

DAS RELAÇÕES EXTRAMATRIMONIAIS, SEUS FILHOS, AMPARO LEGAL E RECONHECIMENTO DE DIREITOS

Nayara Moraes POLIDÓRIO¹

RESUMO: Este artigo versa sobre as mudanças advindas e decorrentes da Lei, desde os primórdios, quanto aos direitos aos filhos nascidos fora do casamento e das obrigações advindas de pai/mãe buscados através dos dispositivos normativos, aliados à Ciência Genética. Dá ênfase às conseqüências mais visíveis de um filho sem seu genitor declarado, e também seus direitos de proteção e tutela, mais urgentes até do que o sentimento de amor de um pai a um filho, embora devesse ser esse o motivo pela busca da real paternidade. Também sobre a preponderância da paternidade responsável recebida pela nova redação da Constituição Federal de 1988, onde cabe a família realizar seu papel maior por meio do direito, reconhecendo a dignidade humana.

Palavras-chave: Ilegítimos. Extramatrimoniais. Reconhecimento. Obrigações. Responsabilidade.

INTRODUÇÃO

A ciência do direito e a ciência genética, unidas a fim de legitimar a situação de filhos tidos fora do casamento.

Tem por justificativa reconhecer a preservar a dignidade e os direitos dos filhos havidos fora do casamento e também romper a discriminação advinda desse nascimento.

Socialmente dispondo e já visando seu objetivo, a família como célula da sociedade realiza seu papel maior, reconhecendo a dignidade humana, livrando-se dos preconceitos de origem e de condição, deixando de lado juízos de valor, deixando-se derivar por um juízo de existência.

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. nayarampolidorio@hotmail.com, estagiária do Gabinete da 2ª Vara da Família e Sucessões no Tribunal de Justiça de Presidente Prudente

DESENVOLVIMENTO

Outrora, quando do Império Romano, em suas famílias imperava a recusa quanto a aceitação de filhos ilegítimos, visto que as famílias não podiam a princípio, desempenhar seu papel quanto a determinação de sua religião àquela criança.

Fustel de Coulanges diz: "o laço de sangue isolado não constituía, para o filho, a família; era-lhe necessário o laço do culto. Ora, o filho nascido de mulher não associada ao culto do esposo pela cerimônia do casamento, não podia, por si próprio, tomar parte do culto. Não tinha o direito de oferecer o repasto fúnebre, e a família não se perpetuaria por seu intermédio."

Esse ato do culto se dava por meio do filho varão e não era dada ao filho nascido fora do casamento religioso - justo e legítimo - este também não se responsabilizaria jamais pelo culto doméstico, visto o pai ser o senhor e guarda vitalício do lar e representante dos antepassados; portanto não poderia de forma alguma declarar o vínculo moral e religioso decorrente do nascimento do filho ilegítimo. Assim, declaradamente de forma obrigatória, em Roma, na Grécia e na Índia, esses filhos não integravam a família e seu nascimento era tão somente um laço físico. Dentro da casa, não possuía lugar definido, não participava dos atos sacros, sequer fazer orações. Era tão somente o portador dos erros e pecados vividos por seus pais, sendo ainda mais grave a situação do filho adúltero, que sequer poderia ser enterrado no túmulo familiar, ao lado dos demais membros da família.

O direito romano não admitia a ação de investigação de paternidade, porque não permitia a criança agir judicialmente contra o pai, para que assim buscasse seu reconhecimento; sendo apenas admitida a adoção para regularizar a situação de inferioridade à qual eram relegados esses filhos. Assim, os ilegítimos sofriam as conseqüências da falta de amparo legal; e os nascidos da relação concubinária não tinham direito aos alimentos e à sucessão paterna, mas já havia polêmicas contrárias. A partir de 539, através de Justiniano, foi permitida a sucessão legítima, ou seja, não dependia da vontade do "de cujus"; ocorria sem haver testamento; e era atribuída ao pai a obrigação de prestar alimentos.

Bom lembrar, que, com o início do Cristianismo, nos casos de concubinato e os filhos nascidos dessa situação passaram a sofrer sérias restrições, que foram amenizadas devido a possibilidade de legitimação dos filhos naturais através do casamento dos pais e somente na última fase do Direito Romano os filhos naturais, nascidos de uniões concubinárias, foram equiparados aos legítimos, os espúrios não tiveram esse benefício, pois eram filhos extramatrimoniais, não considerados filhos e não tinham um pai.

Acontece que uma grande reforma romana, através de Augusto, instituiu importantes Leis (Lex Iulia de Maritandis Ordinibus e a Lex Papia Poppaea) que incentivaram o casamento entre os romanos, que embora tivessem impedimentos matrimoniais referentes à diferença de classes entre os nubentes, por outro lado abrandaram sanções aos infratores; não anulando tais casamentos e deferindo aos filhos ilegítimos os direitos semelhantes aos dos legítimos. Desde então, esses filhos não foram mais considerados espúrios, já que não eram resultantes de uniões vedadas, foram considerados legítimos nascidos secundum legis. Porém, esses benefícios não alcançaram os filhos adulterinos e os incestuosos, que permaneceram impedidos de suceder ao pai falecido, perdendo também o direito aos alimentos. Dizia-se dos filhos espúrios que não tinham juridicamente um pai, não sendo possível seu reconhecimento, por outro lado, dizia-se que a mãe é sempre certa e por isto, tem ela a obrigação de alimentar, sempre.

Sob a luz do direito brasileiro vigente, Silvio Rodrigues conceitua a filiação como: "a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram"; assim a procriação estabelece um vínculo entre pessoas, apresentado sob aspecto tríplice: da paternidade, da maternidade e da filiação e esta, doutrinariamente considerada, pode ser legítima, legitimada e ilegítima, conforme sua origem, e os filhos nascidos de relações extramatrimoniais tidos como ilegítimos classificam em naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos.

Os naturais seriam os nascidos de pais que na época da concepção, havia algum impedimento matrimonial decorrente de parentesco (art. 183, I a V, CC) ou de casamento anterior (art. 183, VI, CC). Já ser filho natural seria aquele nascido de pessoas desimpedidas para casar no momento em que foi concebido, onde não havia nenhuma incapacidade matrimonial.

Orlando Gomes diz: "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".

Os filhos espúrios seriam os nascidos da união de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção, por laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados - ambos, ou um deles apenas - com outra pessoa; havendo duas espécies: os adúlteros e os incestuosos. Onde os adúlteros seriam os nascidos de pessoas impedidas de casar em virtude de casamento com terceiros (art. 183, VI), sendo esse adultério bilateral ou unilateral, onde a criança gerada por homem casado e mulher solteira, viúva ou divorciada, e a "matre" se fosse a mulher a casada.

Os incestuosos seriam os nascidos de pessoas impedidas de se unirem por matrimônio válido por haver entre elas parentesco: natural, civil ou afim (art. 183, I a V), "na linha reta até o infinito e na linha colateral até o 3º grau".

Segundo Orlando Gomes, "o caráter incestuoso da filiação tem de apresentar-se no momento da concepção; se o impedimento matrimonial surge depois, como por exemplo, o que resulta do vínculo de afinidade, o filho será simplesmente natural".

As maiores preocupações legislativas sobre filiação ilegítima, encontra-se na forma de reconhecimento desses filhos; sendo o mesmo de cunho declaratório porque, segundo a doutrina, apenas se declara um fato do qual o direito tira uma série de conseqüências sem criar a paternidade, vindo estabelecer juridicamente o parentesco biológico já presente entre pai e mãe ilegítimos e seu filho.

Esse reconhecimento pode ser voluntário (espontâneo) ou judicial (forçado). Há também como menciona José Luiz Gavião de Almeida o chamado reconhecimento automático, aquele meramente advindo da lei como por exemplo o reconhecimento espontâneo; onde Silvio Rodrigues diz "ato solene e público, através do qual alguém, de acordo com a lei, declara que determinada pessoa é seu filho", e o reconhecimento forçado "aquele decorrente de sentença havida em ação

de investigação de paternidade e na qual se proclama que o autor é filho do investigado".

Um importante segmento doutrinário considera o reconhecimento como ato jurídico unilateral, havendo somente a manifestação de vontade de quem reconhece, mas, outro segmento, não menos importante considera como um ato bilateral, uma vez que o reconhecimento de filho maior depende de seu assentimento, e o do filho menor pode vir a ser anulado se, mediante uma ação de contestação de reconhecimento, ser impugnado dentro dos quatro anos seguintes à aquisição da capacidade civil (art. 362, CC).

Antes de 1988, era admitido o reconhecimento voluntário relativo aos filhos naturais; já aos adulterinos, era admitido o reconhecimento, mas não enquanto durasse a sociedade conjugal do genitor adúltero (Lei 883/49); com a vinda do novo texto constitucional, esta postura legislativa tornou-se sem eficácia.

O reconhecimento judicial pede por uma ação de investigação da paternidade ou da maternidade, sendo este reconhecimento compulsório, porque nas situações em que a vontade do genitor não se manifesta livremente, a lei garante a criança o direito de ser declarado filho, adquirindo todos os efeitos resultantes desse ato; o direito ao nome (principal efeito de ordem moral), o direito à prestação alimentar e o direito à sucessão (principais efeitos de ordem patrimonial).

Por certo, há opiniões favoráveis e também desfavoráveis quanto ao reconhecimento forçado, onde os argumentos que sustentam este último falam, sobretudo, na alta incidência de exageros, exploração e abusos. Talvez seja mais justo o reconhecimento compulsório, especialmente porque se trata de tutelar interesse de quem, ao nascer, já se acha em situação juridicamente vulnerável, vez que não pode exercer os direitos que possui relativos à vida, ao afeto e ao convívio familiar, entre outros.

Por outro lado, não deixam de ter razão, aqueles que repudiam a idéia de reconhecimento compulsório de filho, mas os que têm procurado separar o que se chama de "verdade biológica" do que se denomina "verdade afetiva", exatamente para demonstrar que o vínculo e afeto são coisas bastante diferentes do vínculo meramente biológico.

A ciência jurídica une-se à ciência genética, podendo juntas dar a chance de um filho sem pai declarado, encontrá-lo por meio da investigação de

paternidade. No entanto, elas não podem impor ou obrigar a alguém, biologicamente ligado a outra pessoa, a dedicação de amor e cuidados pertinentes de um pai a um filho. Sendo assim não há nada que obrigue um pai, que não reconheceu a criança como filho de modo espontâneo, vir a amá-lo após a declaração judicial do vínculo biológico-parental; como também não há nada que determine ao filho uma conduta de amor e respeito por quem, antes, o havia rejeitado.

Essas questões têm atordoado pensadores e aplicadores do Direito, visto tratar-se de assunto extremamente delicado, devendo ser apreciadas, analisadas e devidamente consideradas várias situações, não deixando de observar as conseqüências mais visíveis e emergentes da geração de um filho sem genitor declarado. No entanto a este ser, o Direito dá sua proteção e tutela, ou seja, os direitos mais plausíveis e urgentes do que a questão do amor, embora esta devesse ser o núcleo da atenção dos casos em questão.

Assim hoje em dia, prevalece a "paternidade responsável", recebida pela Constituição Federal vigente, onde nos ensina que toda pessoa, ao nascer, deva ser filho de alguém, decorrendo deste ato a obrigatória relação jurídica do parentesco, dando direitos aos nascidos e deveres aos pais.

Observada a evolução desse assunto do Código Civil até a promulgação da Carta Constitucional, o que se vê, é que a família, deixou aos poucos de ser o último personagem da propriedade privada, para se converter naquilo que naturalmente é e sempre foi, ou seja, o lugar de convivência, apreço, desenvolvimento e conquistas de cada um de seus membros e de todos eles, a um só tempo.

A família, célula da sociedade, realiza seu papel maior, por meio do direito, reconhecendo a dignidade humana, livrando-se dos preconceitos de origem e de condição, deixando de lado a emissão de juízos de valor para se instalar sobre derivações de um juízo de existência.

A Constituição Federal provocou uma revolução não apenas normativa, mas também na mentalidade humana, em especial, no que diz respeito à igualdade dos direitos dos filhos, em seu § 6º do art. 227 diz claramente sobre os filhos hoje, a lei reconhece duas categorias de filiação, aqueles que são filhos, e aqueles que não são; sendo assim considerando a proibição constitucional sobre as designações discriminatórias, pode-se afirmar que perdeu completamente o sentido os adjetivos

legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, naturais, espúrios e adotivos.

A Constituição Federal reconhece a ampla igualdade entre os filhos, quer sejam biológicos, havidos na relação do casamento ou não, quer sejam não-biológicos, ou que integram a categoria dos adotivos.

Sobre os filhos nascidos fora do casamento, não há restrição nenhuma ao se afirmar que a filiação é autárquica, ou seja, tudo quanto se atribui para estabelecer a relação é a existência do nexó biológico; sendo assim, o casamento ou não-casamento dos genitores é irrelevante.

Houve efetivamente o rompimento da discriminação, então pode-se afirmar que o maior avanço, a maior conquista, a maior justiça trazida é a ampla possibilidade de reconhecimento dos filhos nascidos em circunstância extramatrimonial.

Assim, desde a promulgação do novo texto Constitucional em 1988, todos os filhos podem ser reconhecidos, voluntária ou judicialmente, por via de ação pessoal, vitalícia, imprescritível, transmissível a herdeiros em algumas hipóteses, e independentemente de qualquer situação, restrição ou dúvida. Hoje esse reconhecimento apresenta-se com uma particularidade relevante, que é buscá-lo por meio de ação que tem por objetivo, a certeza da relação biológica.

O § 6º do art. 227 da Constituição Federal é um dispositivo de aplicabilidade imediata, uma vez que o texto não faz ressalva legal para admitir interpretação contrária; a intenção do constituinte foi de igualar os filhos, sem impor restrições. Assim, a norma constitucional superveniente fez com que a norma infraconstitucional perdesse a eficácia, acabando desprovida de aplicabilidade. São inúmeros os dispositivos do Código Civil e da legislação complementar que se encontram nesta situação.

Pode-se observar proscritos, todos os dispositivos limitadores do direito de pleitear o reconhecimento, quer sejam normas de redação original; quer sejam as alteradas por modificações legislativas subsequentes, como o DL 4.737/42, a Lei 883/49, a Lei 6.515/77, a Lei 7.250/84 ou a Lei 7.841/89.

É extraordinário o avanço da disposição constitucional, por outro lado deve-se deixar claro, que essa abertura e facilidade no reconhecimento não incitam

o favorecimento ou declaração do adultério, que existiu sempre, vivendo as margens da existência do casamento e à do próprio homem.

Mas acima de tudo esse reconhecimento como é admitido hoje, visa assegurar o direito dos filhos ao seu estado de filiação, afastando as agressões que a legislação anterior perpetrava contra o direito de personalidade dos filhos nascidos fora do casamento. Durante décadas, eles, os filhos, suportaram o castigo pelo ato censurável do genitor, com a injusta limitação dos seus direitos, já que esse genitor, ao se colocar por detrás do muro da mentira e do segredo, fingia desconhecer sua existência, com a intenção talvez, de manter um casamento maltratado pela infidelidade.

CONCLUSÃO

Finalmente acima de todos os benefícios, direitos e até mesmo obrigações, que a nova ordem Constitucional dá à filiação extramatrimonial, aquilo que mais marcou foi a retirada do castigo, da sanção, do vexame desses nascidos, admitindo aquilo que simplesmente é fato, ou seja, a realidade biológica que não pode contar com o descaso do Direito e da Lei; afastando a discriminação que existia, permitindo aos filhos, todos eles, o direito ao pátrio poder, exercido em conjunto pelos genitores, conforme o art. 5º, I e art. 226, § 5º da CF/88. Assim, não há qualquer restrição aos direitos de investigação de paternidade e de maternidade, quanto mais aos direitos sucessórios, nem aos de alimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília: Senado, 2002.

COULANGES. Fustel (1830-1889). **A Cidade Antiga.**

MONTEIRO. Washington de Barros. **Direito de Família.**