo fluirá. Agora, caso não haja prova suficiente para o reconhecimento do vínculo, o efeito constitutivo será afastado, sobrevivendo uma declaratória de inexistência do vínculo.

Utilizando-se das palavras de Maria José Capelo temos que a investigação de paternidade caracteriza-se como uma ação de natureza constitutiva, pois a tutela jurisdicional pretendida não se esgota na mera declaração da existência do vínculo de sangue entre duas pessoas, isto porque a sentença de procedência provoca o surgimento de um vínculo jurídico⁹¹.

Alfredo Rocco, por sua vez, nega a existência de sentenças constitutivas, afirmando que estas sentenças se limitam a declarar situações jurídicas preexistentes caracterizadas pelo estado de latência em que se encontra o direito novo⁹².

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

⁹¹ CAPELO, Maria José de Oliveira, op cit, p. 67.

⁹² ROCCO, Alfredo, **apud**, CAPELO, Maria José de Oliveira, op cit , p. 69.

12.2.1) Efeitos da investigação de paternidade em caso de preexistência de vínculo jurídico entre o pretense filho e terceiro

Para o ordenamento português, em regra, quando o filho propõe uma ação de investigação de paternidade em face do pretense pai, esta, se procedente, apresentará efeitos constitutivos, por constituir um vínculo de filiação entre as partes envolvidas.

Diverge dessa regra o fato de o filho autor da ação já possuir um vínculo de filiação válido com terceiro.

Quando isso ocorre, o efeito da sentença que reconheceu a existência do vínculo biológico entre o filho e o investigado terá força apenas declaratória, pois é inadmissível que essa sentença venha a destruir o vínculo jurídico preexistente.

Assim, o filho terá todo o direito de utilizar-se da ação de investigação de paternidade para ver declarada a existência do vínculo biológico com o investigado, mas, face à paternidade jurídica já existente, não poderá ter o vínculo sanguíneo reconhecido juridicamente, tendo em vista que o “duplo laço filial não é aceito à luz do ordenamento vigente”⁹³.

Nesses ditames, o vínculo preexistente não será desfeito e os efeitos da filiação, com relação ao pai registrário serão mantidos, não sofrendo mudança alguma. Terá o filho apenas o direito de ver declarado sua filiação com o pai biológico, mas os efeitos da filiação não serão aplicados nesse caso.

Para melhor entendimento, se, futuramente, o pai biológico vier a necessitar de alimentos, o filho não terá o dever de prestá-los, pois é responsável apenas pelas obrigações que envolvem o pai registrário. Da mesma forma, esse filho não terá direito à herança do pai biológico quando este vier a falecer.

Nesse momento necessário se faz plagar as sábias palavras de Maria José Capelo:

A pretensão do autor traduz-se no pedido de eliminação, por decisão judicial, da incerteza grave e objetiva gerada em torno da sua responsabilidade no fato da procriação em causa, pretensão

⁹³ CAPELO, Maria José de Oliveira, op cit,p. 122.

que ficará satisfeita com a pronúncia de uma decisão de procedência e nesta se esgotará.⁹⁴

Os fundamentos para essas decisões surgem da verificação do interesse da criança e do pai registrário, da paz familiar e da privacidade do núcleo familiar. E ainda, o conhecimento da verdade biológica poderá vir a ser útil para a identificação genética de um sujeito, mas de forma alguma poderá acarretar a edificação de uma relação jurídica.

Em resumo, é direito do filho em saber quem são seus ascendentes biológicos, mas essa descoberta não destruirá o vínculo legal já constituído.

**O fato da verdade emergir à luz do dia, não implica que necessite de ser iluminada à luz do Direito.
A verdade biológica continuará a servir o homem em vez de ser obstáculo ao seu desenvolvimento no seio de uma família que, se não é a biológica, poderá arrogar o estatuto de núcleo familiar ideal.⁹⁵**

13) CONCLUSÃO

Nas relações de parentesco, sempre houveram dificuldades em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém. Diante disso, nas mais diversas sociedades, passaram-se, então, a se estabelecer presunções.

No tocante à presunção da paternidade, mais conhecida como presunção *pater is est*, o marido da mãe seria o pai dos filhos nascidos da coabitação deles. Durante séculos essa presunção acabou com as incertezas existentes sobre a paternidade.

⁹⁴ CAPELO, Maria José de Oliveira, op cit., p. 123

⁹⁵ Idem, p. 83

Tal presunção, no entanto, além de sanar as incertezas existentes, tinha como objetivo promover uma proteção à família, pois, muitas vezes, sustentando uma *mentira jurídica*, acabava por proporcionar a paz familiar.

A partir de 1988, a nova Constituição Federal mudou a realidade do conceito de família, vindo a constitucionalizá-la, juntamente com o instituto do casamento, os quais ganharam maior proteção. Estas reformas, porém, afetaram os ditames do estabelecimento da paternidade, igualando os filhos legítimos e ilegítimos, proibindo contra eles qualquer tipo de tratamento discriminatório e garantindo a eles os mesmos direitos e obrigações.

Posteriormente, em 1990, a Lei 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo 27, veio a garantir o direito imprescritível e indisponível aos filhos de, a qualquer tempo, pleitearem o reconhecimento do verdadeiro estado de filiação.

Sendo comprovada a paternidade imputada, a presunção *pater is est* e a paternidade registrária eram afastadas para darem lugar à paternidade considerada biológica.

Com a evolução da ciência, surge o exame de DNA, possibilitando a verificação da verdadeira filiação biológica.

A jurisprudência e a doutrina, então, passaram a dar total valor à paternidade genética e, sendo ela comprovada, o vínculo preexistente do filho com o pai registrário era desfeito, mediante a alegação de falsidade material de registro de nascimento e em respeito ao direito do filho de ver sua paternidade biológica reconhecida.

Esse é o pensamento predominante em nosso ordenamento jurídico, porém, atualmente vem se admitindo a existência de uma paternidade afetiva, baseada não no vínculo genético, mas na relação de afetividade existente entre pai e filho.

Os defensores desse pensamento alegam que a base de uma família não é mais exclusivamente o vínculo biológico, mas sim o liame afetivo entre pais e filhos, construídos à base de amor, carinho, educação, convivência e respeito.

Assim, atribui-se que o verdadeiro vínculo que se trava com os pais é o afetivo e, portanto, pais podem perfeitamente não ser os biológicos.

Nesse contexto, o conceito de paternidade vê-se fragmentado entre o liame biológico, o jurídico e o sócio afetivo.

A legislação atual, por sua vez, em nada esclarece essas incertezas, muito pelo contrário, ao ser aplicada, acaba por gerar conseqüências criticáveis, o que demonstra necessitar urgentemente de uma reforma legislativa para que se possa organizar em nosso ordenamento jurídico o estabelecimento da filiação de uma forma justa, indicando sob qual prisma deverão se fundamentar a busca da verdadeira paternidade.

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

É nesse aspecto que peca nossa legislação, pois, ela permite a destruição total dos vínculos de filiação anterior para estabelecimento dos vínculos com o pai biológico.

Ocorrida esta desconstituição do vínculo preexistente, o pai registrário passa a ser um estranho na vida do filho. E o filho, requerendo o reconhecimento da paternidade sanguínea, mediante ingratidão, deixa para trás todo carinho, amor, educação e dignidade oferecidos pelo antigo pai durante todo o tempo em que lhe teve como filho.

A legislação, em proteção aos direitos da criança, acaba por ferir os direitos de paternidade do pai registrário, desrespeitando ainda, a intocabilidade e o dever de respeito do princípio da dignidade humana, comum a todas as pessoas.

O objetivo do presente trabalho foi trazer à tona as injustiças existentes em nosso ordenamento jurídico, buscando demonstrar a necessidade de reforma na legislação, para que se possa admitir a paternidade sócio-afetiva como um novo instituto.

Utilizando-se dos ditames da referida paternidade afetiva, temos que, ser pai ou mãe não se constitui apenas num vínculo genético com a criança. Ser pai e mãe é, antes disso, ser aquele que cria, que ampara, que dá amor, educação, dignidade e carinho ao filho.

O amor de pai e o amor de filho não nasce com uma sentença de reconhecimento de paternidade, esse amor não origina-se no sangue, muito pelo contrário, se constrói com a convivência diária entre as partes.

Não se pretende, com o reconhecimento da paternidade afetiva negar direito ao filho de reconhecer sua verdadeira filiação biológica, até porque, além de a negativa deste fato ser inconstitucional, não se pode restringí-lo em nome de uma mera presunção jurídica. Por esse motivo, tendo como base a legislação portuguesa, deveria a sentença de reconhecimento de paternidade ter efeitos apenas declaratórios para o filho que já possuísse um pai registário.

Assim, o direito do filho intentar ação de investigação de paternidade, mostra-se de forma clara e cristalina, porém, vale ressaltar que a sentença a ser prolatada terá natureza meramente declaratória, não tendo o escopo de gerar direitos ou obrigações, sejam eles patrimoniais ou sucessórios.

Ademais, produzindo a sentença efeitos apenas declaratórios e satisfativos, impediria o filho de escolher qual das fortunas pretende ele herdar, ou seja, a fortuna do pai preexistente ou a fortuna do pai biológico. E, seguindo esse raciocínio, além de impedir a ingratidão do filho para com o pai registário, o filho também seria impedido de escolher a qual dos pais caberia o encargo dos alimentos.

Agora, verificando o juiz que o filho sofre maus tratos pelo pai registário, nada o impediria de prolatar uma sentença com efeitos constitutivos, desde que verificasse que o filho, estando sob o pátrio poder do pai biológico, estaria em melhores condições, pois, em questões que envolvam conflitos de paternidade biológica e social, o interesse melhor e maior da criança deverá nortear a decisão.

Por derradeiro, ressalta-se que se a criança não possuir pai registário, a sentença da ação de investigação de paternidade deverá produzir efeitos constitutivos, estabelecendo, a partir desta, vínculos com o pai biológico.

14) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Jacinto Rodrigues. **Código Civil Português Anotado**. 11.ed.Coimbra: Almedina, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto, org. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade – Posse de Estado de Filho – Paternidade Sócioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

CAPELO, Maria José de Oliveira. **Interesse Processual nas Ações de Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

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

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

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

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

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Belo Horizonte: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

FACHIN, Rosana Amara Girard. **Em Busca da Família do Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

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

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. **A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: A situação de Pais e Mães Solteiras, de Pais e Mães Separados e Filhos na Ruptura da Vida Conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao Código Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

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

MOREIRA FILHO, José Roberto, www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744, acesso em: 15 jul. 2002.

NETO, Antônio de Paula Santos. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 194.

PAGANELLI, Wilson. www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2499, acesso em 20 jul. 2002.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1994.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2001, 5 v.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2001, 6 v.

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

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.